

Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**A COMPENSAÇÃO DOS DANOS
PROVOCADOS POR ATOS LÍCITOS
NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
(A PARTIR DA DOUTRINA SOLIDARISTA)**

Aluno: Daniel Ustárroz

Orientadora: Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito

O presente texto foi impresso com papel reciclado (conforme ABNT NBR 15755)

AGRADECIMENTOS

A presente tese, elaborada no programa de Doutorado, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apenas foi possível pela comunhão de diversos e variados esforços de pessoas. O autor agradece a todos que, ao longo da história da Universidade e nesses últimos quatro anos em especial idealizaram, criaram e mantiveram o grau de excelência dos seus cursos. Sem pretender todos nominá-los, pontuo alguns colaboradores que bem representam o mérito desta comunidade acadêmica.

Inicialmente, registro o reconhecimento ao corpo docente, lembrando a figura ímpar de minha orientadora, a Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera, por variadas razões. A competência de seu trabalho sempre despertou nos alunos de todos os níveis, a curiosidade pelo complexo mundo do Direito. O seu amor à docência, o exemplo de sua atuação e os seus ensinamentos motivaram a elaboração deste trabalho. Toda a comunidade acadêmica é grata à atuação da professora Véra. Muito obrigado.

Igualmente, agradeço aos professores, colegas e servidores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pelo trabalho desenvolvido em prol de nossa sociedade, de nosso Direito e de nossa Faculdade. A convivência harmônica é um dos principais legados. Cumprimento a seriedade de todos os colegas, em especial os amigos André Fernandes Estevez, Alexandre Lehmen, Cristiano Heineck Schmitt, Fabiano Koff Coulon, Felipe Camilo Dell'Alba, Cristiano Pretto e Ricardo Ramos, pela admiração que lhes tenho, pela oportunidade de trilhar em conjunto o caminho do doutorado com o constante diálogo.

Aos colegas Sérgio Gilberto Porto, Antonio Janyr Dall'Agnol Jr., Éderson Porto, Guilherme Porto, Rafael Sirangelo Abreu, Alice Silveiro, Luciana Ingrassia, Fernando Porto, Rodrigo Ustároz Cantalli e Rossana Kosciuk, expresse o reconhecimento pelo auxílio no escritório, durante o período do curso.

Dedico a presente tese para as pessoas que cuidam e alegram a Cidade. Em especial, para Tatiana e aos pequenos Pedro e Tomás, ambos nascidos no curso do doutorado, os quais são fonte de enorme felicidade. Juntos, abrimos os olhos para as descobertas da vida. Também dedico este pequeno trabalho aos meus pais, Léo e Nádia, pelo incentivo acadêmico que sempre tive em minha formação e por ter me transmitido a importância da solidariedade entre as pessoas.

ABSTRACT

O presente texto discute a possibilidade de ser reconhecida, no quadro das fontes de responsabilidade civil previstas no direito privado brasileiro, o dever de indenizar a partir de um ato lícito. Para tanto, apresenta a teoria solidarista de Léon Bourgeois, discutindo a possibilidade de sua recepção em face das premissas do Código Civil de 2002. Após, estabelece critérios que devem guiar o intérprete na identificação do dever de indenizar, a partir de ato lícito, bem como particularidades que regulam as formas de compensação.

Palavras-chave: Direito Privado Brasileiro. Responsabilidade Civil. Fontes do Dever de Indenizar. Ato lícito danoso. Indenização equitativa.

ABSTRACT

La tesi discute la possibilità di essere riconosciuta nel modello di diritto privato brasiliano la responsabilità civile da atti leciti. Presenta la teoria solidarista di Léon Bourgeois, discutendo la sua compatibilità con le premesse del Codice Civile del 2002. Dopo stabilisce i criteri che devono guidare l'interprete nell'individuare il indennizzo da atto lecito, così come le caratteristiche speciali che regolano forme di compensazione.

Parole chiave: Diritto Privato Brasiliano. Responsabilità Civile. Fonti della Responsabilità Civile. Atto lecito dannoso. Equo Indennizzo.

ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível.
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
Ag	Agravo.
AgRg	Agravo Regimental.
Ajuris	Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.
BGB	Burgeliches Gesetzbuch.
C.C	Câmara Cível.
CC	Código Civil Brasileiro.
c.c	Código Civil Italiano.
CCB	Código Civil Brasileiro.
CDC	Código de Defesa do Consumidor.
CE	Corte Especial
CF	Constituição Federal.
Code	Código Civil Francês
Codice	Código Civil Italiano
CPC	Código de Processo Civil.
Des.	Desembargador.
DJe.	Diário da Justiça eletrônico.
EDcl	Embargos declaratórios.
EDiv	Embargos de Divergência
EI	Embargos Infringentes
Estado	Jornal Estado de São Paulo
Folha	Jornal Folha de São Paulo
G.C.	Grupo Cível
j.	Julgado.
Min.	Ministro.
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil.
RC	Recurso Cível.
r.c.	Responsabilidade civil .
Rel.	Relator.
RE	Recurso Extraordinário
REsp.	Recurso Especial.
RJ	Revista Jurídica
RT.	Revista dos Tribunais.
RTDC	Revista Trimestral de Direito Civil
S.	Seção.
STF.	Supremo Tribunal Federal.
STJ.	Superior Tribunal Justiça.
T.	Turma.
TJ.	Tribunal de Justiça.
TRF	Tribunal Regional Federal
Zero	Jornal Zero Hora.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
PRIMEIRA PARTE: A CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA SOLIDARISTA NA LEITURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	16
CAPÍTULO 1 - A INCORPORAÇÃO DO SOLIDARISMO NO DISCURSO JURÍDICO	16
1. A identificação do fenômeno do solidarismo no século XIX.	17
2. A contribuição da obra de León Bourgeois (1851-1925).	24
2.1. O legado das ciências naturais ao fenômeno jurídico.	26
2.2. A identificação de uma lei social.	34
2.3. A dívida do homem em relação à sociedade.	43
3. A revalorização do “solidarisme juridique” no século XXI: a contribuição de Christophe Jamin e Denis Mazeaud.....	56
CAPÍTULO 2 – A RECEPÇÃO DO SOLIDARISMO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002	70
1. Recepção do solidarismo no direito brasileiro	71
2. A compatibilidade entre o solidarismo e o Código Reale.....	89
3. As variadas fontes do dever de indenizar no Código Civil de 2002.....	105
PARTE SEGUNDA: A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO NO DIREITO BRASILEIRO.....	130
CAPÍTULO 3 - A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO NO CCB/2002	130
1. Uma primeira aproximação: a quebra unilateral do mandato.	136
2. A transição dos fundamentos através do rompimento de noivado.	149
3. O estado de necessidade no Código Civil de 2002.....	160
CAPÍTULO 4 - PECULIARIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO.....	179
1. O necessário caráter subsidiário da compensação do dano lícito.	181
2. A seleção dos danos indenizáveis e dos meios de reparação.	193
3. O arbitramento da compensação.	209
CONCLUSÕES	221
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	224

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais interessantes da história do direito é a distribuição do encargo de reparar os danos visualizados dentro da sociedade. Essa difícil equação mereceu especial atenção dos juristas ao longo dos séculos e as respostas oferecidas foram as mais diversas possíveis. As mudanças visualizadas na sociedade são a principal razão para justificar essa riqueza no tratamento do tema, provocando a contínua adaptação do direito, com a utilização de variadas fontes jurígenas.

O direito de danos, nesse passo, depende sempre da conjugação das fontes e do trabalho da doutrina. Mesmo em períodos de marcada influência de determinada fonte jurídica (como a legislativa, no século XIX), os Tribunais sempre se preocuparam em renovar o tratamento da responsabilidade civil, apelando a outros dados relevantes, como a vontade dos interessados, a jurisprudência, a doutrina, o direito comparado, etc.

Sob este aspecto, é difícil não concordar com Guido Alpa, quando, após meditar sobre as normas de responsabilidade civil, observa que, no sistema de *civil law*, o texto codificado é muito mais um ponto de partida do que um ponto de chegada do percurso hermenêutico. O trabalho das fontes é extremamente rico, nesse ramo da ciência jurídica.¹

Atualmente, há variados fundamentos para explicar o dever de indenizar. Quando de seu amplo estudo sobre o estado da responsabilidade civil no direito comparado, André Tunc já apontava para a insuficiência da culpa como critério determinante do dever de indenizar, chegando a afirmar que a ideia de responsabilidade por culpa já poderia ser considerada um mito, naquela quadra histórica, pois as áreas que dispensavam os princípios que regulavam a sua aplicação eram certamente mais numerosas do que aquelas em que a teoria era ainda respeitada.² Embora, naturalmente, ainda pudesse ser relevante a culpa para a resolução de questões surgidas em áreas

¹ ALPA, Guido. *Tratatto di Diritto Privato, IV, Responsabilità Civile*, p. 84. Milano: Giuffrè, 1999.

² *La Responsabilité Civile*, p. 107. 2.ed. Paris: Economica, 1989. Miguel Reale, nos textos em que discutiu o Código Civil, igualmente reconheceu a insuficiência da culpa para atender a ideia de socialidade: “é claro que, no quadro de uma compreensão ético-social do Direito, não se concebe mais a teoria da responsabilidade civil, com base apenas no elemento subjetivo da culpa, sendo aquela considerada devida, objetivamente, quando a natureza mesma da atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica grandes riscos para quem dela participa”. *Espírito da nova Lei Civil*, p. 37. Como será melhor observado adiante, o Código Civil reconhece variadas formas de imputação de responsabilidade, as quais sistematicamente devem ser justificadas pela diretriz da socialidade.

específicas (exemplo da concorrência desleal), já estava evidente que “ele não é mais do que um dos fundamentos possíveis da responsabilidade civil, no meio de tantos outros”, podendo ser inclusive considerado como secundário.³ Outros autores destacam o elevado custo social da responsabilidade por culpa, além da incerteza das reparações, circunstâncias que igualmente devem ser consideradas.⁴

Muito embora o risco também tenha sido apresentado como um adequado fundamento para resolver amplo grupo de casos (e de inegável contribuição para a ciência jurídica tenha sido a produção acadêmica de Raymond Saleilles e Louis Josserand, na virada do século XIX), a análise da prática igualmente demonstra que ele é “apenas” mais uma das formas de se justificar o dever de indenizar. Não é a principal, quanto menos a única.

A realidade e as conclusões de André Tunc conservam atualidade. Uma análise dos julgados de nossos Tribunais demonstra que, a despeito da lembrança das lições doutrinárias tradicionais, pelas quais o nexo de causalidade entre um ato ilícito e um dano gera o dever de indenizar, na prática, observam-se outros critérios que guiam a resolução de casos. Há um descompasso entre a teoria, forjada na ilicitude, nexo de causalidade e dano, e a prática judicial. Nesta, muitas vezes, é atenuada a relação de causalidade, amplia-se a noção de dano jurídico e a ilicitude é caracterizada de maneira original. Tudo com o melhor dos objetivos: oferecer justiça ao caso e não deixar sem indenização alguém que sofreu, na visão do julgador, um dano injusto.

O que soa estranho é o fato da doutrina majoritária seguir sustentando a trilogia da responsabilidade civil: conduta ilícita, nexo de causalidade e dano, como a fórmula única da reparação. Este fenômeno de distanciamento é designado por Anderson Schreiber como uma “farsa da responsabilidade civil”, pois “a prática judicial encontra-se a milhas de distância do recorrente ensinamento segundo o qual não há

³ Op. cit. p. 107.

⁴ A este respeito, Guido Alpa e Mario Bessone destacam que a teoria da responsabilidade civil fundada na culpa possui um custo social elevado, além de ser considerado “irrazionale” pelo fato do ressarcimento ser incerto: “un dato comune a tutte è però costituito dal fatto che il sistema di responsabilità fondato sulla colpa « non funziona adeguatamente » e presenta un costo « sociale » troppo alto per essere sopportato da « società a capitalismo maturo ». Inoltre, tale sistema risulta spesso irrazionale, perché non garantisce alle vittime un risarcimento sicuro, in quanto affida a complicati procedimenti di accertamento della colpa l’esito del giudizio di responsabilità, e, ancora, tende, il linea di massima, a porre l’onere della prova a carico della vittima, interponendo perciò consistenti ostacoli alla possibilità che questa riesca (a dimostrare la negligenza dell’agente e quindi) ad ottenere il risarcimento”. La Responsabilità Civile, p. 523. Milano: Giuffrè, 2001. Este problema é acentuado no Brasil, pela manifesta crise do processo judicial, cujo resultado muitas vezes é aleatório.

dever de reparar sem que se demonstre a culpa, onexo causal e o dano”.⁵ O efeito concreto desse estado das coisas é uma grande insegurança no processo judicial, pois é difícil precisar de antemão qual será o resultado do debate, em face do *an* ou do *quantum debeat*.

A situação, no Brasil, é preocupante, pois a linha evolutiva da responsabilidade civil em nosso país ainda não atentou, adequadamente, para dois fenômenos fundamentais, quais sejam a democratização do contrato de seguro⁶ e a necessária socialização de alguns danos, inclusive com apelo às chamadas indenizações automáticas⁷, a serem criadas para resolver grupos específicos de casos, justificadas pela solidariedade social.⁸

Aqui no Brasil, na medida em que são raros estes fundos específicos, a solução alvitrada pela doutrina permanece individualista. Por ilustração, o interessante estudo de Wilson Ricardo Ligiera sobre danos relacionados a hemotransfusões, chega a conclusão de que o hospital e eventualmente os profissionais da saúde (pela falha no dever de informar) são responsáveis pela reparação de variados danos passíveis de

⁵ Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, p. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁶ Como pondera Anderson Schreiber, “a implementação de uma genuína *responsabilidade social* requer que o resultado das ações de responsabilização passe a ser repartido pela coletividade de agentes potencialmente lesivos ou até, em algumas hipóteses, pela sociedade como um todo. Em lugar de transferir de um indivíduo a outro o ônus reparatório (*loss shifting*), a responsabilidade civil deve assumir a tarefa de diluir o peso da reparação (*loss spreading*), tornando mais efetivo e menos litigioso o amparo à vítima. Tal diluição já vem se operando por meio de iniciativas legislativas pontuais e criações espontâneas da autonomia privada – como o seguro de responsabilidade por danos –, mas convida a reflexões mais abrangentes que conformem o inteiro ramo da responsabilidade civil à sua nova função, que consiste não mais em identificar o culpado, mas em gerir os danos que, inevitavelmente, decorrem da convivência social”. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, pp. 7-8. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁷ Lembra Geneviève Viney que o sistema francês posto em prática pela Lei Badinter 1985 admite a indenização automática: “depois dos acidentes do trabalho e dos de circulação, foram os acidentes médicos não culpáveis que suscitaram atenção. Eles são hoje cobertos na França, assim como as infecções hospitalares, por um sistema de indenização automática financiada principalmente pelo seguro-saúde. Da mesma forma, as vítimas de doenças causadas pelo amianto, pessoas acometidas por Aids em consequência de transfusão e as vítimas de delinquência podem obter indenização não fundada em regras de responsabilidade, que, antes disso, repousa sobre a solidariedade nacional, por intermédio de um fundo de indenização ou de garantia”. As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil, p. 47. In Direito Civil Contemporâneo. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008. A mesma autora lembra os Fundos criados após a Primeira Guerra Mundial, pelas leis de 17.04.1917 e 24.06.1919, para confortar as vítimas dos “dommages de guerre”: “parfois ces risques sont pris en charge par l’État au nom d’un impératif de solidarité nationale”. p. 42. Traité de droit civil, Introduction à la Responsabilité. 2. ed. Paris: LGDJ, 1996.

⁸ Por ilustração, Patrice Jourdain apresenta os Fundos criados pelo Estado francês para garantir a reparação de danos ocasionados pela guerra, acidentes de carros, de caça, atos de terrorismo, contaminação pelo uso de amianto, contaminação pelas transfusões de sangue e acidentes médicos graves. Les Principes de La Responsabilité Civile, p. 15. 7ª ed. Paris : Dalloz, 2007.

verificação pela hemotransusão (além de doenças infecto-contagiosas, igualmente podem surgir eventos metabólicos, imunológicos, hidroeletrolíticos indesejados).⁹ A doutrina não cogita a criação de um Fundo, com célere resposta para a vítima, deixando para outros ramos do direito o encargo de resolver o problema, como a Previdência Social.

Como bem diagnostica Philippe le Tourneau, a valorização da pessoa humana se traduz numa menor resignação das vítimas e, também, de uma maior solidariedade em relação aos infortúnios (“une plus grande solidarité face aux malheurs”): não é mais tolerado que uma vítima fique indene, sob o pretexto de que o autor é desconhecido ou é insolvente. Essa evolução de mentalidade deveria permitir que o peso da reparação, em alguns casos específicos, fosse transferido para toda a coletividade, para a melhor proteção das vítimas do acaso.¹⁰ Daí a importância de se pensar, no Brasil, em fundos de indenizações automáticas, ao menos para alguns casos mais graves.

Um exemplo da inegável atualidade dessa questão é dado pela Lei 12.663/12, que regula a “Copa das Confederações”, organizada pela Federação Internacional de Futebol (FIFA) como uma preparação para a Copa do Mundo de 2014. Conforme a previsão do art. 23, a União Federal deverá indenizar os representantes legais, empregados ou consultores da FIFA por qualquer dano derivado de “incidentes ou acidentes de segurança”¹¹ O melhor seria estender essa garantia, em favor de

⁹ O texto é muito interessante, porquanto transdisciplinar. Traz uma série de dados estatísticos e questões de saúde pública. Contudo, permanece na lógica individual: “Por outro lado, ainda que em princípio se considere a realização de uma transfusão como obrigação de meio, deve o Poder Judiciário, nos casos de transmissão de doenças por sangue contaminado, atuar de modo a possibilitar plena indenização da vítima, inclusive com a facilitação da prova, procedendo-se à inversão do ônus probatório, se necessário. No que tange ao dano moral, decorrente de contaminação por vírus da Aids, hepatite ou outras doenças, prescinde-se de sua comprovação. Quanto à responsabilidade hospitalar, deverá ser tratada como objetiva, respondendo o nosocômio independentemente da existência de culpa (CC, art. 927, p.u.; CDC, art. 14, *caput*), vez que é sua obrigação garantir a incolumidade física do paciente contra possíveis erros humanos ou sangue contaminado. Em suma, pode-se afirmar que hospital sempre será responsável. Ainda que solidariamente, pela contaminação do paciente transfundido em suas dependências. Quanto à responsabilidade do médico, em princípio, como o ato cirúrgico e a transfusão de sangue são atuações distintas, poderia deixar de responder. No entanto, se o paciente não forneceu seu consentimento à realização do procedimento transfusional ou, principalmente, se apresentou expressamente sua recusa, o médico também deverá responder pelos danos causados”. Responsabilidade Médico-Hospitalar pelos Riscos nas Transfusões de Sangue, pp. 156-157. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. Org. Teresa Ancona Lopez et alli. São Paulo: Atlas, 2013

¹⁰ Responsabilité Civile, p. 18. Paris: PUF, 2003.

¹¹ Conforme o art. 23: “A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha

qualquer pessoa lesada por atos de violência, uma vez que a norma foi pensada para a remota hipótese de terrorismo, fenômeno raríssimo no país.

Outrossim, é de se lamentar que, enquanto em outros sistemas o papel do responsável direto seja considerado meramente nominal, em face da relevância alcançada pelo contrato de seguro, no Brasil, por variadas razões, dito contrato não cumpra, ainda, a imensa função social que dele se espera.¹² Apenas por ilustração, registra o Sindicato dos Corretores de Seguro do Rio Grande do Sul, que, em dezembro de 2011, apenas 22,5% da frota circulante no país se encontrava protegida por seguro de responsabilidade civil. Quer pela idade média dos veículos (que encarece o custo), quer pela distância deste tipo contratual da população de baixa renda, a realidade aponta para um paradoxo entre a variação nas vendas de veículos e a comercialização do seguro facultativo.¹³ A consequência é de fácil previsão: a cada feriado, somam-se manchetes sobre os graves acidentes nas estradas, que vão gerar centenas de processos judiciais de incerto desfecho.¹⁴

Outrossim, o debate judicial acerca da responsabilidade civil, em geral, procura discutir se é melhor imputar ao réu o dever de reparar todo o dano suportado pelo autor ou se o prejuízo, quando comprovado, deve ser digerido pelo próprio lesado. Ou seja, o sistema judicial permanece individualista, pois não consegue visualizar meios de socializar o dano, de sorte a aprimorar a proteção de ambas as pessoas. Em outros

surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. Parágrafo único. A União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato ou omissão, tenham causado os danos ou tenham para eles concorrido, devendo o beneficiário fornecer os meios necessários ao exercício desses direitos”.

¹² Patrice Jourdain irá concluir que «ensuite, le droit positif fait de plus en plus dépendre la responsabilité de l'aptitude des personnes à s'assurer, notamment lorsqu'il s'agit de désigner un responsable autre que l'auteur direct du dommage. Enfin, dans le procès de responsabilité, c'est l'assureur qui joue le rôle essentiel, le responsable assuré n'étant guère présent que pour la forme : assigné par la victime en vertu de l'action directe dont elle dispose, c'est assureur qui, par l'intermédiaire de son avocat, assume la défense du responsable et dirige le procès. Tout ceci contribue à faire de la responsabilité un simple support de l'assurance, et du responsable un débiteur nominal mais ineffectif de l'indemnité. » Les Principes de La Responsabilité Civile, p. 14. 7^e ed. Paris : Dalloz, 2007.

¹³ Dados obtidos no site do Sindicato dos Corretores de Seguros do Rio Grande do Sul. <http://www.sincor-rs.com>. Acesso em 04.06.2012.

¹⁴ Um fenômeno corriqueiro: por volta de 22h30min, da quarta-feira 27 de março de 2013, houve um acidente envolvendo um ônibus que transportava alunos da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) com um caminhão. O saldo foi 4 mortes e mais de 20 feridos encaminhados aos hospitais da região. Conforme investigações preliminares, a causa teria sido o tráfego de animais (vacas) na estrada, o que é igualmente frequente, segundo as autoridades. A compensação desses danos, quer pelo ângulo da culpa, quer pelo enfoque do risco, certamente será custoso e o resultado altamente incerto.

termos, muitas vezes, a pretexto de se facilitar a reparação da vítima, joga-se o todo o custo ao suposto causador do dano, apenas, de sorte.¹⁵ Esta realidade atenta contra outro aspecto do fenômeno da repartição dos danos: quer as vítimas, quer os supostos causadores, são pessoas muito parecidas. Às vezes, assumir o papel de autor ou de réu é questão de sorte, o que demonstra a sua aleatoriedade e a inconveniência de se alimentar um discurso de que a responsabilidade civil, como regra, deva procurar censurar uma das partes ou deva partir de um direito fundamental da vítima ser reparada.¹⁶ Qualquer dessas óticas é individual e parece ser adotada por simpatia.

Dentro desse vasto mundo da responsabilidade civil, a presente tese almeja debruçar-se sobre uma fonte específica do dever de indenizar. Com os olhos em nossa tradição, eventualmente com o apoio do direito comparado, procura demonstrar que, dentre as várias causas justificadoras do dever de indenizar, existe uma ainda não sistematizada em nosso país, qual seja a compensação dos danos oriundos de atos considerados lícitos pelo Direito.

Em outros ramos do direito, como o administrativo, o fenômeno já foi alvo de debates, tendo sido construídas teorias para fundamentar o dever de indenizar do Estado. Por ilustração, na edição de 22 de janeiro de 2013, o Jornal Zero Hora noticiou

¹⁵ Nesse sentido, é percuciente a observação de Anderson Schreiber, quando afirma que “o problema está em que tal *solidarização da responsabilidade civil* ocorre apenas pela metade. No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexos causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A *erosão dos filtros da reparação* corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade. A revolução, contudo, é falha, porque meramente parcial. Os tribunais desconsideram a culpa (*todos somos culpados*) e a causa (*todos somos causadores*) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único – e, muitas vezes, randômico – responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral. O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu, aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima”. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 7. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁶ Como pontua André Tunc, todas as pessoas cometem diuturnamente erros e, felizmente, a maior parte deles não gera danos: “tout homme commet quotidiennement des erreurs. La plupart d’entre elles, même quand il se livre à une activité dangereuse, telle la conduite d’un véhicule, ne causent aucun dommage. Cepedant, un fâcheux concours de circonstances peut entraîner un accident, donc un dommage dont la gravité est à noueu une question de hasard. De même, une maîtresse de maison ou un fumeur peuvent, par un geste qu’ils ont accompli des milliers de fois auparavant, causer une explosion ou un incendie dont le coût, en vies humaines et en dommages matériels, sont une fois de plus une question de hasard. Alors qu’un conducteur très prudent peut causer un accident, celui qui conduit en état d’ivresse ou dans la plus grande insouciance peut avoir la chance d’arriver à bon port sans difficulté “. *La Responsabilité Civile*, p. 113. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

juízo do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, envolvendo a responsabilidade dos entes da Federação pela morte de um pedreiro, em virtude de efeitos colaterais produzidos pela vacina contra a febre amarela.¹⁷ Considerando que “mesmo comportamentos estatais legítimos podem acarretar a eclosão de danos a outrem, o fundamento da responsabilização do Estado por comportamentos lícitos é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos”, como asseverou o Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Reconheceu em seu voto que o Estado Brasileiro, ao elaborar um Plano de Ação para a Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional de Febre Amarela (ESPIN), pelas três esferas de gestão do SUS, orientou corretamente toda a população de determinadas áreas geográficas em favor da vacinação, tendo sido aplicadas mais de três milhões de doses no Rio Grande do Sul, em 2009. Embora absolutamente lícita a sua política administrativa, com o fito de evitar a reurbanização da febre amarela, não seria razoável deixar sem indenização familiares de uma pessoa cujo sacrifício também viabilizou o sucesso do programa. É uma manifestação típica do solidarismo de Léon Bourgeois, que será lembrado nesta tese.

Seria conveniente transportar a teoria do direito administrativo fundada no risco ao direito privado? Provavelmente, não. Desde logo convém sublinhar que o presente estudo não postula indenizações automáticas a partir da caracterização de danos derivados de atos lícitos. Ao contrário, entende que a fonte é excepcional e como tal deve ser utilizada com cautela. É natural e mesmo necessário que existam danos produzidos no seio da sociedade que fiquem sem reparação. Nem a presente tese, nem qualquer sistema jurídico, ao que se saiba, pretende o ressarcimento de todos os danos visualizados na sociedade.¹⁸ Nem todo dano é jurídico, portanto.

A estrutura do presente trabalho é composta por duas partes, nas quais são abordados o movimento solidarista e a responsabilidade civil fundada na prática de um ato tido como lícito pelo ordenamento. Cada qual contempla dois capítulos.

¹⁷ Trata-se da Apelação n. 5000086-13.2010.404.7104, 3. T., Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 16.01.2013.

¹⁸ A convivência humana gera danos às pessoas. Como coloca Francisco Pontes de Miranda: “porém danos há que são irressarcíveis, ou porque neles se contém regular exercício de direito de outrem (expressão Código Civil brasileiro) ou por serem de ordem que deva ficar fora do mundo jurídico, que há de sempre ser o mínimo ético a que se referiu Georg Jellinek: ‘das ethische Minimum’”. Tratado de Direito Privado, v. 53, p. 13.

O primeiro deles tenta focar as origens do solidarismo, com a lembrança do pensamento e da vida de Léon Bourgeois, bem como o seu recrudescimento atual, a partir das lições de Denis Mazeaud e Christophe Jamin. Ato contínuo, é discutida a penetração desta doutrina em solo brasileiro, bem como apresentadas as premissas do Código Civil, a fim de perquirir a compatibilidade entre essas formas de pensar o direito. Com base nessa conclusão parcial, são enfrentadas as fundamentações do dever de indenizar previstos no Código Civil, a fim de focar a admissão legal para a teoria da compensação de danos oriundos de comportamentos lícitos.

Abrindo a segunda parte do trabalho, a tese procura identificar situações consagradas em nosso direito, nas quais se dispensa o debate quanto à licitude das condutas, a fim de se compensar a vítima do dano. O objetivo é demonstrar que, em verdade, não são tão raras as hipóteses, na legislação e na jurisprudência, de procedências de ações com amparo nessa teoria. Por fim, encaminhando a conclusão, apresentam-se três critérios para guiar o trabalho dos intérpretes, cuja atenção é fundamental para o seu sucesso, quais sejam: (a) o reconhecimento de seu caráter subsidiário, nas fontes do dever de indenizar; (b) o necessário rigor na seleção dos danos indenizáveis, que devem ser especiais e anormais, bem como a necessidade de um juízo de balanceamento entre os interesses concretamente envolvidos e (c) a quantificação do dano indenizável, na qual não deve ser aplicado como regra o princípio da reparação integral, mas sim um arbitramento equitativo.

Ao final, são apresentadas as principais conclusões da presente tese.

PRIMEIRA PARTE: A CONTRIBUIÇÃO DA DOCTRINA SOLIDARISTA NA LEITURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO 1 - A INCORPORAÇÃO DO SOLIDARISMO NO DISCURSO JURÍDICO

“La solidarité est un fait, un fait d’une importance capitale dans les sciences naturelles, puisqu’il caractérise la vie. Si l’on cherche à définir l’être vivant, on ne saurait le faire que par la solidarité des fonctions qui lie des parties distinctes – et la mort n’est autre chose que la rupture de ce lien entre les divers éléments qui constituent l’individu et qui, désormais désassociés, vont entrer dans des combinaisons nouvelles, dans des êtres nouveaux.” (Charles Gide)

“L’homme n’est pas seulement une intelligence, qui par la science s’explique la nature ; il est en même temps une conscience. Être de raison, il cherche le vrai ; être de conscience, il cherche le bien. Ce bien, il se sent obligé de le réaliser, et en lui-même – c’est la morale individuelle – et entre les autres êtres de raison et de conscience semblables à lui – c’est la morale sociale. Il ne peut pas rester indifférent devant le drame social, il y est non pas spectateur seulement, mais acteur; complice ou victime, se le drame se termine dans les larmes, dans la violence et dans la haine ; héros, si le dénouement s’achève dans la paix, dans la justice et dans l’amour. Une force intérieure, qui est la loi même de son espèce et de son être, l’avertit à toute heure et le mêle à l’action.” (León Bourgeois).

“D’autre part, le solidarisme juridique en général et le solidarisme contractuel en particulier avaient pour objet de *faire société* en incitant individus et classes sociales à compromettre sur leurs intérêts respectifs. Or la philosophie des droits fondamentaux est exactement inverse: elle repose sur l’affirmation de la toute-puissance d’un sujet indifférent au sort de la société.” (Christophe Jamin)

1. A identificação do fenômeno do solidarismo no século XIX.

Embora na sociedade civil, no discurso estatal e na mídia, o termo “solidariedade” seja frequentemente pronunciado, a sua incorporação ao vocabulário das pessoas é relativamente recente.¹⁹ Nas ciências sociais, o seu ingresso ocorre no século XIX, pela influência de alguns eminentes pensadores franceses, como Léon Bourgeois, Célestin Bouglé, Émile Durkheim e Charles Gide.

Nesse sentido, Alfred Croiset, no prefácio da obra que reúne conferências pronunciadas entre 1901 e 1902, na Universidade de Paris, sobre o solidarismo, lembra que os cinquentenários jamais escutaram a palavra “solidarité” na sua infância.²⁰ Contudo, na época em que ocorreu o seminário em Paris, observa o autor que o termo tornara-se muito utilizado, nos escritos e nos discursos, dos moralistas e dos políticos, embora ainda estivesse muito longe de um consenso quanto ao seu verdadeiro significado.²¹ Igualmente, Léon Bourgeois, na conferência pronunciada em 6 de novembro de 1901, reconhece que a palavra solidariedade já estava por todos os lados.²²

Léon Bourgeois considerava que o termo “solidariedade” ingressara tardiamente no vocabulário político e, na maioria das vezes, os oradores dele se utilizavam como se fosse uma simples variante do terceiro termo do lema republicano: a

¹⁹ Conforme o professor Henri Boyer, “avec changement, solidarité est certainement l’un des mots qu’on a le plus utilisés, à partir du printemps 1981, dans le discours étatique et dans les médias”. Ressalva, entretanto, a sua presença em discursos proferidos após a Segunda Guerra Mundial, e a sua incorporação pelos textos constitucionais de 1946 e 1958. In *Solidarité: fortune politique, dérive lexicale*, p. 69. Neste artigo, o autor procura demonstrar que o termo “solidarité” tornou-se uma palavra de ordem (mot-choc) no discurso político francês. Inicialmente, utilizado pela doutrina socialista, na década de 1980, como uma espécie de síntese entre uma acepção humanista (“solidarité-fraternelle”) e outra econômica (“solidarité associative, mutualiste”). Contudo, com o passar dos anos e a sua democratização no discurso político, assumiu variadas acepções.

²⁰ A obra reúne as palestras proferidas por Léon Bourgeois (*L’idée de solidarité et ses conséquences sociales*), A. Daslu (*Solidarité et Morale Personelle*), E. Rauh (*Solidarité individuelle et propriété solidaire*), F. Buisson (*La Solidarité a l’École*), Ch. Gide (*La Solidarité Économique*), Xavier Léon (*Le fondement rationnel de la solidarité d’après la doctrine de Fichte*), H. La Fontaine (*Socialisme et Solidarité*) e E. Boutroux (*Rôle de l’idée de Solidarité*). In *Essai d’une philosophie de la solidarité: conférences et discussions*. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

²¹ Refere Alfred Croiset: “tout le monde l’emploie, et, à force de l’employer, on oublie volontiers de se demander ce qu’il signifie. Or, si l’on regarde, on s’aperçoit sans peine qu’il s’applique à des choses fort différentes”. Preface, p. VI. Op. cit.

²² Como observado, “le mot de solidarité est partout aujourd’hui”. *L’idée de solidarité et ses conséquences sociales*, p. 1.

“fraternidade”.²³ É por isso que, inicialmente, indaga se este vocábulo – “solidarité” – seria apenas um novo capricho da linguagem ou exprimiria uma ideia nova, indicando alguma evolução do pensamento?²⁴ Qual seria o seu verdadeiro significado?²⁵ Essa questão também fora formulada por Alfred Croiset, quando discutia se a solidariedade moral (“la solidarité morale”) não seria apenas uma nova denominação daquilo que outrora chamávamos caridade ou fraternidade?

Antevendo uma evolução no pensamento, Alfred Croiset, professor da Faculdade de Letras na Universidade de Paris, desde logo advertia que uma mudança no vocabulário implicaria sempre a introdução de alguma ideia conexas na concepção primitiva do objeto.²⁶ Concordamos com Alfred Croiset, quando salienta que, em geral, quando as pessoas utilizam o termo “caridade” tentam exprimir uma espécie de condescendência sentimental e gratuita, uma relação de ajuda entre alguém que se encontra em uma posição superior e outro cidadão que, por alguma razão, possui uma dificuldade.²⁷ Já a fraternidade, para dito autor, nada mais seria do que um sentimento e não poderia retratar com fidelidade uma lei moral.²⁸

Por essa razão, Croiset considerava que a sua geração, “ávida por uma ciência positiva e objetiva”, sentia a necessidade de encontrar uma nova palavra, que

²³ Solidarité, pp. 6-7. Afirma o autor que: “on a semblé d’abord le prendre comme une simple variante du troisième terme de la devise républicaine: fraternité. Il s’y substitue de plus en plus; et le sens que les écrivains, les orateurs, l’opinion publique à son tour, y attachent, semble, de jour en jour, plus plein, plus profond et plus étendu”.

²⁴ Op. cit. p. 7.

²⁵ León Bourgeois enuncia uma série de questões decorrentes desta ideia nova e que mereceriam urgente resposta: “est-il plein de sens ou vide de contenu? Quelle est la portée, quelles sont les conséquences de cette idée?” L’idée de solidarité et ses conséquences sociales, p. 1.

²⁶ Op. cit. p. VIII.

²⁷ No ponto, León Bourgeois analisa a distinção entre a sua teoria da solidariedade e o ideal de caridade: “je dis à ceux qui font le bien : vous croyez faire la charité ; detrompez-vous, vous payez seulement votre dette : n’en ayez pas tant d’orgueil. Voilà la distinction qu’il faut faire“. L’idée..., p. 60. Abre-se o caminho para Paulo Lobo afirmar: “que o ato caritativo radica na dimensão da consciência moral, enquanto a solidariedade é dever de natureza jurídica”. Direito Civil: Parte Geral, p. 89. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸ León Bourgeois parece concordar com Alfred Croiset, quando indaga se todo o seu esforço não tende a fazer passar a fraternidade dos domínios do sentimento para o terreno dos fatos. L’idée..., p. 59.

expressasse o “caráter científico da lei moral” e o termo “solidariedade”, emprestado da biologia, respondeu maravilhosamente a este desejo.²⁹

No dicionário da Academia Francesa, informa Henri Goyer, o seu ingresso ocorre na sexta edição, em 1835, na qual se indicou rara utilização social, com o sentido de uma responsabilidade mutualista que se estabelece entre duas ou mais pessoas (“la responsabilité mutuelle qui s’établit entre deux ou plusieurs personnes”).³⁰ Agrega o Dicionário que, na jurisprudência, indicaria pessoas que respondem, de alguma forma, conjuntamente (“il se dit figurément des personnes qui répondent en quelque sorte les unes des autres”), pela herança romanista.³¹

Até então, as ciências que se valiam da expressão “solidariedade” dela se utilizavam para representar a dependência recíproca dos diversos elementos associados.³² Na biologia, as partes dos organismos eram “solidárias”, na medida em que a modificação de uma determinasse alteração nas demais. Expressaria a noção fática: as relações de interdependência entre certos fenômenos de ordem psíquica, intelectual ou moral.³³ Quando o pulmão funciona perfeitamente, o cérebro também é beneficiado. Se o estômago falece, os demais órgãos são comprometidos. Há solidariedade, portanto,

²⁹ Op. cit. p. X. O legado das ciências naturais é ressaltado por outros autores, como Pierre Mazet: “la référence à la solidarité apparaît également dans certains courants scientifiques comme les sciences naturelles, la biologie où l’objectif est de souligner l’interdépendance des éléments composant un organisme”. *Le Courant Solidariste*, p. 14.

³⁰ Na língua portuguesa, o ingresso ocorre no final do século XIX. Os dois sentidos já aparecem na obra de Joaquim Nabuco, ora para romper com a “estreita solidariedade entre o país e o tráfico de africanos” (*O abolicionismo*, p. 46) ora para extinguir a escravidão “em face do progresso das idéias morais de cooperação e solidariedade” (*O abolicionismo*, p. 49). Atualmente, o Dicionário Aurélio, identifica quase uma dezena de distintos sentidos ao termo.

³¹ Cf. Henri Boyer, *Solidarité*, p. 72. No dicionário Larousse, edição francesa de 2009, ainda sobrevive o sentido histórico do termo: “se dit de choses qui dépendent l’une de l’autre”, “interdépendant”, ao lado do atual: “qui est lié à qqn d’autre, des intérêts communs”. Já na edição espanhola de 2007, do Larousse, constam definições de “solidaridad” e “solidario” que remetem ao significado contemporâneo (“adhesión incondicional a la causa o empresa de otros”, “entera comunidade de intereses y responsabilidades: solidaridad entre los pueblos”).

³² Alfred Croiset, p. VI. Léon Bourgeois, *Solidarité*, p. 45.

³³ Léon Bourgeois. *L’idée de solidarité et ses conséquences sociales*, p. 2. Também Emile Durkheim recorre à frequentes comparações entre o corpo humano e a sua teoria da solidariedade. Por ilustração, o direito cooperativo é comparado com o sistema nervoso, pois ambos desempenham um papel análogo: controlar as diferentes funções do corpo de maneira a fazê-las concorrer harmoniosamente. *De La Division du Travail Social: Etude sur l’Organisation des Sociétés Supérieures*, p. 137. Paris: Félix Alcan, 1893.

quando existe interdependência. É essa a nota da vida, lembrada no epígrafe deste capítulo, na citação de Charles Gide.

De seu turno, no direito, a solidariedade indicava (e ainda indica) a possibilidade de se exigir o integral adimplemento de um dos co-devedores ou a liberação da relação jurídica pela satisfação de um dos credores. Logicamente, a ideia de solidariedade que surge na segunda metade do século XIX é distinta, como será observado na análise da obra de León Bourgeois, autor que é tido como o idealizador do solidarismo nas ciências sociais. Nesta renovada interpretação, ela passaria a expressar a noção de um dever a ser observado por todos os homens em relação a seus semelhantes.³⁴ Um dever originado da socialidade humana.

Passados mais de cem anos do debate provocado por León Bourgeois, observa-se que as pessoas acostumaram-se à utilização do termo, que se tornou universalmente admirado.³⁵ Não surpreendeu René Demogue este fato, embora tenha destacado que o “solidarisme” seria um belo nome capaz de unir pessoas com visões de mundo bastante distintas. A expressão poderia, quem sabe, provocar uma transação, na medida em que não feria diretamente qualquer das posições ideológicas da época.³⁶ O termo caiu no gosto do grande público.

Com efeito, ainda hoje, as pessoas, em seus discursos, fazem questão de se mostrar “solidárias”, como reconhecido por Alfred Croiset um século atrás: na realidade, a expressão solidariedade é encontrada todos os dias nos textos dos escritores católicos, protestantes, judeus, pensadores livres, espiritistas, positivistas, etc.³⁷ Sob o

³⁴ Op. cit. p. 2.

³⁵ Refere Alfred Croiset que, como acontece sempre na história da linguagem, é um sentido peculiar de uma palavra que atrai a atenção e assegura o seu sucesso. Op. cit. p. XI.

³⁶ René Demogue, *Le Solidarisme et la Répartition des Pertes*, p. 164.

³⁷ Nesse sentido, antes de ser incorporada ao vocabulário jurídico, quando muito a solidariedade seria uma virtude, a qual poderia ser incorporada pelos mais variados discursos, de acordo com uma dada cultura, em um dado momento histórico. Como pondera Maria Celina Bodin de Moraes: “antes de ser princípio jurídico, a solidariedade é também virtude ético-teológica. Muitos, aliás, a entendem apenas sob este significado, afirmando que seu sentido principal teria permanecido vinculado às suas origens estoicas e cristãs, principalmente as do catolicismo primitivo, cujos seguidores, por serem “todos filhos do mesmo Pai”, deviam considerar-se como irmãos. A noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade – época dos primeiros documentos de declaração de direitos – quando estavam na ordem do dia as ideias assistencialistas, postas em prática por meio da caridade e da filantropia. Não é difícil perceber a congruência entre os valores modernos – expressos nas grandes codificações, em especial não Code Civil francês de 1804 – e os ideais de caridade como emblema máxima da solidariedade oitocentista. Naquele universo, era o Código Civil que fazia as vezes de Constituição, estabelecendo as “regras do jogo” e propiciando, através delas, plena liberdade àquele que representava o

guarda-chuva da “solidariedade”, as mais diversas correntes se abraçam, o que nos leva a indagar acerca de sua autonomia e a sua utilidade conceitual.³⁸ Todos os personagens da vida pública apreciam a “solidariedade”.³⁹ Ela segue presente nos discursos de Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva, Dilma Roussef, François Hollande⁴⁰, Nicolas Sarkozy⁴¹, Jean Marie Le Pen (“Solidarité Nationale”⁴²), François Mitterand⁴³, etc. Nenhuma corrente ideológica consegue afastar-se dessa bandeira, a qual pode ser agitada por pessoas com distintas visões de mundo.

Não à toa, registrou Christophe Jamin que a expressão “solidarismo” possui algo de “disgracieux” e de “anachronique”, afinal as expressões em “ismo” não

valor fundamental da época liberal: o indivíduo livre e igual, submetido apenas à sua própria vontade. Dotado de um “inteligente egoísmo”, ele saberia tirar o melhor proveito possível das suas atividades, seja como contratante ou proprietário, pouco importando, à lei, se utilizava seus bens com propósitos malévolos de prejudicar, ou se abstinha de cuidar para que outrem não perdesse sua vida, ‘em um acidente ou pela miséria’”. O Princípio da Solidariedade. Disponível em www.ebah.com.br. Acesso em 26.11.2012.

³⁸ Para Alfred Croiset, o fato de pessoas tão distintas utilizarem-se da mesma expressão em seus pensamentos deveria ser aplaudido. Seria um belo sinal da aproximação das pessoas, da união, mediante a utilização de um termo que não ofende ninguém: “la morale ne peut que gagner à n’être plus, pour les doctrines, un champ de bataille”. Op. cit. p. XIV.

³⁹ Charles Gide observa que, na virada para o século XX, dos 2000 candidatos a deputados na França, pelo menos 1000 deles aludiam ao solidarismo em seu programas eleitorais. L’Idée de Solidarité em tant que programme économique, p. 154. In *La Cooperation: Conférences de Propagande*. 3. ed. Paris: Sirey, 1910.

⁴⁰ Jacques Mièvres assinala que a ideologia solidarista está mais do que nunca presente no discurso político, sendo nítida a preferência do Partido Socialista, após 1981, pelo termo “solidarité”, no lugar de “socialisme”, “aves un retour à une apologie des ‘valeurs républicaines’, plus que ‘démocratiques’, dans la tradition du radicalisme de la III. République.” *Le solidarisme de Léon Bourgeois*, p. 10. In *Cahiers de la Méditerranée*, v. 63, 2001. Disponível em www.gallica.fr. Acesso em 20.12.2012. A 23 proposta do Programa do Partido Socialista, na Eleição do Presidente Hollande apela à “solidariedade nacional”. Diz o enunciado: “Pour améliorer la prise en charge des personnes âgées en perte d’autonomie, à domicile ou en établissement, nous ferons appel à la solidarité nationale. Pour permettre l’accès de tous à la vie de la cité, nous garantirons l’existence d’un volet handicap dans chaque loi et nous élèverons progressivement l’allocation adulte handicapé”. Disponível em <http://www.parti-socialiste.fr>. Acesso em 28.08.2012.

⁴¹ O programa de Governo do candidato Nicolas Sarkozy apoia-se, segundo a sua entrevista, em “solidariedade e respeito”. In: <http://presidentiellefrancaise.com/2012/03/05/nicolas-sarkozy-la-republique-de-la-solidarite-et-du-respect-260.html>. Acesso em 28.08.2012.

⁴² Demouveau Jean-Jacques. *La solidarité*. In: *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n. 26, 1990. pp. 43-56.

⁴³ Perdriel escreveu: “le mot-clé de François Mitterand, c’est celui de solidarité”. Apud Henri Boyer, *Solidarité*, p. 72.

possuem muito boa reputação, porquanto evocam o tempo das ideologias.⁴⁴ Outrossim, reconhecia que a escolha do termo, para batizar a sua teoria, permitiria críticas de distintos setores políticos.⁴⁵

Portanto, é fundamental termos cuidado para não se deixar envolver por uma palavra sedutora capaz de embaralhar e mascarar a realidade. A possível aniquilação individual pela inserção do homem no todo já preocupava Alfred Croiset, quando assinalava que as melhores intenções têm os seus perigos e que era importante preservar o individualismo no seu “sentido mais elevado, contra a absorção do indivíduo no todo”.⁴⁶

Uma das razões para o uso da “solidariedade” em variadas acepções é, justamente, a sua recente incorporação no vocabulário das pessoas. Passado pouco mais de um século de sua efetiva utilização coloquial, é natural que ainda não tenha encontrado um sentido preciso e permita, ainda hoje, retratar diversos aspectos da realidade.⁴⁷

Com razão, solidariedade é um termo incapaz de ser apreendido em apenas um ou outro significado específico. A vasta análise empreendida por Henri Boyer acerca de sua utilização no discurso político o comprova. Considera o autor que a “solidariedade” funciona em diversos tipos de discurso (econômico, social, proteção sanitária, tributação, etc.) e em muitos campos lexicais, como as virtudes humanas e sociais (com o sentido de dignidade, generosidade, igualdade, equidade, responsabilidade), além do político (com o sentido de proteção, redistribuição, unidade, segurança, etc.).⁴⁸ Na prática, Henri Boyer considera que o termo acabou sendo

⁴⁴ Le Solidarisme Contractuel: un regard Franco-Québécois, p. 4. Igualmente, Philippe Remy considera pouco habitual um debate jurídico sobre questões de “isme”, porquanto normalmente invocadas no discurso político, filosófico ou ideológico. La genèse du solidarisme, p. 3.

⁴⁵ Reconhece Christophe Jamin: “je sais maintenant d’expérience qu’il suffit d’évoquer le mot de solidarisme pour déchaîner de manière systématique les critiques les plus virulentes, et à peu près de tous les bords politiques. Les qualificatifs les plus péjoratifs ont en effet presque tous été employés depuis un siècle que les idées solidaristes ont commencé à voir le jour : indigence ou insipidité intellectuelle, sentimentalisme naïf, doctrine de faussaire, collectivisme doucereux, etc”. Le Procès du solidarisme contractuel: brève réplique, p. 159.

⁴⁶ Op. cit. p. XII.

⁴⁷ Como mencionado, na última edição do dicionário Aurélio, constam 9 sentidos associados ao verbete “solidariedade”.

⁴⁸ Refere o autor que “quant aux caractérisations, elles se répartissent au moins en deux ensembles. D’une part, la solidarité est mise en relation de détermination avec un échelon de la vie publique, un lieu

incorporado como um “instrumento de produção de efeitos”.⁴⁹ Embora as pessoas não tenham logrado uma “signification uniforme de solidarité” isso não impede o seu uso, pelo seu valor conotativo e sugestivo.

Essas observações do professor Henri Boyer podem ser aplicadas à ciência jurídica. Aqui também ocorre o uso dos termos “solidariedade” e “solidarismo”, com variadas significações. Para o professor Christophe Vigneau, que enfoca a aplicação da solidariedade no direito de família, é a expressão da consciência de uma comunidade de interesses e definida como a assistência mútua que é oferecida entre os membros de um grupo.⁵⁰ De seu turno, Paulo Neto Lobo considera que “a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância, na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social”.⁵¹ Estas ideias permitem visualizar que, através da noção “jurídica” de solidariedade, almeja-se reconhecer a importância do outro, do diálogo, do convívio, da harmonia, para que cada pessoa se desenvolva.

Não é fácil precisar a sua origem no pensamento jurídico. Concordamos com Paulo Lobo, quando refere que, antes de sua apropriação pelo direito, a solidariedade era entendida como um mero dever moral (ou uma “expressão de piedade ou virtude ético-teológico”). Apenas no final do século XIX que se esboça uma lógica propriamente jurídica, distinta da caridade ou da filantropia.⁵²

d'activité sociale. Elle est dite : 'de voisinage', 'primaire (s)', 'élémentaire', 'familiale', á, intermédiaire (s)', 'de travail', 'de base', 'de classe', 'sociale (s)', 'locale (s)', 'inter-regionale (s)', 'générale (s)', 'collective (s)', 'nationale (s)', étatique, internationale (s)... D'autra part, la caractérisation peut indiquer une simple appréciation (positive, d'une manière générale). La solidarité est alors: 'accrue', 'réelle', concrète, 'légitime', 'généreuse', 'active', 'responsable', 'courte (s)', 'directe', 'négociée (s)', 'nouvelle (s)', 'agissante', etc. Par ailleurs, la successivité discursive oppose solidarité à 'sacrifices', 'contraintes extérieures', 'insécurité', 'privilèges', 'inégalités', 'fraude fiscale', 'chômage', 'assistance', 'hédonisme', 'pragmatisme', 'profit', 'avantages acquis', 'charité', etc.” Op. cit. p. 79.

⁴⁹ Op. cit. p. 80.

⁵⁰ Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé. In *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 51. n. 1, janvier-mars 1999, p. 52.

⁵¹ *Direito Civil, Teoria Geral*, p. 87.

⁵² Op. cit. p. 89. Com a incorporação do princípio da solidariedade na Constituição de 1988 parece reforçada a ideia de que “o apelo ético à fraternidade converteu-se em dever jurídico de solidariedade prolanado do respectivo princípio normativo”, conforme pondera Paulo Lobo, op. cit. p. 91. O enfoque dado ao direito brasileiro é alvo do segundo capítulo.

Foi com Léon Bourgeois e Émile Durkheim que a solidariedade encontrou a primeira sistematização e que, anos mais tarde, iria permitir o seu desenvolvimento pela cultura jurídica. Ambos os autores colaboraram decisivamente com a incorporação do termo na ciência jurídica, por tal razão serão adiante lembrados na tese.

Com efeito, considerado o pai do solidarismo, Léon Bourgeois trouxe algumas respostas na sintética obra “Solidarité”, na qual o autor apresenta as suas ideias a partir de quatro aspectos, divididos nos seguintes capítulos: (a) a evolução das ideias políticas e sociais; (b) a doutrina científica da solidariedade natural; (c) a doutrina prática da solidariedade social; (d) a dívida do homem em relação à sociedade: o “quase contrato social”.⁵³

Em face da relevância do pensamento de Léon Bourgeois, para a afirmação da solidariedade como um princípio jurídico, o presente capítulo almeja resgatar as suas ideias, apresentadas no final do século XIX. Ato contínuo, a tese tentará demonstrar como os estudos atuais sobre o solidarismo no direito, desenvolvidos especialmente por Christophe Jamin e Denis Mazeaud, apoiam-se nos fundamentos lá lançados, embora – logicamente – tenham avançado na atualização da doutrina para a sua aplicação no contexto histórico atual.

2. A contribuição da obra de Léon Bourgeois (1851-1925).

Como visto, a introdução da temática referente à solidariedade no direito é relativamente recente. Um dos precursores foi o professor Léon Victor Auguste Bourgeois, quando, no final do século XIX, publicou monografias importantes, instando

⁵³ O título de “pai do solidarismo” é usualmente atribuído a Léon Bourgeois. Por ilustração, Philippe Remy irá afirmar que a doutrina solidarista nasceu na virada do século XX, no meio do partido radical e que a “oeuvre-princeps” é o pequeno livro “Solidarité”, de Bourgeois. *La Genèse du Solidarisme*, p. 04. Igualmente, Pierre Mazet admite que a corrente solidarista está intimamente ligada com o surgimento da III República e que Bourgeois ocupa um lugar central na medida em que ele é considerado como o pai deste doutrina política e social: “a publicação de sua obra intitulada *Solidarité*, em 1896, efetivamente, colocou as bases para a construção intelectual que tem por ambição repensar a organização social e política a partir de uma lei moral: a solidariedade. *Le Courant Solidariste*, p. 13. Também lhe foi atribuído o título de “père spirituel”, pelo seu empenho em favor da Sociedade de Nações e por ter sido o seu primeiro Presidente, na tese de doutoramento de Marie-Adélaïde Zeyer, defendida na Universidade de Paris em 2006, intitulada *Léon Bourgeois, père spirituel de la Société des Nations. Solidarité internationale et service de la France (1899-1919)*, cujo extrato está disponível em <http://theses.enc.sorbonne.fr/document995.html>.

a comunidade acadêmica a meditar sobre o papel do solidarismo nas ciências sociais e, por decorrência, a sua aplicação no Direito.⁵⁴

Alguns dados históricos podem auxiliar a contextualização de sua obra. A atuação política de Léon Bourgeois ocorreu dentro da Terceira República Francesa (1870-1940⁵⁵), um período relativamente tranquilo que sucedeu instáveis regimes políticos visualizados nos quase cem anos posteriores a Revolução: três monarquias, duas repúblicas e dois impérios. A base constitucional a Terceira República são as Leis Constitucionais de 1875.

O pensamento democrático da época conduziu reformas sociais, que podem ser visualizadas em leis que autorizam a atuação do movimento operário (1880) a liberdade de reunião (1881) e de imprensa (1881), reconhecimento do ensino gratuito e laico nas escolas públicas (1881 e 1882), além da regularização dos sindicatos e da liberdade de associação (1884 e 1901).⁵⁶

Formado em Direito com apenas 21 anos, teve uma vida pública foi muito intensa. Participou ativamente do cenário político francês, como membro do Partido Radical.⁵⁷ Chefiou, dentre outros Ministérios, o da Justiça (1892), Interior (1890 e 1895), Educação e Belas Artes (1890 e 1898), Relações Internacionais (1895, 1906 e 1914), Trabalho e Previdência Social (1912 e 1916), além de ter sido Prefeito de Tarn (1882) e de Haute-Garonne (1885), Deputado por Reims (1889) e Presidente da Câmara de Deputados (1902), Senado (1920-1923), órgão no qual foi Presidente.⁵⁸ Entende-se

⁵⁴ As suas principais obras são: *Solidarité*. 3. ed. Paris: Librairie Armand Colin, 1902; *L'idée de solidarité et ses conséquences sociales*. In *Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussion*. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1907. Estas são as referências das obras utilizadas na elaboração da presente tese. Os originais datam de 1896 e 1902, respectivamente.

⁵⁵ Em geral, os autores apontam o seu fim com a invasão das tropas alemãs, em 10.05.1940.

⁵⁶ Dados obtidos com apoio no Prefácio da obra *Germinal*, de Colette Becker. 78. ed. Paris: Librairie Générale Française, 2011. Igualmente em www.assemblee-nationale.fr. Acesso em 21.01.2013.

⁵⁷ Muitos autores consideram que a sua aberta intenção era a de dar base científica ao programa do Partido Radical: "leur ambition avouée est pourtant de donner une base scientifique, comme on dit alors, au programme radical." Philippe Remy, *La Genèse du Solidarisme*, p. 05. Na visão crítica deste autor, a doutrina não seria uma "philosophie de la société, mais plutôt un outil idéologique au service du radicalisme », p. 06.

⁵⁸ Dados bibliográficos obtidos especialmente do site do Prêmio Nobel (www.nobelprize.org). Também, na doutrina, cf. Jacques Mièvre. *Le Solidarisme de Léon Bourgeois*. In *Cahiers de la Méditerranée*, v. 63, 2001. Disponível em www.gallica.fr. Acesso em 20.12.2012. Nicolas Delalande. *Le Solidarisme de Léon Bourgeois, un socialisme libéral?* Disponível em www.laviedesidees.fr. Acesso em 10.01.2013. Igualmente em www.assemblee-nationale.fr. Acesso em 21.01.2013.

porque é definido como um “man of prodigious capabilities and diversified interests. A statesman, jurist, artist, and scholar, Léon Bourgeois, in the course of a long career, held almost every major office available in the French government of the Third Republic”.⁵⁹ Segundo o site da Assembléia Nacional, da França, a atuação política de León Bourgeois foi decisiva para as leis que garantiriam o repouso semanal, o seguro aos trabalhadores e a impenhorabilidade do bem de família (l'insaisissabilité des biens de famille), dentre outras.

No plano internacional, chefe da Delegação Francesa da Primeira Conferência de Paz de Haia, foi indicado como primeiro presidente da Liga das Nações, tendo sido agraciado com o Prêmio Nobel da Paz em 1920. No website oficial do Prêmio Nobel, León Bourgeois é apresentado como o “spiritual father” da Liga das Nações, mercê de seu entusiasmo pela criação deste órgão internacional, para oferecer normatividade ao princípio da caridade.⁶⁰

Em nosso sentir, as ideias lançadas há mais de cem anos conservam atualidade, razão pela qual uma breve lembrança de seu pensamento poderá auxiliar a compreensão do alcance atual da solidariedade e, especialmente, justificar o objeto de nossa tese, qual seja a possibilidade de compensação civil dos danos ocasionados em decorrência de atos lícitos, porquanto o fenômeno jurídico é relacional. As pessoas são interdependentes, solidárias, como diria Léon Bourgeois.

2.1. O legado das ciências naturais ao fenômeno jurídico.

Refletindo o momento histórico em que viveu, Léon Bourgeois aproveitou as conquistas das ciências naturais, na formação de suas posições sociológicas. A biologia ensinou que, no mundo da natureza, os seres são diferentes, de sorte que não é objetivo de sua teoria buscar o desaparecimento das diferenças atinentes às aptidões

⁵⁹ Conforme a sua biografia apresentada no site do Prêmio Nobel: “an insatiable student, reflective, diligent, enthusiastic, and possessed of a happy propensity for becoming involved in whatever he did. Concerned throughout his life with the improvement of man's condition through education, justice under the law, medical care, and the abolition of war, he was that political anomaly, a politician without personal ambition, who twice refused to run for the presidency of the Republic despite assurances that he could easily capture it”.

⁶⁰ Segundo alguns autores, o seu Partido Radical era muito criticado no início do século passado, porquanto a doutrina marxista mostrava-se coerente e, até a produção acadêmica de Léon Bourgeois, o ideal do Partido Radical era mais um “état d'esprit” ou uma “volonté” do que um projeto sério. Cf. Jacques Mièvre. *Le Solidarisme de Léon Bourgeois*, p. 5. In *Cahiers de la Méditerranée*, v. 63, 2001. Disponível em www.gallica.fr. Acesso em 20.12.2012.

físicas e intelectuais das pessoas, pois estes são fatos da natureza em relação aos quais a atividade humana nada pode mudar, afirmava.⁶¹

Léon Bourgeois percebeu que, em sua época, havia uma nítida dicotomia entre o ideal das ciências econômicas e o das escolas socialistas. O individualismo e o coletivismo se opunham sempre, resultando em uma antítese invencível.⁶² Consoante o autor, essa ferrenha divisão levaria, em um futuro próximo, a que as Assembleias Nacionais se agrupassem em dois grandes grupos (a maioria e a oposição), os quais travariam batalhas exclusivamente no terreno da luta econômica e resolveriam todos os problemas atinentes à distribuição de riqueza, a partir de uma única opção (“libérale” ou “socialiste”).⁶³

Como contextualiza Nicolas Delalande, no final do século XIX, o liberalismo ortodoxo, que se funda na apologia do mercado e na crítica a toda regulação estática, parecia a cada dia menos aceitável, na medida em que cresciam as injustiças sociais e que se aprofundava a famosa “question social”. A moralização dos comportamentos individuais e a filantropia já não eram entendidas como respostas críveis aos males provocados pela industrialização e pelo desenvolvimento de um capitalismo mundializado. O nascimento do movimento operário oferecia ao socialismo a possibilidade de contestar o regime liberal e fazer triunfar as suas aspirações coletivistas. Logo, os republicanos moderados estavam obrigados a encontrar uma terceira via “médiane” para estabilizar a República, evitando a formação de um novo ciclo de contestação.⁶⁴

Nesse sentido, como reconhece Pierre Mazet, o solidarismo permitiu aos radicais oferecer um meio-termo entre as alternativas liberalismo/socialismo,

⁶¹ Por decorrência, o autor não irá lutar contra as desigualdades que são naturais, mas sim contra as desigualdades que são ocasionadas pela atuação humana: “tout privilège au profit d’un ou de plusieurs associés, toute distinction de classes et de castes sont absolument inadmissibles. Inadmissible également tout obstacle légal à la liberté de la pensée et de la conscience de l’un des associés ». L’idée de solidarité e ses conséquences sociales, p. 88. O desenvolvimento humano somente poderia ser suspenso pela inaptidão natural das pessoas (op. cit. p. 84). « je me borne à réclamer la suppression de l’inégalité et de l’injustice en tant qu’elles sont l’oeuvre des hommes eux-mêmes. Les inégalités fatales de la nature suffiront toujours à rendre impossible le nivellement que certains redoutent » (op. cit. p. 93)

⁶² Op. cit. p. 09.

⁶³ Op. cit. p. 10.

⁶⁴ Le Solidarisme de Léon Bourgeois, un socialisme libéral, p. 3. Disponível em www.laviedesidees.fr. Acesso em 10.12.2012.

preservando a ordem econômica e social burguesa, tornando-a mais humana.⁶⁵ O momento histórico demandava esta terceira via idealizada por Léon Bourgeois.

Provavelmente, não seja uma casualidade o fato de Miguel Reale, um século mais tarde, ter identificado, no Brasil, uma “convergência das ideologias”, utilizando os termos “liberalismo social” ou “socialismo liberal”, para retratar a comunhão de pensamento das classes políticas historicamente adversárias.⁶⁶ Este termo “socialismo liberal”, inclusive, foi utilizado por professores franceses para caracterizar a obra de Léon Bourgeois.⁶⁷ E muito menos terá sido obra da sorte, Denis Mazeaud identificar no solidarismo contratual uma terceira via entre o “liberalismo selvagem” e “o socialismo dirigista”.⁶⁸

Contudo, esse estado das coisas apenas traduzia imperfeitamente o estado dos espíritos da época. É que os partidos sempre estão em atraso em relação às ideias. Bourgeois observa que, em geral, antes que uma ideia fosse aceita para tornar-se um programa de ação coletiva, era necessária uma intensa propaganda e quando enfim os

⁶⁵ La courant solidariste, p. 15.

⁶⁶ Dizia o professor brasileiro: “Estou convencido de que a natureza mesma da relação capital-trabalho dominante, numa era caracterizada pelo primado do serviço sobre o capital, importa na aplicação de valores éticos, e, por isto mesmo, políticos no mundo econômico, tendo como base a solidariedade e a justiça social. A essa luz, assim como se deverá pensar em termos de um néo-socialismo – representado, no meu entender, pelo “socialismo liberal” ou pelo “liberalismo social”, termo de minha preferência – se deverá também falar em neo-capitalismo, mesmo porque é tolice querer a morte do capitalismo, o qual não constitui uma teoria, mas é uma realidade histórica sujeita a naturais alterações. À luz do exposto, parece-me que o presente século terá o sentido de uma convergência de ideologias, para aproveitamento dos valores positivos tanto do liberalismo quanto do socialismo em uma síntese que não poderá deixar de atender a uma inevitável multiplicidade de conjunturas, as quais, no dizer sábio de Fernand Braudel, representam os elementos fundamentais da historiografia. Aliás, já temos dado passos decisivos no sentido aqui apontado, com o sistema de poder existente em países como a França, a Itália e Portugal, e já se esboça no Brasil, atuando os partidos conservadores de mãos dadas com socialistas e comunistas. Não se trata, pois, de dar este ou aquele outro colorido político às soluções aprovadas, mas sim de encontrar respostas práticas e exequíveis em razão dos complementares objetivos ideais dos indivíduos e da coletividade”. A Convergência das Ideologias. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 24.12.2012.

⁶⁷ Essa discussão é retomada na recensão de Nicolas Delalande, intitulada “Le solidarisme de Léon Bourgeois, un socialisme libéral?”. Disponível em www.laviedesidee.fr. Acesso em 09.09.2012. Trata-se de trabalho de recensão da obra do professor de filosofia da Universidade Paris IV, Serge Audier, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, Paris, Editions Michalon, 2007, 126 p.

⁶⁸ O lema de Denis Mazeaud “lealdade, solidariedade e fraternidade” seria a ideia diretriz do direito contemporâneo dos contratos: “devise dans laquelle se cristallise la doctrine du solidarisme contractuel, voie médiane entre un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot, en vertu de laquelle l’altruisme, la patience, le respect mutuel, l’indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l’entraide, la tolérance et d’autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l’univers contractuel.” Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?, p. 608.

partidos se organizavam em torno deste ideal, as pessoas já teriam se dado conta de que ele era incompleto, inexato, relativo, de sorte que outra nova via, mais ampla e compreensiva, teria nascido. E, sobre esta nova ideia, novas batalhas ocorrerão, sucessivamente.⁶⁹ Podemos dizer, sob este enfoque, que o direito é conservador por aparecer após a manifestação do fenômeno social.⁷⁰ Não no sentido de que o direito não interfira no social, mas em razão de atender o anseio da “questão social” posta.

A partir desse intenso conflito, entre o alvo socialista e a razão liberal, o autor identificou uma opinião não intermediária, mas superior, em face destas duas correntes. Na sua visão, não se trataria, simplesmente, de uma espécie de transação ideológica ou uma operação de tática política. A antítese visualizada permitiria, em breve, a evolução da humanidade.⁷¹ Os indícios de formação dessa nova doutrina encontravam-se nítidos, de sorte que Bourgeois imaginou um ponto comum no pensamento de socialistas, economistas, filósofos e positivistas: “para todos, no fundo, e sob diversos nomes, a doutrina é a mesma, ela se reduz claramente a este pensamento fundamental: há entre cada um dos indivíduos e todos os outros um liame necessário de *solidarité*; é o estudo exato das causas, das condições e dos limites dessa *solidarité* que poderá determinar a medida dos direitos e dos deveres de cada um verso os demais e de todos em relação a cada um, e que assegurará as conclusões científicas e morais do problema social”.⁷²

⁶⁹ Op. cit. p. 10-11.

⁷⁰ Ao considerar que o direito responde ao social, logicamente, não pretendemos entrar em toda de colisão com a função promocional do direito, defendida por autores como Norberto Bobbio. Concordamos que o estilo de sanção – negativa ou positiva, pois *spiacevoli* ou *piacevoli* – marca determinado momento histórico, de sorte que “l’apparire del diritto come insieme di norme negative segnava il passaggio dallo stato di natura allo stato civile, cioè da uno stato continuamente minacciato dalla guerra universale a uno stato di pace.” (La funzione promozionale del diritto, p. 5 e p. 11). Assim, a introdução da “tecnica dell’incoraggiamento” reflete uma mudança na função do sistema normativo, assinalando uma passagem de um controle passivo – que se preocupa com evitar ações nocivas – a um controle ativo, com o fito de favorecer ações vantajosas: “col minimo di parole si può utilmente distinguere un ordinamento protettivo-repressivo da un ordinamento promozionale, dicendo che al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non desiderati, onde il suo fine è di provocarne il compimento anche nei confronti dei recalcitranti” (Op. cit. p. 15). As colocações de Norberto Bobbio estão corretas e admitem que o direito, com o fim de viabilizar a realização de uma expectativa social, passa a oferecer outros meios de atuação às pessoas. Logo, o social ainda vem antes, pois é ele que dá o horizonte.

⁷¹ O autor refere que a síntese não seria alcançada por determinada pessoa, mas seria “l’oeuvre de tout le monde”. P. 13.

⁷² Op. cit. p. 15. No original: “mais pour tous, au fond, et sous des noms divers, la doctrine est la même, elle se ramène clairement à cette pensée fondamentale: il y a entre chacun des individus et tous les autres

Com efeito, a noção de “solidarité social”, nas ciências sociais, deveria ser entendida como a resultante de duas forças até então estranhas, cuja combinação levaria as nações a um degrau de evolução superior. São elas o método científico e a ideia moral.⁷³ Essas causas profundas indicariam a simpatia pelo “mouvement solidariste”, porquanto o seu objetivo era renovar os estudos econômicos e sociais.⁷⁴

Uma leitura inicial poderia permitir a conclusão de que o projeto de Bourgeois é romântico, especialmente no momento histórico em que estava inserido.⁷⁵ Afinal, como encontrar um elo comum entre a *ratio economica* e a aspiração socialista? O próprio autor reconhece que essa “harmonização” entre contradições não seria de fácil alcance, porém estabelece que a “verdade científica” e a “verdade moral” que contém cada qual desses pensamentos estariam sendo reconhecidos, pouco a pouco, pela opinião pública, pelos costumes e pelo direito.⁷⁶

A razão seria guiada pela ciência e determinaria leis inevitáveis da ação. A consciência apontaria os objetivos, instando-nos a agir. Somente com a combinação das ciências, especialmente as naturais, com a recuperação do ideal moral, haveria um grande passo na evolução social.

un lien nécessaire de solidarité; c’est l’étude exacte des causes, des conditions et des limites de cette solidarité qui seule pourra donner la mesure des droits et des devoirs de chacun envers tous e de tous envers chacun, et qui assurera les conclusions scientifiques et morales du problème social”.

⁷³ Op. cit. p. 16.

⁷⁴ Refere o autor que a noção de solidariedade “est le fruit du double mouvement des esprits et des consciences qui forme la trame profonde des événements de notre siècle; qui, d’une part, tend à libérer les esprits des systèmes à priori, des croyances acceptées sans examens, et à substituer aux combinaisons mentales imposées par la tradition et l’autorité, des combinaisons dues à la libre recherche et soumises à une critique incessante; et qui, d’autre part, contraint les consciences à chercher, d’autant plus rigoureusement, en dehors des concepts sans réalité et des sanctions invérifiables, des règles de conduite dont le caractère obligatoire résultera simplement de l’accord du sentiment – mesure du bien – et de la raison – criterium du vrai”. Op. cit. p. 17.

⁷⁵ Não apenas Léon Bourgeois, mas certamente muitos outros pensadores poderiam receber o rótulo de românticos. Por ilustração, Alfred Croiset sonha com o dia, no qual o homem dar-se-á conta que precisa se unir com os seus semelhantes para buscar, com eles, pelo amor e pela razão, o aprimoramento moral e material da coletividade”. Op. cit. p. XIV.

⁷⁶ Constata o autor que o método científico penetra em todas as ciências. Mesmo os espíritos mais refratários estariam admitindo a sua relevância, pois os fenômenos econômicos e sociais obedecessem, tal como os fenômenos físicos, químicos e biológicos, a determinadas leis. Todos estes fenômenos estariam submetidos à relações de causalidade necessária e a sua complexidade ou a dificuldade de lhes compreender apenas dificultariam a pesquisa, a qual seria feita com a utilização das conquistas das ciências naturais. Op. cit. 25-27. De outra banda, as relações do homem com a sociedade não constituiriam uma simples curiosidade intelectual, mas decorrem de uma necessidade moral que pesa sob todos. Op. cit. p. 28.

Em uma das passagens mais expressivas de sua obra, explica León Bourgeois que o “l’homme n’est pas seulement une intelligence, qui par la science s’explique la nature ; il est en même temps une conscience. Être de raison, il cherche le vrai ; être de conscience, il cherche le bien. Ce bien, il se sent obligé de le réaliser, et en lui-même – c’est la morale individuelle – et entre les autres êtres de raison et de conscience semblables à lui – c’est la morale sociale. Il ne peut pas rester indifférent devant le drame social, il y est non pas spectateur seulement, mais acteur ; complice ou victime, se le drame se termine dans les larmes, dans la violence et dans la haine ; héros, si le dénouement s’achève dans la paix, dans la justice et dans l’amour. Une force intérieure, qui est la loi même de son espèce et de son être, l’avertit à toute heure et le mêle à l’action”.⁷⁷

As ideias políticas e sociais expostas por León Bourgeois podem, como dito, ser consideradas ingênuas. Veja-se, por ilustração, a sua educada postulação para a intervenção na economia. Entende o autor que a sociedade não pode restar indiferente ao “jogo fatal” das forças econômicas. Reconhece que a sociedade não pode refazer o mundo, ela nem conseguiria mudá-lo no que diz respeito às relações de causa e efeito. Mas as forças psíquicas, históricas, econômicas, nas quais a inteligência do homem descobriu recursos, permitem controlar, como foram controladas outras forças naturais, e colocá-las em favor da ideia moral.⁷⁸ O autor considera que a lei da evolução da espécie guia as nossas vidas e que há uma tendência ao aprimoramento da pessoa e da sociedade, como será visto adiante.

Na sua construção do solidarismo nas ciências sociais, o método das ciências naturais ocupa lugar de destaque.⁷⁹ A associação humana, refere o autor, não é

⁷⁷ Op. cit. p. 31.

⁷⁸ Na exposição da ideia do autor, preferimos utilizar o termo “controlar”. No original: “mais les forces psychiques, historiques, économiques, dont l’intelligence de l’homme a, par une attentive observation, découvert les ressorts, elle entend les asservir comme ont été asservies les autres forces naturelles, les mettre aux ordres de l’idée morale”. Op. cit. p. 33.

⁷⁹ Como referido em sua obra: “a teoria da solidariedade natural de todos os seres, nascidos das descobertas da biologia, nos mostrou as leis científicas do desenvolvimento das sociedades”. Op. cit. p. 66. Ilustra o momento histórico dois exemplos trazidos por Charles Gide. A proibição de cuspir no chão das paradas de tramways e de ônibus, com o fim de controlar a transmissão de bacilos da tuberculose, editada pela Prefeitura da Polícia de Paris (10.07.1893). E o hábito de uma enfermeira de transmitir ar aos recém nascidos, para facilitar a primeira respiração. Como ela estava infectada com a tuberculose, sem o saber, assoprou a morte a todos (“elle leur avait soufflé à tous la mort”). Este último caso demonstrava o quão frágil era a existência humana, pois a vida de nossos semelhantes poderia depender de um simples

exclusivamente constituída em vista de interesses materiais, em relação aos quais a liberdade econômica oferece a mais inteira satisfação. Ela se preocupa igualmente com outros aspectos de nossa vida (biológicos, psicológicos, morais, etc.), razão pela qual a esses interesses diversos devem ser aplicadas as suas leis próprias. O quase contrato de associação humana deve obedecer estas leis naturais para lograr produzir os seus inteiros e definitivos efeitos.⁸⁰

É que o progresso, diz Léon Bourgeois com apoio em lição de Edmond Perrier, nunca foi alcançado senão pela associação das forças individuais e de sua harmoniosa coordenação, sendo que as ciências naturais constituem não apenas a mais alta filosofia, mas a única capaz de fornecer aos governos as luzes necessárias para curar os males do tempo presente.⁸¹ Com apoio na fisiologia, é lembrada a lição de Charles Gide, para quem a solidariedade é um fato de uma importância capital nas ciências naturais, pois ela caracteriza a vida. O ser vivo pode ser definido pela solidariedade das funções de partes distintas e a morte não seria outra coisa que não a ruptura dessa ligação entre diversos elementos que constituem o indivíduo e que, agora dissociadas, irão buscar outras combinações, nos seres novos.⁸²

Nesse passo, o equilíbrio somente pode ser alcançado pela conjugação de dois fatores: a especialização de cada parte e a convergência de todas as partes em direção a um objetivo comum. Esta associação, diz o autor, é a condição do sucesso na luta pela existência e ela está permanentemente ameaçada por dois perigos. Se uma parte periclita, sofre e morre, o equilíbrio se rompe. Se uma parte desenvolve a sua

sopro de nossa boca. L'Idée de Solidarité en tant que programme économique, p. 158-159. In La Coopération: Conférences de Propagande. 3. ed. Paris: Sirey, 1910.

⁸⁰ Op. cit. p. 147. Por ilustração, considera o autor que a concorrência encontra plena justificação, pois as descobertas das ciências naturais da segunda metade do século XIX demonstraram a “luta fisiológica pela existência”. Os indivíduos estão na natureza em estado de permanente concorrência, é pelo exercício incessante das funções que os órgãos se desenvolvem, pela adaptação corajosa dos órgãos às condições do meio, que o indivíduo se aperfeiçoa. Op. cit. pp. 39-40. Na história das sociedades, como na das espécies, reconhecemos que a luta pelo desenvolvimento individual é a condição primeira para todo o progresso; que o livre exercício das faculdades e das atividades pessoais permitem o movimento inicial. O motor primeiro de toda ação social é a ação individual de cada indivíduo, a qual irá ganhar força na medida em que encontra outras atividades físicas, psicológicas e morais de outros. Op. cit. 64.

⁸¹ Op. cit. p. 59.

⁸² Op. cit. p. 44-45. Essa passagem é repetida em outras obras de Bourgeois, o que demonstra a sua importância: “la solidarité caractérise la vie. Si l'on cherche à définir l'être vivant, on ne saurait le faire que par la solidarité des fonctions qui lie des parties distinctes – et la mort n'est autre chose que la rupture de ce lien entre les divers éléments qui constituent l'individu et qui, désormais désassociés, vont entrer dans des combinaisons nouvelles, dans des êtres nouveaux”. L'Idée de solidarité et ses conséquences sociales, p. 3.

atividade de uma maneira excessiva ou em uma direção contrária em relação ao escopo geral, o equilíbrio igualmente se rompe, o ser se desagrega e morre.⁸³

Seria possível retirar dessas lições da biologia utilidade para as ciências sociais? O autor entende que sim.⁸⁴ As relações de dependência recíproca entre os órgãos do corpo humano podem ser observadas no corpo social, ou seja, nas relações entre os seus próprios membros. Diz o autor que as leis da espécie (a herança, a adaptação, a seleção natural, leis de integração e de desintegração) não são outra coisa senão aspectos diversos da mesma lei geral de dependência recíproca - em outros termos: a solidariedade - dos elementos da vida universal.⁸⁵ Afinal, “l’homme n’échappe pas à cette loi”.⁸⁶ Também as pessoas situam-se e convivem dentro de liames de dependência recíproca, como todos os seres e todos os corpos, sobre todos os pontos do espaço e do tempo. A lei de solidariedade é universal. Mesmo a menor mudança mecânica na estrutura de um corpo infinitamente pequeno, repercute no conjunto de combinações mecânicas do mundo.⁸⁷

Como percebido por Alfred Croiset, ao focar a ideia de solidariedade como um princípio de ação, como um meio de provocar nos indivíduos a mirar uma justiça mais alta, capaz de ser alcançada pela união, León Bourgeois conseguiu oferecer um sentido novo para a palavra solidariedade, diferenciando-o do sentido meramente biológico ou jurídico do termo então vigente (responsabilidade *in solidum*).⁸⁸ Para que o

⁸³ L’idée de solidarité et ses conséquences sociales, p. 4.

⁸⁴ Refere Bourgeois: “remarquez tout d’abord que ce n’est pas seulement dans le domaine biologique que la loi se vérifie. Elle règne dans tous les domaines où s’exerce l’activité de l’homme. Il y a une solidarité des idées, des esprits”. L’idée, p. 4.

⁸⁵ Op. cit. p. 45.

⁸⁶ Op. cit. p. 46.

⁸⁷ Op. cit. 51. O autor reproduz bela citação da poesia de Sully Prudhomme: “humble vibration du meilleur de mon être (naître) se propage éternellement”.

⁸⁸ Essai de une Philosophie de la Solidarité, p. VII. No Brasil, Maria Celina Bodin de Moraes considera que esta noção romana permaneceu exclusiva até o advento da Carta Cidadã: “Entre nós, até a promulgação da Constituição de 1988, a única acepção jurídica do vocábulo solidariedade era a que remontava ao Corpus juris civilis: solidários são aqueles sujeitos que, encontrando-se em um pólo da relação obrigacional, estão aptos a receber a dívida inteira (quando a concorrência é de credores), ou obrigados a solvê-la integralmente (nos casos em que a multiplicidade de sujeitos se registra no pólo passivo). Pluralidade subjetiva e unidade de objeto constituem, portanto, a essência do instituto da solidariedade do direito obrigacional”. O Princípio da Solidariedade. Disponível em www.ebah.com.br. Acesso em 04.10.2012.

indivíduo se desenvolva plenamente, deveria existir “le concours des individus à l’action commune”.⁸⁹

2.2. A identificação de uma lei social.

Para Léon Bourgeois, não há relação entre a solidariedade natural e a justiça.⁹⁰ Como novamente destacado na conferência proferida em 4 de dezembro de 1901, a solidariedade de fato que une necessariamente todos os homens nada tem de comum com a justiça.⁹¹ Uma provém da natureza e produz resultados iníquos, porquanto a natureza é inconsciente. Já a justiça é um ideal da sociedade e dos homens. Para alcançá-la, é imperativo observar as leis da solidariedade: após constatá-las, deveriam as pessoas redesenhar os seus efeitos, direcionando-os para a linha da justiça.⁹² Em síntese, as pessoas deveriam, na visão de Léon Bourgeois, substituir o fato natural da iniquidade pelo fato social da justiça.⁹³

Embora o fundamento do direito não seja a solidariedade, mas sim a justiça, a noção de justiça apenas pode ser corretamente apreendida pela noção de solidariedade: “la justice est violée si les hommes nient les effets injustes de la solidarité naturelle et se refusent à les redresser”.⁹⁴ A solidariedade é um fato anterior à liberdade e à justiça e,

⁸⁹ Solidarité, p. 53.

⁹⁰ Para Bourgeois, “il y a une solidarité naturelle, une solidarité de fait, qui n’a rien de commun avec la justice. Si donc la fin de la société humaine est d’établir la justice entre les hommes, il y a un compte à faire, un redressement à établir dans la situation des différents membres de la société”. L’idée..., p. 36. A ação humana, portanto, deve reconhecer a injustiça que decorre da solidariedade natural.

⁹¹ L’idée..., p. 78.

⁹² L’idée..., p. 17. Na conferência pronunciada em 20 de novembro de 1901, agrega o autor que não há como realizar esse redirecionamento (“redressement”) negando a solidariedade natural, pois ela é uma lei inelutável, que deve ser suportada por ser natural, mas que permite ao homem dela se servir, “como nos servimos de outras leis da natureza, em vista dos fins próprios da humanidade. Foi através da lei da gravitação, que nós buscamos meios de estabelecer o equilíbrio de nossos edifícios materiais; é pela lei da solidariedade que nós demos procurar o meio de estabelecer o equilíbrio entre as coisas morais e sociais, vale dizer a justiça”. Op. cit. p. 36.

⁹³ L’idée..., p. 13. A identificação da solidariedade natural seria fundamental para a compreensão da necessidade moral da solidariedade-dever: “nous voici donc bien loin de la solidarité-fait et tout proches de la solidarité-devoir. Ne confondons jamais l’une de l’autre : ce sont des contraires. Mais il était indispensable de constater la première pour apercevoir la nécessité morale de la seconde.”

⁹⁴ L’idée..., p. 16. Bourgeois considera que, se um homem forte e livre pretender guardar apenas para si o proveito de sua atividade pessoal, como se ele o tivesse obtido sem a solidariedade, se ele pretender

por decorrência, nem a liberdade, nem a justiça, podem ser definidas sem se levar em conta o fato da solidariedade. É em função dela que devemos buscar os seus conceitos.⁹⁵

É por esta razão que o autor, ao oferecer duas teorias para o relacionamento social das pessoas, toma parte pela segunda alternativa abaixo apresentada.

Com efeito, propõe Bourgeois duas formas de invocar o dever. Na primeira, parte do pressuposto de que os homens são inteiramente livres, capazes de se satisfazer por si só. Nessa perspectiva, no momento em que eles não perturbarem a liberdade alheia, o seu dever terá sido adimplido. A outra considera que as pessoas não são inteiramente livres, mas sim conectadas entre si por uma associação necessária, anterior ao seu nascimento, a qual, uma vez abandonada, torna a vida impossível. Nessa associação, todos os seres tiram proveito da riqueza acumulada pelos ancestrais e ampliada pelos esforços de todos contemporâneos. Quando cada pessoa não colabora ativamente com o todo, a justiça é violada.⁹⁶ Não há como fugir da associação, cujos benefícios e riscos são partilhados pelas pessoas.

É nesse momento que a obra de Bourgeois deixa transparecer a sua compreensão sobre o fenômeno jurídico. Na sua conferência sobre as consequências sociais da ideia de solidariedade, assevera o autor que a noção de responsabilidade mutualista do homem em relação a todos os fatos sociais não teria sido percebida sem a colaboração das ciências biológicas. A ideia de solidariedade biológica modificou a nossa concepção das condições e do conceito de justiça. Enquanto acreditávamos no arquipélago de Robinson, parecia suficiente que cada pessoa não empobrecesse a ilha do vizinho. Contudo, a partir do momento em que reconhecemos que os habitantes dessas ilhas beneficiaram-se de serviços anteriores e que os bens foram injustamente repartidos, de sorte que algumas pessoas tornaram-se eternos devedores insolventes, ao passo que outras nasceram credoras perpetuamente impagas, tornar-se-ia necessário realizar um ajuste de contas, a fim de restabelecer a justiça. Se cada um tivesse vivido sozinho, na sua ilha, de seu próprio trabalho, se não tivesse nunca recebido habitantes de outras ilhas, seria suficiente que ele não fosse perturbado. Contudo, se houve trocas de serviços no passado e se este intercâmbio se mantém no presente, ocasionando como

colher os benefícios da solidariedade social sem suportar os custos e os riscos, vale dizer, sem adimplir a dívida contratada, a justiça é violada”.

⁹⁵ L'ídée..., p. 42.

⁹⁶ L'ídée..., p. 15-16.

resultado uma completa disparidade entre os homens (“tel que les uns sont comblés et les autres privés de tout”), seria necessário uma recapitulação dos bens, harmonizando as perdas e o proveito. Haveria uma conta social a ser restabelecida, pois não são Robinsons que se encontram no mundo, mas pessoas associadas.⁹⁷

Nesse panorama de ideias, nasce um conceito chave na obra de Léon Bourgeois: o “quasi contrat social”.⁹⁸ Reputa o autor que existe uma “présomption”, no sentido de que todos os membros da sociedade tenham dado o seu consentimento para a vida em associação. Este consentimento será “le seul fondement du droit”.⁹⁹ O homem não pode se subtrair, material ou moralmente, à associação humana: “l’homme isolé n’existe pas”. O livre desenvolvimento de suas faculdades, das suas atividades apenas pode ser conseguido com o concurso das faculdades e das atividades dos outros homens. O estágio atual da civilização, obviamente, foi alcançado graças aos esforços das gerações passadas.¹⁰⁰

Lançando uma objeção intransponível ao pensamento de Rousseau, com o qual não concorda, Léon Bourgeois considera que não há consentimento prévio na formação da sociedade, naquilo que interessa às obrigações sociais. Explica o autor que esse consentimento, na verdade, viria após, quando atingido algum grau de civilização, e ele será fundamental para manter a coesão. Não seria relevante considerar que a pessoa nasce boa e será depois corrompida, o que importa é que o sujeito está em permanente relação com os seus pares e herdou das gerações passadas vantagens.¹⁰¹ O

⁹⁷ L’idée..., pp. 12-13.

⁹⁸ Esclarece o autor a sua posição: “le quasi contrat n’est autre chose que le contrat rétroactivement consenti ». Solidarité, p. 133. A descoberta de León Bourgeois não convenceu o seu contemporâneo René Demogue, para quem a teria de Bourgeois nada mais era do que uma “ingénieuse formule pour aiguillonner l’instinct d’imitation”, afinal “il n’est pas d’innovation qui ne puisse se targuer de trouver aussi un germe dans des institutions préexistantes”. Le Solidarisme et la Réparation de Pertes, p. 158. Como será observado, René Demogue mostra-se cético quanto à utilidade social da “técnica de repartição das perdas”, idealizado no mutualismo. Prefere Demogue valorizar o “minimum d’existence” como melhor projeção do solidarismo: “on peut simplement que tout homme doit presque toujours avoir un droit à un minimum d’existence”. Op. cit. p. 168.

⁹⁹ Solidarité, p. 133.

¹⁰⁰ Solidarité, p. 137.

¹⁰¹ Nesse sentido, a abordagem de Nicolas Delalande “Ce quasi-contrat, qui n’a pas été scellé une bonne fois pour touter come dans la doctrine rousseauiste du passage de l’état de nature à l’état civil, est constamment actualisé et renégocié par les membris de la société. C’est par ce biais que le solidarisme s’efforce de repenser le principe d’obligation hors de toute référence à une autorité extérieure aux hommes et à la société. Payer l’impôt n’est plus un châtimeut infligé par un État tyrannique, mais un

consentimento em Léon Bourgeois manifesta-se, mesmo tacitamente, por isso o autor prefere utilizar o termo quase contrato social.¹⁰² Para que este “quasi contrat” seja válido, esclarece que é necessário, tal como no direito privado, a equivalência das causas.

Para se compreender o alcance de seu “quase contrato social”, deve se perquirir qual o sentido do termo “social” nele empregado. Na obra de Léon Bourgeois, o ato social humaniza a pessoa, uma vez que a vida em associação é a “forma superior da vida e o termo da evolução humana”¹⁰³

Na linguagem comum, ser social significa ter a aptidão de criar laços com as demais pessoas, ou seja, a palavra é empregada no sentido de que as pessoas possuem aptidões naturais para a associação, são capazes de se associar, meditando sobre as vantagens e os custos desses envolvimento. Léon Bourgeois, contudo, adota uma postura naturalista: “l’être social est celui qui comprend qu’il est social, c’est-à-dire qu’il est associé, qu’il est placé dans un état nécessaire d’échange de services avec les autres hommes”.¹⁰⁴

A pessoa precisa reconhecer, portanto, que uma das justificativas para aquilo que ela é e possui (“une part de sa personne”, bem como “une part de sa propriété”) é resultado do esforço comum, ou seja, é de origem social. Nesse passo, o ser social “digne de son nom”, deve satisfazer os deveres derivados do quase contrato. Resulta que, se ele quiser agir como ser social, deve oferecer parte de sua própria liberdade aos demais, devolvendo para a sociedade aquela parte que dela proveio, com o fim de assegurar a todos o acesso as vantagens ou a garantia contra os riscos da

devoir librement consenti, une manière de s’acquitter de sa dette envers la société, selon une règle de justice collectivement admise”. *Le Solidarisme de Léon Bourgeois, un socialisme libéral*, p. 4. Disponível em www.laviedesidees.fr. Acesso em 10.12.2012.

¹⁰² *L’idée...*, p. 79-80.

¹⁰³ Nas suas palavras: “et par l’éducation, nous entendons nettement l’éducation sociale, c’est-à-dire celle qui a pour but d’élever les hommes à la notion du devoir social, de créer en eux cet état d’esprit où ils comprendraient que tout acte social, c’est-à-dire tout acte de mutualité et de solidarité, est un acte de moralité supérieure, où ils apprendraient à se sentir et à se vouloir non comme des êtres isolés, mais comme des associés unis par le lien de justice réciproque, où ils voudront vivre librement de cette vie sociale, qui est la forme supérieure de la vie, et le terme de l’évolution humaine, parce que seule elle donne à la fois à l’individu la pleine disposition de sa liberté et la pleine satisfaction de sa conscience”. *L’idée...*, p. 97.

¹⁰⁴ *L’idée...*, p. 43.

sociedade”.¹⁰⁵ Muda a noção de vida social, a qual não exigirá apenas o respeito aos direitos alheios, mas dependerá também de uma associação voluntária e mutualista contra os riscos, sem a qual não haverá chance de progresso. O quase contrato social é normativo.¹⁰⁶

Há uma explícita abordagem do vínculo entre o “contrato” e o direito, afinal “tout le monde admet aujourd’hui que le progrès de la civilisation peut se mesurer à l’étendue du domaine des contrats. Plus grand est le nombre d’objets réglés par le libre consentement échangé entre les hommes et non par un acte supérieure d’autorité publique, plus haute est la civilisation”.¹⁰⁷ O fenômeno contratual engloba múltiplas formas, porém repousa sobre o consentimento e a causa.¹⁰⁸

Diz o autor que o meio de realizar a justiça é o contrato, uma associação consentida, mutualista e solidária entre os homens, no qual o objeto é assegurar para todos, da forma mais equitativa possível, as vantagens resultantes do fundo comum e de garantir a todos proteção em relação ao risco comum, na medida do possível: “le noeud de la vie sociale c’est ce contrat, contrat complexe à coup sûr, mais dont l’essence est bien claire dorénavant : il a pour contractants tous les hommes et pour l’objet l’établissement de la justice dans l’échange des services sociaux”.¹⁰⁹

As regras de interpretação do quase contrato social não diferem daquelas que presidem a interpretação dos contratos. Para bem fixar os direitos e os deveres que dele derivam, o primeiro passo é pesquisar e descobrir a intenção dos contratantes, refere o autor. Em um quase contrato de associação, como em um legítimo contrato de associação, seria fácil perceber as razões que levam as pessoas a criar ou a manter o vínculo: é a esperança de uma certa equivalência na situação social de cada um, a coletivização de certos riscos e de certas vantagens; é a esperança de encontrar no livre

¹⁰⁵ L’idée..., 43-44.

¹⁰⁶ A normatividade é observada em diversas passagens, tais como: “une association mutuelle, qui rétablit la justice dans l’échange des avantages et des risques de la solidarité, n’est pas un acte de charité ou d’amour, c’est un acte de justice, relevant des règles du droit et soumis aux sanctions sociales.” L’idée..., p. 61. A seguir, tentaremos indagar efeitos práticos dessa normatividade, na obra de Bourgeois.

¹⁰⁷ L’idée..., p. 91. Na teoria defendida por Bourgeois o fenômeno contratual é ampliado o mais longe possível (“aussi loin que possible”), a fim de tornar a vontade das partes como a fonte e o ponto de apoio para a garantia de seus direitos e deveres.

¹⁰⁸ “Je ne referai pas ici l’histoire du contrat; je me bornerai à dire que tout le droit privé est devenu contractuel. Mais le contrat se présente sous plusieurs formes”. L’idée..., p. 47.

¹⁰⁹ L’idée..., p. 46.

desenvolvimento das suas atividades o meio de conquistar o bem estar; é a esperança de observar o desaparecimento das desigualdades arbitrária e artificialmente adicionadas pelo homem às desigualdades naturais.¹¹⁰

Essa evolução na noção de “contrato” é observada em três estágios distintos.

Inicialmente, o contrato é privado e individual. Trata-se de uma troca de riquezas entre dois indivíduos livres. Visualiza-se o consentimento, quando observada a equivalência dos bens, na visão dos participantes, “c’est le do ut des des économistes; et l’échange est juste s’il a été libre”. O papel do direito não será fixar as obrigações recíprocas, mas constatar que elas foram consentidas pelos envolvidos e deve ser sancionada, em razão desse acordo livre de vontades.¹¹¹

Já em um segundo momento, o contrato torna-se coletivo. O autor oferece como ilustração a figura da associação, a qual admite que várias pessoas se relacionem juridicamente. Embora os princípios gerais que guiam esta nova figura sejam os mesmos de outros contratos antigos e a causa do consentimento permaneça sendo o proveito individual, agora proporcional à contribuição no esforço comum.¹¹²

Contudo, chega-se a um terceiro passo, este sim decisivo, na evolução da teoria do “contrato”, o qual passa a ser mais complexo, por ser “privé, collectif e mutuel”. É a mutualidade que caracteriza o novo fenômeno. Torna-se impossível prever e calcular antecipadamente o seu valor. São visualizados riscos e vantagens que dependem muito pouco da vontade dos envolvidos, mas que se sujeitam a sorte (“hasard”): fatalidades naturais, como a doença, incêndios, acidentes, etc. Essas dificuldades sugeriram aos homens a ideia de “mutualiser” o risco e a vantagem, pelo reconhecimento de que somos vulneráveis, por estar expostos a um risco que poderá atingir qualquer pessoa. Tomamos ciência de que, se cada um estiver sozinho para suportar o risco, seremos arruinados, portanto devemos nos unir para reparti-lo, de forma que todos pagaremos para que todos consigam proteção.¹¹³

¹¹⁰ L’idée..., p. 88.

¹¹¹ L’idée..., p. 47.

¹¹² L’idée..., p. 48. Não terá havido, na visão do autor, uma grande alteração do cenário, com o advento deste segundo estágio, pois a equivalência no intercâmbio e o consentimento permanecem como os critérios da validade do contrato. O fato de que duas ou mais pessoas tenham aceitado participar do negócio “ne change rien à la nature juridique ou philosophique de la convention”.

¹¹³ Consta no original: “nous savons seulement que, si chacun de nous est seul pour se protéger contre le risque, il sera écrasé; unissons-nous donc et mutualisons le risque; nous paierons tous pour nous en

Novamente, fica evidenciado a dependência de um em relação aos outros. Sozinha, a pessoa não alcança a proteção necessária para domar o futuro. Apenas com o apoio dos demais é viabilizada a repartição da sorte, componente ineliminável da vida.¹¹⁴ São os outros que nos permitem controlar, aproximadamente, os imprevisíveis capítulos do futuro.

Ocorre, nesse passo, uma extensão da ideia de responsabilidade, que deixa de ser enfocada sob um prisma estritamente individual (“la responsabilité absolue de la personne”) e passar a ser analisada sob um angulo de maior complexidade. Todos teriam uma parte de responsabilidade sobre as nossas ações. Contudo, a maior parte de nós mesmos não decorreria de nossos esforços, pois recebemos, conscientemente ou não, uma soma considerável de noções, de impressões, de disposições, de tendências hereditárias que determinam em parte a nossa personalidade. Teremos, uns em relação aos outros, um “dever de responsabilidade mutual”, pois, nem no mundo físico, nem no domínio moral, conseguimos nos isolar.¹¹⁵

Igualmente a noção de liberdade precisaria ser revisitada, pois o “reconhecimento do fato da solidariedade limita a ideia de nossa liberdade”. Responsabilidade e liberdade são dois termos que andam de mãos dadas. A partir do momento em que nos damos conta que nossa responsabilidade não é absoluta, de que não vivemos na ilha de Robinson, percebemos que é natural uma limitação de nosso agir. Como será observado no próximo tópico, com mais vagar, receberíamos, desde o nascimento, um tesouro acumulado pela humanidade e, desta forma, seríamos devedores de todas as pessoas que colaboraram para a sua formação.¹¹⁶

Para o autor, o direito penal de sua época já teria reconhecido dito avanço no conceito de responsabilidade, pois haveria um abismo entre a antiga noção que via no culpado um responsável absoluto e as ideias contemporâneas que limitavam a

garantir tous. Au fond, c’est ce que – sans aucune espèce de prétention à la philosophie ou à la morale – ont organisé les compagnies d’assurance contre l’incendie ou la grêle, c’est ce que, à un degré plus social, les compagnies d’assurance mutuelle sur la vie ont organisé depuis un quart de siècle dans le monde civilisé”. *L’idée...*, p. 49.

¹¹⁴ É natural que o autor exemplifique a sua teoria invocando o contrato de seguro, de bens e de pessoas, bem como a importância do sistema de previdência social, do qual, aliás, foi Ministro de Estado: “ainsi, de même que le contrat a introduit la justice et la paix dans les rapports du droit privé, de même le contrat de prévoyance et de garantir sociales mettra la justice et la paix dans les rapports sociaux, et il n’est pas d’autre moyen d’y parvenir”. *L’idée*, p. 50.

¹¹⁵ *L’idée...*, p. 39.

¹¹⁶ “Nous ne sommes donc pas absolument libres, puisque nous sommes débiteurs”. *L’idée...*, p. 40.

responsabilidade e que buscavam identificar para cada culpado a medida na qual teria havido a colaboração do meio social.¹¹⁷

Embora tenha reconhecido, como visto, que o “motor primeiro” da ação social é a atividade individual, o autor reconhece, ao mesmo tempo, que, caso as forças individuais sejam deixadas livres (por mais energia que a pessoa tiver), não serão capazes de produzir combinações sociais relevantes e de duração razoável. A existência do homem, bem como a sua manutenção em um estado durável de prosperidade e segurança, depende da associação das ações individuais.¹¹⁸ Forçosamente, a pessoa se beneficia da atuação alheia. Existiriam duas condições para o progresso da humanidade. De um lado, deve ser assegurada a liberdade. De outro, os indivíduos devem concorrer para o fim comum, o qual não é a luta pela vida, mas sim a união para a vida através da justiça.¹¹⁹

O quase contrato de associação, que liga todos os homens, é a justificativa para a equitativa repartição de ônus e proveitos, do ativo e do passivo social, que é o objeto legítimo da lei social.¹²⁰ O resultado de sua proposta é a mutualização entre as pessoas, a qual irá caracterizar a justiça reparadora das desigualdades naturais.¹²¹ Não há outro meio de conciliar as duas necessidades da evolução: a liberdade, fonte de todo o progresso; e a justiça, fonte de toda ordem e toda paz.¹²²

Aqui reside um dos méritos da teoria de Léon Bourgeois: ele conseguiu quebrar um paradigma da época, invertendo as relações entre a Política e o Social. Com efeito, a ideia consolidada de que o Poder Político outorga direitos aos cidadãos passa a

¹¹⁷ E partir dessa abordagem, refere Bourgeois, o direito penal de sua época já era muito distinto do direito criminal antigo, em todas as suas matérias. *L'idée...*, p. 39.

¹¹⁸ Esta associação, sempre necessária, pode se dar mediante a força (regimes autoritários) ou pelo consenso (regimes de liberdade). Todos os grupamentos de pessoas (famílias, tribos, cidades, castas, igrejas ou nações) dela dependem. *Solidarité*, pp. 62-63.

¹¹⁹ *L'idée...*, p. 78.

¹²⁰ *Solidarité*, p. 139.

¹²¹ “Une organisation qui mutualiserait, pour ainsi dire, entre tous les hommes, les avantages et les risques de la solidarité naturelle, nous a paru, à première vue, le seul procédé capable de donner le résultat que nous attendons.” *L'idée...*, p. 37.

¹²² “Né du fait de la solidarité sans justice, ce contrat transforme le fait en droit par l'intervention de l'instrument de justice réparatrice, la mutualité. La solidarité de fait aboutit à la solidarité volontaire conditionnellement consentie, et la liberté individuelle, ainsi rachetée prend en toute justice son entier développement. Je n'aperçois pas d'autre moyen de concilier les deux nécessités de l'évolution – la liberté, source de tout progrès, et la justice, source de tout ordre et de toute paix”. *L'idée...*, p. 96.

ser contestada pela consideração de que o grupo (a consciência social) também exige condutas dos membros, sob pena de sanções. Todos, portanto, deveriam cooperar com a solidariedade social.¹²³

À luz dessas considerações, um corolário lógico de suas ideias no campo do direito é a perspectiva relacional do fenômeno jurídico e a crítica, embora ainda pouco desenvolvida, ao método dos “direitos do homem”, o qual isola o homem da sociedade, contaminando a análise.¹²⁴ Sob este enfoque, poderiam ser agrupados entre os “solidaristas” ou “pós-solidaristas”, Léon Duguit, René Demogue¹²⁵, Louis Josserand, Christophe Jamin, Denis Mazeaud, os quais visualizaram a dificuldade de “pensar o direito numa sociedade de indivíduos”.¹²⁶

Como efeito, para Léon Bourgeois, a ciência analisa a pessoa na sua vida social. Ela não conhece homem abstrato, surgido por um passe de mágica com o pleno desenvolvimento de inteligência e de sua vontade. A pessoa não é simplesmente o

¹²³ Analisando este tema, Pierre Mazet identifica o fenômeno do primado do Social sobre o Político, na teoria de Bourgeois, pois a solidariedade nasce da sociedade. A principal lei, portanto, não guarda relação direta com o Estado. *Le Courant Solidariste*, p. 19.

¹²⁴ Léon Bourgeois, logicamente, reputa que a associação contribui não apenas ao desenvolvimento do todo, mas igualmente ao desenvolvimento de cada membro. A solidariedade que os liga, ao contrário de travar a sua atividade e suspender o seu crescimento, aumenta as suas forças e acelera o desenvolvimento. Eles se associam e a associação viabiliza um ganho, não uma perda, para cada um entre e para o conjunto. Op. cit. 55. Há uma “verdade definitiva”: “as atividades individuais, isoladas, crescem lentamente; opostas, elas se autodestroem; justapostas, elas se adicionam; apenas as atividades associadas crescem rapidamente, duram e se multiplicam”. Op. cit. 57.

¹²⁵ Embora René Demogue tenha considerado artificial o fundamento da teoria de Léon Bourgeois, pois o mutualismo seria uma explicação decepcionante para justificar as suas conclusões, quanto aos resultados práticos do solidarismo, ambos parecem acordes. É que René Demogue prefere fundamentar o solidarismo pelo “*minimum d’existence*” a ser reconhecido a quase todos os homens: “au lieu de la faire reposer sur cette théorie de fausse apparence précise du quasi-contrat, qui sera la cause de bien des déceptions, on peut dire simplement que tout homme doit presque toujours avoir droit à un minimum d’existence. Sauf les délinquants, les paresseux, tout individu doit être sûr d’obtenir de la société certains avantages. Pour cela on peut mutualiser jusqu’à un certain point, mais pas au-delà. Par là on aura substitué au droit théorique pour tout homme d’aspirer aux plus hautes dignités, aux plus hautes fortunes, le droit effectif, toujours réalisable de ne pas mourir de faim”. *Le Solidarisme et la Répartition des Pertes*, p.167 e 168. Contudo, René Demogue é francamente favorável a « socialisation du droit, e’est-à-dire au fond cette conception du droit qui le rend plus compréhensif, en ce sens qu’il considère qu’il n’y a pas seulement l’homme auquel il faut reconnaître des droits, mais des hommes, dans des situations sociales diverses, riches ou pauvres, surtout pauvres. Et alors le droit n’est plus cette large construction semblable au théâtre classique où ne figuraient que des abstractions générales: l’avare, le menteur il est plutôt comparable à la comédie humaine de Balzac, qui montre les hommes dans des situations infiniment diverses. Le droit socialisé en tient compte pour donner à chacun ce qui lui convient d’après sa fortune, sa profession”. Op. cit. p. 169.

¹²⁶ Em passagem irônica, mas que espelha um pouco da verdade, Phillipe Remy, o qual é cético quanto ao aproveitamento da teoria do solidarismo na atualidade, considera pouco provável a desapareção da “concepção metafísica” dos direitos do homem: “il faudrait seulement en informer la Cour de Strasbourg”. *La Genèse du Solidarisme*, p. 09.

objetivo e o fim do sistema do mundo. Ela é, igualmente, submetida à relações de dependência recíproca, que as conectam com os seus semelhantes, à sua origem, aos outros seres vivos, no meio terrestre e cósmico. E esta dependência não é apenas limitada às condições de sua vida psíquica, ela se estende aos fenômenos intelectuais e morais, aos atos de vontade, as suas obras intelectuais, pois “cette dépendance le lie à tous et à tout, dans l’espace et dans le temps”.¹²⁷

O importante, nessa associação, é que ela não contribui apenas para o desenvolvimento do conjunto, mas também viabiliza o desenvolvimento de cada membro. Este quase contrato social determina o surgimento da dívida humana em relação aos demais, contraída em cada nascimento, como será abordado no próximo tópico.

2.3. A dívida do homem em relação à sociedade.

Outro conceito chave da obra de León Bourgeois é a dívida social das pessoas, as quais retiram necessariamente proveito das ações alheias. Parcela de nosso sucesso é creditado aos nossos antepassados e aos nossos contemporâneos. Como não vivemos mais na ilha de Robinson, mas sim no mundo dos homens, seria necessário estabelecer as responsabilidades de cada um, uma vez que algumas pessoas são fatalmente beneficiadas pela solidariedade natural, ao passo que outras atingidas.¹²⁸

Do quase contrato de associação, nasceria uma imensa dívida para a pessoa. O preço da liberdade, para Bourgeois, é a assunção de uma dívida individual perante todos.¹²⁹ Desde o seu nascimento, a pessoa começa a usufruir de um capital imenso que foi economizado e desenvolvido pelas gerações anteriores. O conhecimento das leis da solidariedade dos seres vivos elimina o isolamento do homem na sociedade em que vive e destrói igualmente a sua solidão no tempo de sua existência. Ele estabelece que, para determinar completamente a sua situação natural e moral, a pessoa precisa levar em

¹²⁷ Op. cit. p. 47.

¹²⁸ L’idée..., p. 13.

¹²⁹ “Dans la société de fait où le place sa qualité d’homme, chacun de nous, avons-nous dit, est nécessairement le débiteur de tous. C’est la charge de la liberté ». Op. Cit. p. 115. A sua liberdade é condicionada por duas dívidas : « la répartition des charges qui naturellement et moralement, est la loi de la société, il doit, outre sa part dans l’échange des services ce qu’on peut appeler sa part dans la contribution pour le progrès ». Op. cit. p. 130.

consideração a sua ligação com os seus ancestrais e os seus descendentes, de sorte que a pessoa não seria somente devedora para com os seus contemporâneos, mas também para com as gerações passadas e futuras (“l’homme naît débiteur de l’association humaine”).¹³⁰

Com efeito, a dívida contraída pela pessoa é imensa, na teoria de Léon Bourgeois. Desde que a criança, após o aleitamento, se separa definitivamente da mãe e se torna um ser distinto, recebendo a alimentação necessária para a sua existência, ela será um devedor. Ela não conseguirá dar um passo, um gesto, satisfazer uma necessidade, realizar um ato, sem lançar mão do imenso reservatório de sabedoria acumulado pela humanidade.¹³¹ Esta é a fonte da dívida social a ser resgatada.¹³²

Por consequência, a contraprestação que se espera da pessoa é proporcional a este legado recebido e, mais, constata o autor que, quanto mais o cidadão avançar na sua vida, mais ele verá crescer a sua dívida, pois a cada dia ele conseguirá um novo proveito pelo uso do equipamento material e intelectual criado pela humanidade.¹³³ Bourgeois vai além e considera que o homem não será verdadeiramente livre e *self respected*, enquanto negar a dívida em relação a todos os demais.

Para alcançar a sua liberdade, deve o homem formar uma associação justa e mutualista.¹³⁴ Até o pagamento da sua dívida social, o direito precisa sancionar a associação. Contudo, uma vez adimplida, o homem estaria livre.¹³⁵ Justificando essa condição para obter a liberdade, Bourgeois explica a razão pela qual não poderia ser

¹³⁰ Solidarité, p. 117.

¹³¹ Solidarité, p. 119.

¹³² “Nous avons constaté que l’homme, en venant au monde, ne naît pas libre de toute obligation : il naît débiteur de la société humaine ; nous avons montré le trésor accumulé par l’humanité et incessamment accru autour de nous pendant notre existence : nous avons montré comment chacun bénéficie de ce commun trésor, et nous avons déclaré que, de ce fait, il y a pour chacun une dette à acquitter. Nous ne sommes donc pas absolument libres, puisque nous sommes débiteurs. Dans le langage du droit, on n’est libre que lorsqu’on est libéré. Et c’est pourquoi nous avons dit : la liberté de l’homme commence à la libération de sa dette sociale”. L’idée..., p. 41.

¹³³ Op. cit. p. 123.

¹³⁴ L’idée..., p. 18.

¹³⁵ Uma parte de nossa personalidade é dada pela sociedade. Outra, por mérito individual. Logo: “il y a une part de notre liberté, de notre propriété, de notre personnalité qui est d’origine sociale ; c’est cette part sociale de nous-mêmes qu’il faut mutualiser ; au delà nous n’avons plus de droit de rien imposer aux hommes.” L’idée..., p. 56.

considerado um socialista, na época.¹³⁶ O seu socialismo seria pessoal e consciente, pois algo de nossa personalidade, de nossa propriedade, de nossa liberdade resultou do esforço da sociedade, portanto todos devemos prestar contas a ela. Sob este aspecto, o autor aceita o rótulo de socialista. Entretanto, a partir do momento em que adimplimos essa dívida social, alcançamos a nossa liberdade, a nossa plena e inteira atividade. Marchava, assim, na via oposta ao do socialismo coletivista, por considerar que a coletivização não é o objetivo do sistema da solidariedade: o que é coletivo é o ponto de partida, de forma que a doutrina da solidariedade seria a própria justificação da propriedade individual, liberada pelo cumprimento da dívida social.¹³⁷ Compreende-se a razão pela qual, no programa do Partido Radical apresentado em 1907, tenha constado expressamente o objetivo de sua política de preservar a propriedade privada.¹³⁸

De certa maneira, Bourgeois retira proveito das ideias liberais e socialistas: “avec les économistes, nous disons : liberté, c’est la condition du progrès humain. Avec les socialistes, nous disons : justice. Mais la justice, pour nous, reste le point de départ de la liberté¹³⁹”. Não se almeja, portanto, revolucionar a ordem social. Ao contrário, ela deve ser mantida, com a correção de pontuais excessos observados, através da mutualização de alguns riscos.¹⁴⁰

Todavia, se, por um lado, é inequívoco que a dívida social deve ser paga (“il faut payer sa dette social”), por outro, não é nada singelo precisar o meio de seu

¹³⁶ Ressalva o autor, ao se utilizar do termo, que o socialismo é um substantivo que serviu a tantos discursos, que perdeu praticamente todo o sentido preciso, de forma que seria preciso sempre se utilizar de adjetivos para que o declaratório pudesse compreender a linguagem. *L’idée...*, p. 44. Outras razões colaboram para afastar a doutrina solidarista de Bourgeois da cartilha socialista, muito especialmente o reconhecimento que a força individual apenas se realiza com ampla liberdade para as pessoas e que a finalidade de sua teoria não é igualar os membros da associação, mas sim permitir que cada qual alcance a evolução mais ampla possível e que só seja limitado por suas naturais inibições.

¹³⁷ A solidariedade é que justifica a propriedade e a liberdade: “Je me résume. La solidarité ici encore est préalable ; la propriété et la liberté individuelles sont le but, mais elles ne se peuvent définir qu’en fonction de la solidarité, c’est-à-dire qu’elles ne sont justes que lorsque ceux qui y prétendent ont acquitté leurs obligations sociales.” *L’idée...*, p. 45.

¹³⁸ O partido era “résolument attaché au principe de la propriété individuelle dont il ne veut ni commencer ni même préparer la suppression.” Cf. Jacques Mièvre. *Le Solidarisme de Léon Bourgeois*, p. 5. In *Cahiers de la Méditerranée*, v. 63, 2001. Disponível em www.gallica.fr. Acesso em 20.12.2012.

¹³⁹ *L’idée...*, p. 56.

¹⁴⁰ É correta a abordagem de Pierre Mazet: “c’est à ce niveau que l’on retrouve l’idée d’entre-deux, de juste milieu, dans le souci de maintenir l’ordre social les excès imputables à la vie en société. La doctrine solidariste n’est en rien révolutionnaire dans le sens où il s’agirait de modifier l’ordre économique et social ; elle se contente de socialiser certains risques. Elle évacue toute idée de lutte des classes, d’antagonisme au profit d’une vision pacifiée de la société.” *Le Courant Solidariste*, p. 22.

adimplemento, que é o custo para se alcançar a liberdade na teoria de Bourgeois. As pessoas são distintas. Quanto a este aspecto não há dúvida. Fossem iguais, a justiça seria equivalente a uma simples relação de igualdade.¹⁴¹ Contudo, quando se tratam de pessoas entre as quais concorrem circunstâncias alheias à suas vontades, a justiça não poderia ser oferecida sem a consideração das vantagens auferidas no passado, ao sabor da sorte.¹⁴² A justiça exigiria mais do que simplesmente estabelecer entre as pessoas uma simples igualdade projetada ao futuro, mas também restabelecer entre eles, na adequada proporção, a sua dívida social.

Essa dívida pesa especialmente para as pessoas que gozam de uma certa superioridade em sua condição social. O problema é que o cálculo do débito não pode ser feito individualmente (“il nous est impossible de faire notre compte individuel, il est impossible à qui que ce soit sur la terre de faire le compte de qui que ce soit.”). Não há como sonhar estabelecer a dívida de um e o crédito de outro. A solução proposta pelo autor, demasiadamente ampla em nossa visão, seria ampliar a todos os riscos da solidariedade, o princípio da mutualização, e, assim, encontraríamos a realização do verdadeiro contrato social: contrato de solidariedade contra a injustiça, ao qual todo o ser social deve consentir.¹⁴³

Outro mérito de sua obra e que fica nítido na exposição acima é sugerir que a responsabilização pelos riscos seja coletivizada. Foge-se, neste aspecto, de uma lógica individualista. A sociedade, dentro dessa nova visão, deve assumir parcela dos custos para a compensação dos riscos assumidos pelas pessoas.¹⁴⁴ O autor oferece, com este

¹⁴¹ A justiça “consiste essentiellement en un rapport d’équivalence entre des services échangées. Ce rapport apparaît très clairement dans le contrats du droit privé.” *L’idée...*, p. 78. A equivalência não é buscada na natureza, pois as pessoas são distintas desde o seu nascimento (“contre ces inégalités l’accord des volontés ne peut rien. Elles sont hors du quasi contrat social”). A equivalência postulada pelo autor ocorre em relação às condições criadas pelos homens (“ce qu’il faut faire disparaître, pour réaliser la justice, ce sont seulement les inégalités de condition qui sont le fait des hommes eux-mêmes, de leur ignorance, de leur égoïsme, de leurs âpreté au gain, de leur violence.”) *Op. cit.* p. 80.

¹⁴² *L’idée...*, p. 41-42.

¹⁴³ Não há como identificar em que medida um homem que tenha chegado a um degrau superior de poder, fortuna, seja devedor da sociedade, como é igualmente impossível precisar o que é devido pela sociedade a uma pessoa que não tenha recebido nem instrução, nem capital, nem saúde ou as forças físicas necessárias para ganhar a sua vida. *L’idée...*, p. 50.

¹⁴⁴ É, novamente, correta a abordagem de Pierre Mazet: “il s’agit là d’un renversement de perspective important dans la mesure où au XIX, sous l’influence de la pensée libérale, c’est la responsabilité individuelle qui a été privilégiée, y compris dans le cadre des accidents du travail. En expliquant que certains événements sont soit imponderables, soit produits par le fait de vivre en société, les solidaristes font peser sur l’ensemble de la société la réparation de ces risques. On entre ainsi dans une logique

enfoque, a base dogmática para a criação dos fundos de indenizações automáticas, como o DPVAT brasileiro, e o sistema de proteção em relação a hemotransfusões e terrorismo, em França, que ocorreram algumas décadas mais tarde.

Como se observa, a ideia geral é de fácil compreensão. Entretanto, a sua realização prática apresenta-se extremamente problemática. Não é tarefa singela apontar em qual medida alguns membros da sociedade foram beneficiados pela herança recebida ou em qual intensidade outros cidadãos foram privados de partir em igualdade de condições no início da maratona. As soluções que podem ser aventadas, tal qual a de nossa tese, devem ter em comum o fato de situar as pessoas em meio a seus semelhantes, de forma a se preocupar com a projeção do seu exercício jurídico, pela natural repercussão gerada nos demais.¹⁴⁵

Não há dúvidas de que a dívida humana foi constituída por nossos ancestrais: a cada passo na estrada, que foi construída com o suor e a morte de vários operários; a cada consumação de um produto agrícola, industrial ou intelectual; dívida com os mortos que deixaram como herança a transformação da terra árida em um imenso campo fértil; dívida com as conquistas científicas, etc.¹⁴⁶ Entretanto, quem seria o seu verdadeiro credor?¹⁴⁷

Enfrentando o tema do crédito da dívida, coerentemente com a sua teoria, Léon Bourgeois assinala que a credora não pode ser considerada apenas a geração passada ou a presente: “c’est pour tous ceux qui seront appelés à la vie, que tous ceux qui sont morts ont créé le capital d’idées, de forces et d’utilités. C’est donc envers tous ceux qui viendront après nous, que nous avons reçu des ancêtres charge d’aquitter la dette ; c’est un legs de tout le passé à tout l’avenir. Chaque génération qui passe ne veut vraiment se considérer que comme en étant l’usufruitière, elle n’en est investie qu’à

d’assurance basée sur un nouvelle approche du risque (...) or, c’est justement l’idée d’assurance qui permet d’établir cette compensation. Au nom de la solidarité, c’est l’ensemble du corps social qui se substitue à l’individu pour réparer les conséquences de l’accident qui l’a frappé, que cet accident se soit déroulé au travail ou découle du cour normal de la vie (vieillesse, maladie, chômage,...)”. Le Courant Solidariste, p. 23.

¹⁴⁵ Sobre o tema, Emile Durkheim aponta que é de difícil previsão os exatos contornos da repercussão da mudança de um simples fato, pois ele é solidário de muitos outros. Nesse sentido, o prefácio de *La Division du Travail Social: Etude sur l’Organisation des Sociétés Supérieures*. Paris: Felix Alcan Editeur, 1893. Desta forma, qualquer artista social, muito especialmente o juiz porquanto atinge relações de pessoas, deve estar atento para os cambiamentios que são potencializados pela sua atuação.

¹⁴⁶ Op. cit. pp. 120-122

¹⁴⁷ Op. cit. p. 124.

charge de le conserver et de le restituer fidèlement”.¹⁴⁸ O legado de todo o passado em favor de todo o futuro, identificado pelo autor, amplia sensivelmente a abordagem do fenômeno jurídico, que passa a considerar as expectativas das gerações futuras.¹⁴⁹

Sob este enfoque, o pensamento de Léon Bourgeois antecipa uma preocupação visualizada na nossa Constituição de 1988 e na doutrina brasileira um século mais tarde.¹⁵⁰ O solidarismo teria oferecido uma “*armature intellectuelle*” ao objetivo contemporâneo de reconhecer uma “*solidarité écologique internationale*”. Ao insistir sobre os deveres dos homens de preservar e de frutificar o meio ambiente natural e social que herdamos para transmiti-lo às gerações futuras, Bourgeois coloca, desde o fim do século XIX, as linhas gerais de um pensamento voltado à justiça social nas relações humanas e ecológicas.¹⁵¹ A dívida em relação às gerações futuras, é expressamente lembrada, em diversas passagens.¹⁵²

Com efeito, os autores de direito constitucional, no Brasil e no exterior, costumam apontar o avanço dos direitos fundamentais através de gerações. A primeira

¹⁴⁸ Op. cit. p. 125. Aqui surge outra objeção de René Demogue à obra de Léon Bourgeois. O professor de Lille considerava decepcionante e pouco rigorosa cientificamente a teoria solidarista de Bourgeois. Seria como constranger um donatário a obrar em favor de terceiro, pelo simples fato de ter recebido algo. Formula a seguinte crítica: “au point de vue pratique, on veut nous dire que chaque individu doit beaucoup aux autres, donc qu’on peut bien lui prendre un peu. Mais il faut remarquer que l’on accorde ainsi non à ceux qui on donné, mais à d’autres, alor tout la rigueur du raisonnement tombe. Autant dire un donataire devra donner a d’autres parce qu’il a reçu. Mais où est le fondement solide de cette affirmation » ? Prossegue Demogue, considerando que « l’explication ne conduit à rien de précis, pour plus de facilité tirons-en la mutualité. Pour ceux que cherchent un fondement net, il y a là un peu une deception ». *Le Solidarisme et la Réparation de Pertes*, p. 159.

¹⁴⁹ Esse raciocínio permite alcançar a conclusão do Min. Herman Benjamin, quando salienta a necessidade de proteção das « gerações futuras, as quais, espera-se, não sejam submetidas ao sofrimento coletivo imposto aos seus antepassados ». REsp 853.713/SP, 2. T. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06/08/2009, DJe 27/04/2011.

¹⁵⁰ A Constituição Cidadã, de 1988, considera, no seu art. 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹⁵¹ *Le Solidarisme de Léon Bourgeois, un socialisme libéral?*, p. 7-8. Disponível em www.laviedesidees.fr. Acesso em 10.12.2012.

¹⁵² Por ilustração, a sua síntese: “il y a en outre, pour chaque homme vivant, dette envers les générations suivantes à raison des services rendus par les générations passées. A l’obligation de concourir aux charges de l’association actuelle, pour l’entretenir et la conserver, s’ajoute en effet l’obligation de l’accroître, et de concourir, dans les mêmes conditions d’équitable répartition, aux charges de cet accroissement. La cause de cette obligation est, elle aussi, dans la nature de choses. Le capital commun de l’association humaine est un dépôt confié aux hommes vivants, mais ce dépôt n’est pas le dépôt d’une chose immobile et morte, qu’il s’agit de conserver dans l’état où elle est livrée. C’est une organisation vivante en voir de perpétuelle évolution et dont l’évolution ne peut se poursuivre sans la continuité de l’effort constant de tous ». *Solidarité*, p. 139.

abrangeria os direitos de liberdade, ”os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase do constitucionalismo do Ocidente”.¹⁵³ A segunda brotaria da igualdade, para assegurar os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos e das colectividades, tendo dominado o século XX.¹⁵⁴ A terceira, a qual nos interessa mais de perto, assentariam sobre a “fraternidade”. Englobariam o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Como referido pelo professor Paulo Bonavides, essas e outras projeções dos direitos fundamentais de terceira geração são dotadas de altíssimo teor de humanismo e universalidade, pois não “se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado.”¹⁵⁵

Nessa linha, são conhecidas, na jurisprudência que envolve o direito ambiental especialmente, considerações quanto à responsabilidade das pessoas, em relação às gerações futuras.¹⁵⁶ A sua tutela, idealizada por León Bourgeois, encontrou realização em precedentes de nossas Cortes, sensibilizando Herman Benjamin, quando afirmou que “o tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome”.¹⁵⁷ As “gerações futuras”, para Paulo Neto Lobo, são consideradas como sujeitos de direito, aptas a merecer proteção,

¹⁵³ Prossegue Paulo Bonavides salientando que “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” Curso de Direito Constitucional, pp. 563-564. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁵⁴ Paulo Bonavides, op. cit. p. 564.

¹⁵⁵ Op. cit. p. 569.

¹⁵⁶ Observa-se nitidamente o objetivo de se ampliar a abordagem do fenômeno jurídico. Confira-se trecho do voto do Min. Herman Benjamin: “décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente”. REsp 948921/SP, 2. T. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/10/2007. DJe: 11/11/2009. No mesmo sentido, em caso envolvendo construção situada apenas a 10 (dez) metros da linha do mar (« avançado sobre aquilo que, costumeiramente, é chamado de faixa de praia ») : REsp 1222723/SC, 2. T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Dje : 17/11/2011.

¹⁵⁷ REsp 948.921/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., j. 23/10/2007. DJe: 11/11/2009.

embora, logicamente, não sejam personalizadas.¹⁵⁸ É nítida essa preocupação no direito ambiental.¹⁵⁹

Em outro precedente de relatoria do Min. Herman Benjamin, pondera-se que “no Direito brasileiro, vigora o princípio da reparação in integrum ao dano ambiental, que é multifacetário (ética, temporal e ecologicamente falando, mas também quanto ao vasto universo das vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados)”.¹⁶⁰ Por conseguinte, com enfoque em outro litígio, desta vez envolvendo a indústria de aço: “não mais se admite, nem se justifica, que para produzir ferro e aço a indústria brasileira condene as gerações futuras a uma herança de externalidades ambientais negativas, rastros ecologicamente perversos de uma atividade empresarial que, por infeliz escolha própria, mancha sua reputação e memória, ao exportar qualidade, apropriar-se dos benefícios econômicos e, em contrapartida, literalmente queimar, nos seus fornos, nossas florestas e bosques, que, nas fagulhas expelidas pelas chaminés, se vão irreversivelmente”.¹⁶¹

Como se observa, o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira geração, idealizado pela doutrina constitucionalista, bem como as decisões atinentes ao direito ambiental, demonstram que as ideais de León Bourgeois, um século mais tarde, encontraram terreno fértil para florescer entre nós.

¹⁵⁸ “Finalmente, as “futuras gerações”, aludidas no art. 225 da Constituição, são investidas como sujeitos de direito, ainda que não existam fisicamente. São sempre “futuras”, pois a expectativa é que a população não se extinga. Como contrapartida ao direito desses sujeitos de direito, as atuais gerações tem o dever jurídico de preservação do meio ambiente, para quando as futuras gerações vierem. Nesses casos de sujeitos de direito coletivos, o ordenamento jurídico legitima órgãos públicos, ou entidades para que promovam a defesa, inclusive judicialmente, desses direitos e interesses, como representantes processuais adequados. Esses representantes, como o Ministério Público ou uma associação, não são titulares do direito, mas titulares de legitimação para sua defesa”. Paulo Neto Lobo, Teoria Geral, p.110.

¹⁵⁹ A proteção das gerações futuras, na prática, é problemática, pois colidem diversos princípios constitucionais. Veja-se a propósito o debate no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF, n. 101, a qual proibiu a importação de pneus, com amparo nos seguintes princípios: “desenvolvimento sustentável”, “precaução”, “equidade e responsabilidade intergeracional”. Os pneus usados, cuja importação foi proibida, contribuem para a disseminação de doenças tropicais. Por tal razão, foi considerada prudente a atuação estatal preventiva, com a adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Ademais, “a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar”, além de propiciar incêndios de grandes proporções, sem contar a ocupação de restrito espaço das metrópoles. ADPF 101, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 24/06/2009, DJe-108, divulg. 01-06-2012, public. 04-06-2012.

¹⁶⁰ REsp 1114893/MG, 2. T. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16/03/2010. DJe 28/02/2012.

¹⁶¹ REsp 1137314/MG, 2. T. Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 17/11/2009, DJe 04/05/2011.

Ainda em relação à dívida reconhecida por Bourgeois, observa-se que ela é de dois tipos: (a) de conservação e (b) de progresso.¹⁶² Novamente, explica-se a sua posição por uma ordem da biologia: todo ser vivo tende à persistência do ser, todo ser vivo tende ao desenvolvimento do ser, do que decorrem duas necessidades (“deux nécessités”): a conservação e o progresso.¹⁶³

Novamente aqui é observado que todas as pessoas, a contar de seu nascimento, possuem um estado de humanidade melhor do que encontraram os seus antepassados, assumindo, sob pena de se frustrar a lei da evolução, a obrigação de concorrer, pelos seus próprios esforços, não apenas para a manutenção da civilização na qual ela vai se inserir, mas também para com o desenvolvimento ulterior desta civilização.¹⁶⁴ Esse seu otimismo contrasta com o momento histórico vivido pelo autor, que observou de perto a Primeira Grande Guerra, e tentou disseminar a paz como Presidente da Liga das Nações.

Não há dúvidas, para Léon Bourgeois, que o descumprimento da dívida social permite a extração de consequências jurídicas. O autor é enfático: “l’idée de la dette, née du quasi contrat d’association, conduit nécessairement à l’idée de la sanction désormais légitime”. A lei positiva, diz Bourgeois, pode assegurar, através de sanções imperativas, o cumprimento da dívida social, a execução da obrigação que resulta para cada um dos homens.¹⁶⁵

A explicação fornecida ao longo de sua obra é coerente. O dever social não seria uma pura obrigação de consciência, mas sim uma obrigação fundada no direito, cuja execução não nos podemos furtar, sob pena de violação de uma regra precisa de justiça. Assim como os contratos individuais possuem uma causa, o autor imaginou ter identificado a “causa” da dívida social adquirida. Haveria uma lei positiva que

¹⁶² Solidarité, p. 125. Refere Bourgeois: “et l’examen plus attentif de la nature de l’héritage conduit à dire en outre: à charge de l’accroître”, pois “chaque âge a ajouté quelque chose au legs de l’âge précédent et c’est la loi de cet accroissement continu du bien commun de l’association, qui forme la loi du contrat entre les générations successives, comme la loi de l’échange des services et de la répartition des charges et des profits est celle du contrat entre les hommes de la même génération”.

¹⁶³ Solidarité, p. 126.

¹⁶⁴ Solidarité, p. 129.

¹⁶⁵ Solidarité, p. 148.

asseguraria o adimplemento da obrigação social. E esta lei não empobreceria os direitos do indivíduo, nem autorizaria uma intervenção abusiva.¹⁶⁶

Na parte final de seu texto, na qual tenta sintetizar o seu pensamento, defende que a sua teoria mantém energicamente a igualdade política e civil das pessoas, fortalecendo e garantindo a liberdade individual, assegurando a todas as faculdades humanas o seu desenvolvimento mais amplo. Superaria, assim, a fórmula de caridade do cristianismo e a abstração desprovida de sanção da fraternidade republicana, porquanto os deveres que brotam do quase contrato social, possuem uma causa e, por decorrência, ditariam conseqüências jurídicas. A dívida do homem para com os demais seria, na lição do autor, fonte e medida do “rigoroso dever de solidariedade social”.¹⁶⁷

Embora para o jurista de hoje os exemplos de aplicação prática de sua teoria possam parecer discretos ou ultrapassados, no momento histórico em que defendidos soaram como inovadores.¹⁶⁸ O reconhecimento desse quase contrato associativo viabilizaria um renovado julgamento das escolas políticas e econômicas e a aplicação concreta do dever de solidariedade.

Seguindo a ordem de suas ideias, o primeiro exemplo (mais perceptível e que não valeria a pena insistir, porquanto “tout le monde est d’accor”) é a tributação.¹⁶⁹ Sustentava o autor que, em qualquer civilização, é necessário arcar com algumas despesas comuns, suportadas por todos os membros da sociedade, na medida em que tem por finalidade assegurar a conservação da própria sociedade: despesas de guerra, de justiça, de polícia, de administração geral dos bens e dos interesses comuns. Não há, aqui, um risco particular para um ou outro indivíduo, mas um risco geral para todos os membros.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Solidarité, p. 141.

¹⁶⁷ Solidarité, p. 156.

¹⁶⁸ Philippe Remy considera que os “projets essentiels” de Léon Bourgeois seriam a criação de um imposto progressivo sobre os salários e um sistema de aposentadoria, mas que, em razão de eventos históricos precisos, a realização prática de suas ideias não foi imediata. *La Genèse du Solidarisme*, p. 05.

¹⁶⁹ *L’idée...*, p. 82. Mergulhado no contexto histórico de véspera da Primeira Grande Guerra, o autor já se mostrava assustado com a carga exorbitante justificada pela manutenção das forças do exército e que pesam sobre toda a população. *Op. cit.* p. 95).

¹⁷⁰ Desta forma, a pessoa que vive em sociedade deve necessariamente arcar com algum custo para a sua própria manutenção. Como diz o autor, isso é uma obviedade. “Si, comme je le crois vrai, la mise em commun ou la mutualisation des charges que j’ai énumérées figure incontestablement au nombre des conditions sans lesquelles un associe n’aurait pas consenti à l’association ou sans lesquelles il ne

De seu turno, o valioso tesouro intelectual e moral da humanidade, para ser transmitido, precisaria de um sistema educacional acessível para todos.¹⁷¹ A consequência de seu programa solidarista, no ponto, é a gratuidade do ensino em todos os seus graus, desde a escola primária até o ensino superior.¹⁷² Adiantando uma preocupação do século XX e XXI, afirmava o autor que era necessário que em todas as idades o indivíduo dispusesse de lazer suficiente para complementar a sua educação, uma vez que entendia que o fenômeno educacional viabiliza o desenvolvimento integral das faculdades das pessoas e que, portanto, não poderia se encerrar em uma ou outra fase de nossas vidas.

Mais polêmica para a época é a proposta de limitação das horas de trabalho.¹⁷³ Enquanto o homem se dedica ao trabalho material da usina ou do atelier, ele não vive propriamente a sua vida moral, ele não goza da liberdade de seu espírito, dos sentimentos de seu coração. A limitação das horas de trabalho permitiria reservar uma certa parte da vida de cada associado para aprimorar a sua instrução, tornando possível a sua vida moral. Era importante que a pessoa, após a saída de seu expediente, tivesse tempo livre para conviver no meio de quem ama, de compartilhar a sua vida, de se aperfeiçoar. Uma estrutura social que não permitisse momentos de lazer para os trabalhadores seria injusta.¹⁷⁴

consentirait pas à y demeurer pacifiquement et volontairement, il s'ensuit que tout associé qui refuse de remplir une des charges sociales qui lui incombent viole la loi du contrat. Il peut, s'il trouve ces charges excessives, sortir de la société. Nul n'a le droit de l'y retenir. Mais s'il persiste à y rester, il ne peut le faire en dehors des conditions fondamentales de l'accord qui a réuni tous les hommes. Les autres contractants ont naturellement le droit d'exercer sur lui la sanction sociale, e'est-à-dire de le contraindre à l'acquittement de ses obligations, en exigeant de lui sa part contributive à l'ensemble des charges sociales." *L'idée...*, p. 91

¹⁷¹ *L'idée...*, pp. 82-84, afinal "la communication des idées se fait par l'enseignement". Seria inadmissível que uma pessoa potencialmente capaz de receber esse tesouro fosse privada por obstáculos criados pela ação humana. A única causa válida para sustar o procedimento de aprendizado é a inaptidão natural (Op. cit. p. 84)

¹⁷² *L'idée...*, p. 84.

¹⁷³ Até então, justificava o autor, o problema era estudado apenas pelo ponto de vista econômico, das indústrias em geral e, a partir de sua proposta, precisaria levar em conta outros aspectos, como a formação e a cultura das pessoas. *L'idée...*, p. 85. O professor tinha plena ciência dos efeitos que a adoção de sua proposta poderia gerar: "je sais bien que la solution que j'indique est rendue difficile par les dommages que la concurrence étrangère pourrait causer aux industries du pays qui l'adopterait. Mais ce sont là des difficultés essentiellement contingentes : elles ne sont certainement pas insurmontables et elles ne doivent pas nous cacher l'idéal dont la réalisation est si désirable".

¹⁷⁴ *L'idée...*, p. 85.

Quanto à remuneração das pessoas, Léon Bourgeois considera impossível a sociedade civil assegurar a todos os seus membros a igualdade do salário. Esta igualdade não é nem desejável, nem possível. Contudo, um “minimun d’existence” deveria ser garantido pela sociedade.¹⁷⁵ Ali está lançada a defesa de um salário mínimo, que no Brasil seria reconhecido ao final da década de 1930.¹⁷⁶

Daí a importância da Assistência e da Previdência Social, pasta de governo que foi presidida pelo próprio autor, pois os membros da sociedade precisariam contar com o socorro, diante de enfermidades, acidentes de trabalho, desemprego forçado, impossibilidades físicas ou intelectuais de subsistir pelas próprias forças. Para esses riscos sociais, dizia o autor, o custo deveria, ao menos parcialmente, recair em toda a coletividade, através da mutualização.¹⁷⁷

O contexto histórico é sentido na sua dificuldade em justificar a relativização do princípio da autonomia privada nos contratos, tema que, na obra *Solidarisme*, recebe algum destaque. Bourgeois considera que é inútil discutir se o Poder Público possui, ou não, o direito de intervir na formação dos contratos entre os particulares. O quase contrato associativo resulta de um fato natural, necessário, da existência social do homem, e tem por objetivo regular não as relações privadas entre cada um, mas as relação comuns entre a pessoa e o todo, em razão da locação permanente de serviços e utilidades que representam o acervo comum da humanidade.¹⁷⁸

O autor parece antever que determinados contratos escapariam dessa lógica individual, na qual não se aplicariam as leis do “quasi contrat social”, reconhecendo que a “dette sociale” exigiria de cada um dos associados, antes de criar créditos individuais

¹⁷⁵ “On a eu raison de dire qu’il n’est pas tolérable qu’un homme meure de faim à côté du superflu des autres hommes”. *L’idée...*, p. 86. Aqui se observa um alinhamento com a posição de René Demogue, a qual, segundo pensamos, é próxima da perspectiva de Léon Bourgeois. Vide *Le Solidarisme et la Répartition des Pertes*, p. 167-168.

¹⁷⁶ No Brasil, a garantia do salário mínimo surgiu em meados da década de 1930, através da Lei nº 185/36, o Decreto-Lei nº 399/38, que regulamentaram a instituição do salário mínimo, e o Decreto-Lei nº 2162 de 1º de maio de 1940, o qual finalmente fixou os valores do salário mínimo. Na época, o Brasil contava com 20 Estados, além do território do Acre e o Distrito Federal. O valor não era igual em todo o território, pois houve a divisão em 50 subregiões. Em Porto Alegre, ele correspondia a 200\$000. No sertão nordestino, encontrava-se o menor valor 90\$000, ao passo que na capital paulista o maior 220\$000. Dados obtidos no Decreto-Lei n. 2162/40 e no site oficial do Ministério da Fazenda (www.fazenda.gov.br).

¹⁷⁷ *L’idée...*, p. 87.

¹⁷⁸ *Solidarité*, p. 149.

por livres contratos particulares, o cumprimento da dívida em relação a todos.¹⁷⁹ Neste aspecto, a explicação é lacônica, uma vez que, embora afirme que “a lei positiva não atingirá a liberdade do indivíduo”, não explica como se dará, no plano negocial, o cumprimento desta dívida social na realização de um ato essencial de nossas vidas: a contratação. O direito tenderá a justiça, afinal “entre os seres dotados de consciência, a satisfação da ideia de justiça está em primeiro lugar nos seus objetivos”. E o reconhecimento e o adimplemento da dívida social são necessários à satisfação desta ideia, “tal como o são o reconhecimento e o adimplemento de todas outras dívidas contraídas pelos particulares”. Concluindo o seu raciocínio, Bourgeois acredita que a lei que exigirá de cada pessoa associada a execução desta obrigação primordial terá um fundamento tão legítimo quanto a lei que assegurará, a seguir, para a mesma pessoa o proveito nas estipulações particulares, que ela realizará para obtê-lo de um ou outro semelhante.¹⁸⁰

Como se observa, o pensamento de Léon Bourgeois mostra-se inovador para uma época na qual as ideias políticas se resumiam aos postulados liberais e socialistas. Ao identificar uma terceira via e a necessidade de mutualização das pessoas em relação a certos riscos, Léon Bourgeois projeta importantes mudanças na forma de pensar o direito. A solidariedade passa a ser um dado natural, de modo que a menor modificação no mundo, repercute no todo. Se a nossa realização pessoal, depende da soma de esforços alheios, então, o direito deve observar o solidarismo, no sentido de interdependência das pessoas, avaliando uma relação jurídica não apenas sob a ótica de um ou outro interessado, afinal relação jurídica envolve, necessariamente, muitos sujeitos.

A grande inovação de Léon Bourgeois, para nós, é justamente esse enfoque “solidário” do fenômeno jurídico, que vai contra o individualismo reinante na ideia do direito subjetivo. E, na responsabilidade civil, permite a consideração de outros interesses que não apenas do “agente” e da “vítima.” Ao resgatar a perspectiva relacional do direito, Léon Bourgeois conserva enorme atualidade, razão pela qual a sua teoria vem sendo revalorizada por autores contemporâneos, como Christophe Jamin e Denis Mazeaud, com o fim de oferecer novas luzes para os problemas sociais do século XXI.

¹⁷⁹ Solidarité, p. 150.

¹⁸⁰ Op. cit. p. 151.

3. A revalorização do “solidarisme juridique” no século XXI: a contribuição de Christophe Jamin e Denis Mazeaud.

Um século após Léon Bourgeois e Émile Durkheim haverem lançado as sementes do solidarismo, observa-se uma tentativa de revalorização de suas ideais por parte de alguns autores contemporâneos, como Christophe Jamin e Denis Mazeaud. Concentrando os seus estudos nos reflexos do solidarismo no direito privado, a partir da necessidade de se reconstruir o direito, para recepcionar os novos anseios da sociedade, os autores buscam conciliar alguns marcos teóricos fixados pelos fundadores com as necessidades da vida atual.¹⁸¹

Como anuncia Christophe Jamin, de uma maneira geral, o solidarismo não traduz uma visão ingênua da sociedade, destinada a promover um amor fraternal entre as pessoas. Bem ao contrário, ele constata lucidamente as profundas desigualdades de classes, que inviabiliza na prática a fruição de direitos abstratamente titulados por parte de alguns segmentos sociais.¹⁸²

Como se observa, a teoria de Christophe Jamin introduz questões políticas no debate acerca da recepção do solidarismo no fenômeno jurídico. O seu projeto de solidarismo contratual será político, como sempre o foi, segundo o pensamento do autor: ele consistiria em injetar justiça distributiva nos contratos, a fim de preservar a coesão social no sistema liberal.¹⁸³ É por esta razão que alguns autores lançam dúvidas

¹⁸¹ No ponto, como detecta Alfred Croiset, no século XIX, também pela influência das escolas socialistas, passou a se utilizar o termo *solidariedade* então reservado à linguagem culta e dos juristas, porquanto ele exprimiria a união dos indivíduos em um todo. Justamente este o sentido etimológico do termo (*solidus*). Como o termo era pouco utilizado pelas pessoas, ele encontrou terreno fértil, pois permitia exprimir um sentimento comum da época: a consideração da sociedade, da coletividade, o grupo como objeto específico de estudo, destacado da soma de indivíduos que o compõe. Estes seriam pontos de vista característicos do pensamento daquele momento histórico. Op. cit. p. IX. Atualmente, surgiu nova oportunidade histórica para se desenvolver uma teoria que sente as forças sociais e pretende “harmonizá-las”, no sentido de reconhecê-las também no campo jurídico.

¹⁸² Na visão de Christophe Jamin, seria uma postura “quasi marxiste”: ”De manière générale, le solidarisme ne traduit pas une vision naïve de la société destinée à promouvoir un quelconque amour fraternel. Bien au contraire, il repose sur le constat lucide (quasi marxiste) de profondes inégalités de classes, qui ne permettent pas à tous les individus – pourtant réputés semblables – d’exercer les droits ils sont virtuellement les titulaires”. *Le Procès du Solidarisme Contractuel*, p. 162.

¹⁸³ Eis o discurso do autor ao encerrar uma aula magna em Québec: “en définitive, le projet du solidarisme contractuel serait donc politique et cela depuis ses origines. Il consisterait toujours à injecter de la justice distributive en droit des contrats, afin de préserver la cohésion sociale dans un système libéral.”. *Le solidarisme Contractuel: en regard franco-québécois*, p. 25.

quanto à possibilidade de sucesso da teoria. Como pondera Philippe Rémy, esta curiosidade aumenta, na medida em que se constata que a teoria do solidarismo nasceu em um contexto histórico e social preciso, no qual vivia Léon Bourgeois.¹⁸⁴ Poderá ela encontrar, após décadas de esquecimento, outro momento de glória?

Com efeito, as lições do solidarismo são aplicadas no direito privado, muito especialmente no direito dos contratos, que será revalorizado como um lugar próprio à cooperação.¹⁸⁵ Há, segundo Christophe Jamin, o “simples objetivo de viabilizar um reequilíbrio do contrato”, o que seria a sua contribuição fundamental, projetando a sua análise para elementos além da vontade.¹⁸⁶ Como antes afirmando, injetar justiça distributiva no direito contratual é o alvo. Não é mera coincidência, o fato de Christophe Jamin considerar, historicamente, a progressiva regulamentação do contrato de locação de serviços no atual contrato de trabalho como a primeira manifestação implícita da teoria.¹⁸⁷ Em sentido semelhante, José Fernando de Castro Farias considera que colocar a responsabilidade pelo acidente de trabalho a cargo do empregador foi o “primeiro

¹⁸⁴ La Genèse du Solidarisme, p. 04.

¹⁸⁵ Como reconhecido por Denis Mazeaud, ao resgatar a ideia de René Demogue, quando justificava o contrato como uma forma de microcosmo, “uma pequena sociedade na qual os contratantes devem trabalhar para um objetivo comum” que é a soma dos interesses individuais perseguidos por cada qual, tal como se vê na sociedade civil ou comercial. Desta forma, a oposição entre os direitos do credor e os do devedor é substituída por uma certa união. Para Denis Mazeaud, “transparence, décence et cohérence sont donc les trois fleurons du devoir de loyauté dont la vitalité contribue à faire du contrat un lieu de sociabilité.” Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?, p. 617.

¹⁸⁶ « Voilà donc pour le premier aspect du solidarisme contractuel : il a simplement pour but de permettre un rééquilibrage du contrat. C’est ce qui me semble être son apport fondamental sur le fond. Et il faut bien y songer: c’est loin d’être une évidence à la fin d’un XIX siècle qui voit dans la seule volonté des contractants la source et la mesure de cet équilibre et s’emploie donc à refuser toute intervention externe, en dehors de celle destinée à garantir l’exécution des conventions. Ne pas voir que du contractuel dans le contrat, pour reprendre le mot de Durkheim, c’est-à-dire ne pas voir que de la volonté dans le contrat, constitue déjà en soi une petite révolution ». Le Procès du Solidarisme Contractuel, p.163.

¹⁸⁷ No original: “la réglementation progressive du contrat de louage de services, qui deviendra plus tard le contrat de travail, constitue peut-être chronologiquement le premier succès du solidarisme contractuel.” Op. cit. 17. Igualmente Léon Duguit reconhece o mérito da legislação e da jurisprudência das relações de emprego, ao apontar a Lei de 9 de abril de 1898, sobre acidentes de trabalho, como um dos tantos exemplos da socialização do direito. A consagração da responsabilidade objetiva, nesta lei, apresenta um princípio novo no sistema francês, mais protetivo ao obreiro: quando um acidente se produz no âmbito do trabalho, o patrão apenas poderia afastar a sua responsabilidade, na medida em que demonstrasse que o operário produzira a lesão voluntariamente. El Contrato y La Responsabilidad, p. 233. In Las Transformaciones del Derecho. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

passo no sentido de uma reparação coletiva de um dano individual, isto é, no sentido da responsabilidade civil”.¹⁸⁸

No plano do direito contratual, poderiam ser destacadas as seguintes projeções da doutrina solidarista preconizada por Christophe Jamin: (a) a afirmação de uma teoria contratual a serviço de um ideal de justiça; (b) elaboração de remédios contra os desequilíbrios contratuais; (c) o dever de motivação da ruptura dos pactos; (d) a obrigação de minimizar o dano derivado do inadimplemento alheio; (e) controle de cláusulas abusivas; (f) valorização da ordem pública; (g) valorização do dever de informação, especialmente no direito de consumo e securitário; (h) busca de conciliação dos interesses envolvidos; (i) a previsibilidade de condutas como meio de tutela dos contraentes, etc.¹⁸⁹

Em estudos específicos, Denis Mazeaud aborda outros efeitos do solidarismo na jurisprudência francesa.¹⁹⁰ É interessante que a conclusão de sua pesquisa, no sentido de que a “política jurídica da Corte de Cassação” mescla modelos: liberdade, mas lealdade; estabilidade, mas equidade; segurança, mas justiça. No fundo, a Corte de Cassação procura conjugar tradição e inovação, as exigências do liberalismo econômico com as virtudes do humanismo contratual, inspirando-se em uma ideologia doutrinária recente.¹⁹¹

¹⁸⁸ Daí uma das vantagens de um competente sistema de seguridade social: “a lógica de seguridade é a solução que exigia a construção do direito de solidariedade, pois permitia unir o todo e as partes”. A Origem do Direito à Solidariedade, pp. 144 - 145. Paralelamente, o autor ressalta o papel do seguro, diante da “nova técnica jurídico-política para resolver os problemas sociais: a ‘tecnologia do risco’”. Op. cit. 145.

¹⁸⁹ Síntese obtida a partir da coletânea de ensaios: Grynbaum, Luc. Le Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

¹⁹⁰ Dentre os seus estudos, destacam-se: La Politique Contractuelle de la Cour de Cassation. Mélanges Jestaz 2006, Chroniques, p. 371; Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel: ne riche-t-on pas d'aller trop loin? In La Nouvel Crise du Contrat. Paris: Dalloz, 2003; La bonne foi: en arrière toute? Recueil Dalloz 2006, Jurisprudence, p. 761; Droit du marché et droit commun des obligations. L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 95; Civ. Ire, 16 mars 2004: Du nouveau sur l'obligation de renégocier, Dalloz, 2004, p. 1754; Com. 3 oct. 2006 : Renégocier ne rime pas avec réviser! Dalloz, 2007, p. 765; Responsabilité du transporteur chargé par La Poste de l'acheminement d'un colis pour avoir commis une faute lourde dans l'exécution de sa mission (livraison avec retard). Recueil Dalloz 1999, Sommaires commentés, p. 262.

¹⁹¹ La politique contractuelle de la Cour de Cassation, p. 372. Em outra passagem deste estudo, conclui o autor: “tout au long du processus contractuel, la Cour de cassation cultive, à dose plus ou moins homéopathique, les vertus de l'humanisme, afin de tempérer les excès et les outrances auxquelles pourrait conduire un libéralisme échevelé et, ainsi, de promouvoir un certain civisme dans les relations entre les contractants, préférable au cynisme qu'une appréhension exclusivement économique du lien contractuel pourrait emporter”. Dans cette perspective, la politique de la Cour contribue à imposer une éthique

Segundo os seus estudos, poderiam então ser arroladas as seguintes características da política contratual da Corte de Cassação: (a) controle da liberdade contratual, pela exigência de lealdade, proporcionalidade e solidariedade¹⁹²; (b) tendência à proteção das vítimas de danos, a fim de garantir uma certa ética no direito contratual¹⁹³; (c) revalorização da boa fé¹⁹⁴; (d) a limitação do reconhecimento do dolo do segurado, a fim de proteger as vítimas do evento; (e) releitura das cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil¹⁹⁵; (f) renovação das fontes jurídicas, em razão da simpatia pelo direito comparado; (g) influência exercida pelo direito europeu¹⁹⁶; (h) diálogo com outras áreas do direito, como o consumidor¹⁹⁷; (i)

contractuelle au travers, notamment d'exigence de loyauté (1°), de proportionnalité (2°) et de solidarité (3°)".

¹⁹² Por ilustração, a autorização concedida pela Corte de Cassação, a partir da interpretação da lei de 9 de julho de 1975, de reduzir as cláusulas penais manifestamente excessivas, contornando a rigidez do *pacta sunt servanda*. In *La politique contractuelle de la Cour de Cassation*.

¹⁹³ Exemplifica Denis Mazeaud com a evolução da jurisprudência acerca da obrigação de segurança dos hospitais e dos médicos para a proteção de infecções hospitalares, a qual da responsabilidade subjetiva avançou para a objetiva, com o reconhecimento inclusive de uma obrigação de resultado, gerando a necessidade de intervenção legislativa, a fim de garantir a indenização pela solidariedade nacional, por fundos públicos. *La politique contractuelle de la Cour de Cassation*, p. 372.

¹⁹⁴ Mesmo se alguns precedentes limitaram a aplicação do princípio às relações contratuais já formadas, olvidando a incidência nos períodos pré e pós negociais. O adágio “*pas de contrat, pas de bonne foi!*”, que o autor retira de um aresto na terceira câmara civil é amplamente criticado no texto *La Bonne Foi: en arrière toute?* Amparado pelo pensamento da doutrina, sublinha Denis Mazeaud corretamente que: “*Aussi, puisqu'il ne s'agit que d'un devoir d'ordre moral et social permanent, en tant que tel limité ni dans le temps (22) ni dans l'espace, et pas d'une obligation contractuelle proprement dite, on comprend alors que la bonne foi n'est pas indissolublement liée à l'existence ou au maintien d'un contrat et qu'elle peut rayonner sur toutes les phases du processus contractuel en raison de l'empreinte du contrat à naître ou désormais expiré. Ce devoir n'irradie donc pas la seule phase de l'exécution du contrat ; il peut, il doit, aussi gouverner les relations précontractuelles et post-contractuelles dans une mesure qu'il appartient alors au juge d'apprécier*”.

¹⁹⁵ Em um comentário de jurisprudência, Denis Mazeaud apresenta um caso julgado pela Corte de Cassação, na qual a partir de um atraso excessivo da transportadora, foi reconhecida a sua “*faute lourde*” e assim afastada a cláusula de não indenizar. In *Responsabilité du transporteur chargé par La Poste de l'acheminement d'un colis pour avoir commis une faute lourde dans l'exécution de sa mission (livraison avec retard)*. *Recueil Dalloz 1999, Sommaires commentés*, p. 262.

¹⁹⁶ Exemplifica Denis Mazeaud: “*En vertu de l'article 4 : 109 des Principes du droit européen du contrat, un contrat peut être annulé ou révisé lorsqu'un contractant a profité de l'état de dépendance morale, intellectuelle ou économique de son cocontractant pour en retirer un profit contractuel excessif. Au fond, lorsqu'un contractant a exploité la situation d'inégalité qui a présidé à la formation du contrat pour provoquer un déséquilibre contractuel excessif à son profit, le contrat peut être remis en cause, sous forme d'annulation ou d'adaptation. En bref, c'est le concept de lésion qualifiée qui est ici exploité pour protéger les contractants dépendants contre l'injustice à laquelle peut donner lieu la conclusion d'un contrat d'adhésion. À la lecture d'un arrêt rendu, le 3 avril 2002, il est permis de se demander si la Cour de cassation n'a pas, en dépit des apparences, énoncé une règle en tous points identique à celle qui vient d'être évoquée. Dans cette décision, la première Chambre civile a, en effet, affirmé que : « Seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un*

reconhecimento do dever de renegociação¹⁹⁸; (j) controle das exigências excessivas de garantias, prestadas pelas pessoas para acesso à serviços úteis, como o crédito, dentre outras.

Enfim, na sua rica produção doutrinária, Denis Mazeaud aponta muitos precedentes interessantes e sistematiza orientações, para reconhecer deveres relativamente recentes no direito obrigacional, como a “cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse”. Com apoio em julgamento de 16.02.1999, explica que a indulgência prolongada do credor, em relação a descumprimentos contratuais, despertariam uma confiança legítima no devedor, senão na tolerância da infração, ao menos na inaplicação da cláusula resolutória expressa, de sorte que o

mal menaçait directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier le contrat de violence économique » (74). En d'autres termes, la nullité pour violence économique suppose qu'un contractant ait, lors de la conception du contrat, abusé d'une situation de dépendance, lui permettant d'imposer la loi contractuelle, pour en retirer un profit excessif. Plutôt que de protéger la liberté du contractant, objet classique du vice de violence, il est manifeste que la Cour de cassation poursuit ici le dessein de protéger les contractants dépendants contre le risque de déséquilibre contractuel excessif procédant de l'exploitation d'une situation de dépendance. On est alors frappé par la grande similitude, de lettre et d'esprit, entre la disposition susvisée des Principes et la décision de la Cour, laquelle sous le masque pudique de la violence dissimule probablement la lésion qualifiée”. In La politique contractuelle de la Cour de Cassation.

¹⁹⁷ O Código do Consumidor contribuiria para uma renovação do direito contratual histórico: “D'abord, l'exigence de loyauté, de bonne foi qui irradie aujourd'hui notre droit commun des contrats doit, à n'en pas douter, une part de sa fortune au droit de la consommation. Un seul exemple suffira à convaincre les sceptiques. Jusqu'à ce que la jurisprudence soit confrontée à la mise en oeuvre du droit de l'endettement immobilier et notamment à l'élaboration du régime de la condition suspensive d'obtention du prêt qu'énonce l'article L. 312-16 du code de la consommation, l'article 1178 du code civil qui sanctionne la mauvaise foi du débiteur d'une obligation affectée d'une condition suspensive en réputant la condition accomplie, était, comme l'avait relevé Monsieur Jacques Mestre, quelque peu délaissé. Or, en vue d'assurer un équilibre entre les intérêts du vendeur et de ceux de l'acquéreur-consommateur de crédit immobilier, la jurisprudence a sorti ce texte de la torpeur dans lequel le droit commun l'avait plongé, l'a réactivé et a ainsi imposé au consommateur de crédit immobilier un devoir de loyauté. Preuve de ce que, contrairement à ce que se complaisent à ressasser quelques oiseaux de mauvaise augure, le droit de la consommation n'est pas le tombeau de la théorie générale des contrats, qu'il contribue, au contraire, parfois à régénérer”. In Droit du marché et droit commun des obligations. L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998.

¹⁹⁸ Denis Mazeaud comenta alguns precedentes da Corte de Cassação, na qual seria possível visualizar uma tendência ao reconhecimento do dever de renegociar contratos, algo que está em sintonia com o direito europeu: “lentement, mais sûrement, précisément tous les six ans, la Cour de cassation rappelle à tous les observateurs de la planète contractuelle que, si elle n'est toujours pas disposée à faire sauter le « canal de Craponne », elle concède cependant l'existence d'une mince ouverture dans le monument jurisprudentiel, édifié en 1876, sous la forme de la reconnaissance d'une obligation de renégocier les contrats devenus profondément déséquilibrés. Mais l'intérêt du nouvel arrêt rendu, le 16 mars 2004, par la première Chambre civile ne se réduit pas à la simple réaffirmation d'une solution émise naguère par la Chambre commerciale ; la Cour profite, en effet, de l'occasion pour apporter des précisions fondamentales sur le domaine de cette obligation, fondée sur l'exigence de bonne foi». Civ. Ire, 16 mars 2004: Du nouveau sur l'obligation de renégocier, Dalloz, 2004, p. 1754.

comportamento abrupto do credor que reclama uma cláusula penal derivada de fato tolerado por largo espaço de tempo manifestaria uma “incohérence contractuelle”.¹⁹⁹

Uma projeção relativamente recente, analisada por Denis Mazeaud, e que se ensaia na jurisprudência brasileira, é o dever de renegociação, a fim de adaptar o contrato à alteração das circunstâncias. Poderia o Judiciário determinar a manutenção de um contrato, mesmo contra a vontade de uma das partes, especialmente quando envolvido interesse público?

No plano internacional, o dever de renegociação é enfiado a partir da cláusula de *hardship*, através da qual os contraentes, admitindo o risco de alteração de circunstâncias, comprometem-se a repensar os termos pactuados, potencializando a sua manutenção. Para Denis Mazeaud, a cláusula de renegociação é apenas mais uma das conseqüências do reconhecimento de um costume internacional, segundo o qual “o princípio da força obrigatória do contrato seria substituído pelo princípio da adaptação às situações novas”.²⁰⁰

Um tema polêmico envolve o resultado do insucesso da renegociação. A doutrina divide-se quanto ao tema. De um lado, por exemplo, Vincenzo Roppo sugere a modificação do contrato, a partir da “ragionevolezza” e “buona fede”.²⁰¹ Reconhece, entretanto, que, diante da resistência do parceiro, o inadimplemento é inevitável.²⁰²

Outra foi a solução dada por um precedente francês analisado por Denis Mazeaud. Afirmou a Corte que “l’insertion d’une clause de renégociation dans un contrat ne contraint pas les contractants, qui renégocient conformément à l’engagement

¹⁹⁹ De l’exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse, p. 360. Agrega o autor : « l’incohérence dont se rend ainsi coupable le créancier qui trahit la confiance légitime que sa tolérance passée et prolongée avait fait naître chez son débiteur, révèle ainsi sa mauvaise foi et le prive du droit de mettre en jeu la clause résolutoire expresse ».

²⁰⁰ Renégocier ne rime pas avec reviser, p. 766.

²⁰¹ O autor fundamenta sua posição pela incidência do art. 2932, do Codice Civile: “Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l’obbligazione, l’altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (2908). Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l’ha proposta non esegue la sua prestazione (1208 e seguenti) o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile (att. 246)”.

²⁰² Afirmo o professor que “certo, non basta questo per garantire che, di fatto, contraparte adempirà le nuove condizioni contrattuali costituite per sentenza; ma almeno consente, per il caso che rifiuti di adempierle, di commisurare su esse il danno rissarcibile.” Il Contratto, p. 1047.

qu'ils ont souscrit dans ladite clause, à réviser le contrat".²⁰³ Embora tenha reconhecido a licitude das cláusulas de renegociação ("la licéité de telles clauses ne souffre pas l'ombre de doute"), seu âmbito de aplicação restringe-se a impor um "strict devoir de renégocier" e "n'emporte qu'un simple pouvoir de réviser le contrat devenu déséquilibré postérieurement à sa conclusion", pelo qual "le contrat doit demeurer imperméable à toute ingérence du juge, en dépit de la crise qui l'affecte et qui menace sa pérennité".²⁰⁴

Nesse contexto, Denis Mazeaud sugere um meio termo, facultando ao juiz controlar os motivos determinantes à recusa, com o fito de avaliar a sua legitimidade. Logo, a renegociação não implicaria necessariamente a revisão do contrato, mas haveria espaço para responsabilizar o contratante que se recusasse arbitrariamente a revisá-lo ("en dépit de l'exercice abusif de son pouvoir, le contrat ne serait pas révisé, mais sa mauvaise foi serait plus aisément sanctionnée").²⁰⁵

No direito comunitário, a UNIDROIT disciplinou o hardship, em três artigos, de seus Princípios. Inicialmente, estabeleceu a regra do *pacta sunt servanda*²⁰⁶, evidenciando que não será uma mera onerosidade superveniente que elidirá o adimplemento (artigo 6.2.1.²⁰⁷). Apenas quando presente o "hardship" poderá ser tolerada a revisão ou a eliminação do vínculo. Na definição do instituto, consta que ele é caracterizado quando ocorrem eventos que alteram substancialmente o equilíbrio do contrato ou pela majoração excessiva dos custos da prestação de uma das partes ou pela diminuição do valor da contraprestação e, cumulativamente: quando os eventos ocorrem ou vem a conhecimento da parte prejudicada após a conclusão do contrato; os eventos não poderiam ser razoavelmente levados em consideração da parte prejudicada no

²⁰³ Renégocier ne rime pas avec réviser !

²⁰⁴ Op. cit. p. 766.

²⁰⁵ Op. cit. p. 771.

²⁰⁶ Na versão italiana, art. 1.3 (Carattere vincolante del contratto) Un contratto validamente concluso è vincolante per le parti. Può essere modificato o risolto soltanto in conformità alle sue clausole o di comune accordo tra le parti o secondo quanto altrimenti previsto da questi Principi.

²⁰⁷ No original, art. 6.2.1 (Obbligatorietà del contratto): Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'hardship.

momento de conclusão do contrato; os fatos devem ser estranhos à esfera de controle do lesado e o risco de tais eventos não deve ter sido voluntariamente assumido.²⁰⁸

Uma vez presente o hardship, a parte lesada possui o direito de reclamar a renegociação do contrato, desde que o faça imediatamente. Quando infrutífera a renegociação, então é autorizado o recurso ao Poder Judiciário, para que o magistrado decida eventualmente resolver ou modificar o contrato para resgatar o equilíbrio.²⁰⁹

Como se observa, ambas as soluções discutidas em doutrina são aceitas. Quer a extinção do vínculo, quer a sua revisão judicial, em tese são admitidas. A adoção de uma ou outra consequência dependerá fundamentalmente da cultura dos negociantes e do julgador.

No Judiciário brasileiro, encontram-se algumas decisões que autorizam a manutenção do vínculo, a despeito da perda de interesse por parte de um dos contraentes. Haveria, por assim dizer, um direito à renovação.²¹⁰ Naturalmente, essa orientação é uma exceção à regra da liberdade contratual e que deve ser utilizada com extrema cautela, apenas nos casos em que houver manifesto risco à pessoa e inexistir meio menos gravoso ao co-contratante.

²⁰⁸ Art. 6.2.2 (Definizione di hardship): Ricorre l'ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

²⁰⁹ Art. 6.2.3 (Effetti dell'hardship) “(1) In caso di hardship la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di hardship, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio”.

²¹⁰ Por ilustração: Caso de seguro de vida individual, STJ: é abusiva a negativa de renovação do contrato de seguro de vida, mantido sem modificações ao longo dos anos, por ofensa aos princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade, orientadores da interpretação dos contratos que regulam relações de consumo”, AgRg nos EDcl no Ag 1400796/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3. T., j. 16/08/2012, DJe 21/08/2012; TJRS: “denota-se a necessidade de intervenção judicial a fim de coibir possível abusividade no agir da seguradora de forma unilateral, mostrando-se plenamente justificável a manutenção das condições do contrato em discussão, a fim de averiguar a legalidade da rescisão levada a efeito. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento”. AI 70042227777, 5. C.C., TJRS, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 28/04/2011; “O cancelamento imotivado do contrato de seguro, mesmo quando precedido de notificação, revela-se abusivo, em afronta ao artigo 51, IV e XV, do CDC”. AC 70041849431, 5. C.C., TJRS, Relator: Isabel Dias Almeida, j. 20/04/2011.

É o caso, por exemplo, de contratos cuja existência de prolonga no tempo, como o de seguro de vida. A pessoa usualmente contrata, a fim de ter a tranquilidade, na medida em que, caso ela falte, os seus entes queridos estarão protegidos patrimonialmente. Naturalmente, o passar do tempo impacta o contrato, ocasionando a necessidade de adequação dos valores, para que as receitas hauridas sejam suficientes para garantir o equilíbrio do sistema (herança de Léon Bourgeois, novamente). Do ponto de vista formal, nem o consumidor, nem a empresa, estariam condenados a permanecerem ligados para sempre (*pas de contract est eternel*). Contudo, não soa justo ou legítimo que qualquer das partes se valha da autorização para resilir a avença, a fim de espantar o outro contratante quando premente sua necessidade de conservar o vínculo. Nesses casos, há acórdãos que invadem o ajuste contratual, para condicionar o manejo da cláusula resilitiva à apresentação de um justo motivo, passível de aferição judicial.²¹¹

Esses precedentes, que impõem o dever de contratar, a partir de uma visão relacional, apenas podem ser tidos como legítimos se, em sua fundamentação, levarem também em consideração a posição concreta do co-contratante e os efeitos sociais projetados por sua decisão. Devem, igualmente, meditar sobre os impactos na vida das pessoas que nem mesmo conhecem o processo e que poderão ser indiretamente atingidas.

²¹¹ Assim: “Embargos de declaração. Agravo regimental. Contrato de seguro de vida. Rescisão unilateral. Impossibilidade. Ressalva da possibilidade de modificação do contrato, pela seguradora, mediante a apresentação prévia de extenso cronograma, no qual os aumentos são apresentados de maneira suave e escalonada. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Embargos rejeitados. 1.- A pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior sob as mesmas bases, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. Constatado prejuízo pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados (REsp 1.073.595/MG, 2. S. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 29/04/2011). 2.- Os Embargos de Declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão. 3.- Estando o Acórdão Embargado devidamente fundamentado, inclusive em jurisprudência sedimentada desta Corte, são inadmissíveis os embargos que pretendem reabrir a discussão da matéria. 4.- Embargos de Declaração rejeitados”. (EDcl no AgRg no REsp 1285211/MG, 3. T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27/11/2012, DJe 19/12/2012). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1294665/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3. T., j. 27/11/2012. DJe 03/12/2012; AgRg no Ag 1116386/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4. T., j. 06/12/2012. DJe 04/02/2013.

De toda sorte, a renovação judicial do contrato, nas matérias de consumo e que digam respeito mais de perto à realização da pessoa humana, é um tema relativamente novo na história do direito, e pode ser tido como mais uma projeção da doutrina solidarista do contrato. Não muitas décadas atrás, “contrato obrigatório” ou “contrato imposto” seriam conceitos inimagináveis para o jurista.

Nesse quadro, sublinha Denis Mazeaud que o solidarismo traça o seu caminho na jurisprudência, ainda que no plano doutrinário não seja observado idêntico desenvolvimento (“si l’idée de solidarisme contractuel ne fait pas vraiment l’unanimité en doctrine, elle semble, en revanche, faire son chemin en jurisprudence”). O seu entusiasmo não é partilhado por outros juristas, como, por exemplo, Jean Cedras, o qual alcança resultado distinto, asseverando o trabalho da jurisprudência é discreto.²¹² E o próprio Denis Mazeaud reconhece que, em alguns temas, a jurisprudência se mostra reticente em aceitar mudanças.²¹³

Essa pretensão ambiciosa gera objeções e críticas sérias.²¹⁴ Philippe Remy, por ilustração, contesta a vocação do solidarismo para instituir um novo paradigma ou

²¹² CEDRAS, Jean. Liberté –Egalité – Contrat: Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation. Disponível em http://lexinter.net/JF/solidarisme_contractuel.htm. Acesso em 13.05.2011.

²¹³ Por ilustração, quando o autor condena a dificuldade da Corte admitir a adequação do contrato de longa duração às mudanças das circunstâncias: “les raisons qui conduisent la Cour de cassation à privilégier, en dépit du changement de circonstances qui bouleverse l’économie du contrat, la rigidité du lien contractuel sur sa flexibilité, au risque de favoriser l’obsolescence du contrat au détriment de sa pérennité, sont bien connues. Elles sont le fruit de l’idéologie libérale qui anime, pour une large part, la politique contractuelle de la Cour et aux termes de laquelle les contractants sont les meilleurs juges de leurs propres intérêts et qu’il convient donc de les laisser les défendre en adaptant eux-mêmes, par le biais de clauses appropriées, leur contrat aux évolutions potentielles de son environnement. Sans compter, les vieux fantasmes véhiculés par la doctrine classique qui voit dans toute ingérence du juge dans le contrat, une menace pour la sécurité juridique et la stabilité économique. La fragilité des justifications avancées devrait rejaillir sur la pérennité d’une règle qui s’inscrit dans une conception irréaliste du contrat conçu comme un instrument intemporel, immuable et insensible aux mutations économiques et sociales. D’une part, même si comparaison n’est pas raison, on ne peut que constater que l’admission de la révision judiciaire pour imprévision, dans d’autres systèmes juridiques, ne s’est pas soldée par des séismes contractuels ou des cataclysmes économiques, loin s’en faut. D’autre part, contrairement à l’antienne véhiculée par l’idéologie libérale, c’est surestimer la rationalité des contractants que d’affirmer, sous la forme d’une pétition de principe, qu’ils sont capables, au jour de la conclusion de leur contrat, d’anticiper et d’apprécier les évolutions futures de l’environnement de leur relation”. In La Politique Contractuelle de la Cour de Cassation.

²¹⁴ Não apenas de hoje, pois já na época em que apresentada a doutrina solidarista por Léon Bourgeois já se observava alguma preocupação com o desenrolar de sua aplicação prática, como, por exemplo, o alerta de Alfred Croiset: “o exame das obras principais inspiradas pelo espírito solidarista bem demonstra as tendências essenciais da palavra: solidariedade. Seriam sobretudo obras de cooperação e de mutualismo. Qual é o pensamento dominante? É o aprimoramento da vida dos participantes, conforme um ideal de justiça, dentro de uma associação quase-fraternal. Note-se que, nessas formas de associação, não há, em teoria, benfeitores ou obrigados. Todos os membros se obrigam com os outros e recebem tanto quanto dão. O resultado final é um acréscimo ao bem estar de todos. A parte do sentimento propriamente dita,

um novo sistema contratual, embora reconheça a necessidade dos juristas meditarem sobre um novo modelo de direito contratual. Para ele, os defensores do solidarismo almejam simplesmente constituir um “anti-sistema, que forneceria ao juiz do contrato não um meio de proteger as expectativas razoáveis das partes, mas a justificação ideológica de um intervencionismo desordenado”.²¹⁵ Christophe Jamin admite a crítica, quando ressalta que situar o homem no meio social, um dos objetivos do solidarismo, constitui na verdade uma maneira de abordar as questões jurídicas e não uma forma de as resolver (“cette référence au social ne constitue en effet qu’une manière d’aborder les questions, non une façon de les résoudre”). Ela autoriza a intervenção do juiz, para além de ditar a executoriedade do contrato, porém nada diz acerca da amplitude dessa intervenção.²¹⁶

Outrossim, Christophe Jamin não se mostra entusiasta da originalidade nem da plena valia de sua teoria ou de outra qualquer para resolver problemas jurídicos. Chega a afirmar que nega o caráter de teoria ao solidarismo, porquanto ele seria apenas um tema, uma certa maneira de enunciar questões e as responder em função de escolhas *a priori*, quais sejam: oferecer condições para uma ruptura com o discurso individualista, legitimando a intervenção do juiz (ou dos Poderes Públicos), tanto no momento de formação, quanto na execução dos contratos e demonstrar a necessidade de atualização dos fundamentos políticos utilizados no discurso jurídico.²¹⁷

Para demonstrar que há um pouco de artificialismo em cada “teoria”, Christophe Jamin lembra o mérito de Louis Josserand e Raymond Saleilles, os quais se valeram de todos os recursos da retórica para sistematizar aquilo que estava disperso.

nessas obras, se reduz ao desejo de aprimorar a vida coletiva que impulsiona o indivíduo a nela entrar; mas esse sentimento não é indispensável, porque o interesse pessoal poderia ser suficiente para determinar a adesão. A máquina, uma vez montada, marcha automaticamente e o bem estar de todos é a conclusão forçada da operação, se ela for conduzida com inteligência. Por este ângulo, a obra tem um aspecto científico que agrada aos espíritos de nosso tempo: nós amamos essa regularidade das leis naturais e sociais, que excluem o capricho da vontade individual e a incerteza dos sentimentos. Contudo, é necessário ter cuidado em ir muito longe por este caminho”. Op. cit. pp. XI e XII

²¹⁵ Como sublinha Philippe Remy: “retrouver un système de droit des contrats me paraît être une ambition doctrinale qui répondrait aux besoins du temps présent; or, me semble-t-il, le ‘solidarisme contractuel’, prétend plutôt constituer un anti-système, qui fournirait au juge du contrat, non le moyen de protéger les attentes raisonnables des parties, mais la justification idéologique d’un interventionnisme désordonné ». La Genèse du Solidarisme, p. 11.

²¹⁶ Le Procès du Solidarisme Contractuel : brève réplique, p. 166.

²¹⁷ Le Procès du Solidarisme Contractuel : brève réplique, p. 167-168.

Desde a invenção do método histórico, refere, os civilistas franceses, a partir do que estimam ser a “jurisprudência”, forjam as suas construções.²¹⁸

A defesa, contudo, não sensibiliza diversos autores, os quais observam na adoção do dito solidarismo contratual um risco para a segurança jurídica e para a coerência das já discutíveis posições da jurisprudência acerca das questões contratuais. Nesse sentido, com os olhos voltados para a jurisprudência francesa, reputa Philippe Remy que a consideração da boa fé ou da lealdade como ‘obrigações contratuais` já evidenciaria uma confusão de conceitos, de sorte que agregar a palavra solidarismo ou fraternidade contratual constituiria uma confusão ainda mais grave, ao vincular ideias de direito e moral, de justiça e de caridade, razão pela qual “fazer descer o céu sobre a terra é uma tentação a que os civilistas deveriam saber resistir”.²¹⁹

Embora o solidarismo não possa ser considerado uma nova forma de pensar o jurídico (e isto parece relativamente claro, pois há autores que se enquadrariam no solidarismo séculos antes do batismo teórico), ele colabora decisivamente com a revalorização da ideia do direito enquanto ciência social, ao postular a meditação dos efeitos que a resolução dos casos geram na vida das pessoas. Nem uma teoria da responsabilidade civil ou de qualquer outra área que seja pensada a partir da ótica da vítima, nem a partir da ótica do autor do fato discutido, na medida em que qualquer dessas visões contem apenas uma parcela da melhor solução concreta.

O solidarismo, nesse passo, chama a atenção para eventual equívoco na aplicação da teoria de direitos fundamentais no direito privado, uma vez que muitos de seus defensores a idealizam a partir da consideração de um indivíduo abstrato, dotado de direitos, sem a consideração das demais pessoas envolvidas na relação. A este respeito, são interessantes as indagações de Christophe Jamin, acerca dos direitos do homem e dos direitos fundamentais, respectivamente. Afinal, refletem esses “métodos de pensar o direito” uma visão individual ou relacional? Christophe Jamin irá pontuar que “d’autre part, le solidarisme juridique en général et le solidarisme contractuel en

²¹⁸ Na análise de Christophe Jamin, “C’est a partir de quelques arrêts que Josserand à bâti sa théorie de l’abus de droit et il en a été de même de Saleilles pour la théorie du risque. Nos deux auteurs ont ainsi usé de toutes les ressources de la rhétorique pour systématiser ce qui apparaissait dans un ordre dispersé. Il devenait alors facile de leur attribuer la paternité des idées qu’ils énonçaient dans leurs théories et de placer les arrêts postérieurs sous la bannière de l’une ou l’autre en oubliant presque tout du jeu dialectique qui avait eu lieu – et qui continuerait à avoir lieu – entre auteurs et juges, sans parler du jeu entre les plaideurs“. Le Procès du Solidarisme Contractuel : brève replique, p. 168.

²¹⁹ Op. cit. p. 10.

particulier avaient pour objet de *faire société* en incitant individus et classes sociales à compromettre sur leurs intérêts respectifs. Or la philosophie des droits fondamentaux est exactement inverse: elle repose sur l’affirmation de la toute-puissance d’un sujet indifférent au sort de la société”.²²⁰

A relação jurídica precisa de pessoas. Não há um indivíduo portador de alguma relação jurídica que não envolva outrem. Como pondera Michel Villey, quer tenhamos ou não consciência, quando fazemos menção ao termo “direito”, estamos tratando de uma relação²²¹. Não há indivíduo que habite na ilha de Robinson e, caso ela um dia existisse, não haveria Direito ali, pois “o direito não regula o homem isolado ou considerado em função de suas finalidades individuais, mas o homem no seu comportamento convivente”²²². Como o direito não se realiza em espaços interplanetários, mas dentro do meio social, a atuação de qualquer pessoa gera efeitos nas demais, em face da interdependência das relações jurídicas.²²³

Esta é a grande mensagem do solidarismo jurídico, valorizada na presente tese: a atuação de qualquer pessoa, seja ela de direito público ou de direito privado, atinge necessariamente outras, razão pela qual as consequências desse agir devem ser analisadas, em conjunto com outros dados, com o fim de se apurar eventual pretensão compensatória em razão dos danos ocasionados.

²²⁰ Palestra em Québec. Op. cit. 33.

²²¹ Michel Villey. *Le droit et les droits de l’homme*. Paris: PUF, 2009. p. 151-152.

²²² Carlos Alberto da Mota Pinto: “Não há Direito na ilha onde apenas habita Robinson. O Direito, mesmo quando atribui posições ditas ‘absolutas’, sobre bens exteriores ao titular ou sobre aspectos ou modos de ser da sua pessoa, pressupõe sempre a vida dos homens uns com os outros e visa disciplinar os interesses contrapostos nesse entrecruzar de actividades e interesses – disciplina que é conseguida dando supremacia a um interesse e subordinando outro. Por força dessa disciplina, criam-se, portanto, enlaces, nexos, liames entre os homens, nos termos dos quais a uns são reconhecidos poderes e a outros impostas vinculações – precisamente essa ligação entre os homens, traduzida em poderes e vinculações, constitui a relação jurídica. Neste quadro, a situação da pessoa releva juridicamente apenas enquanto ela está em relação com os outros: como relação jurídica. Esta resulta, portanto, numa análise lógica ou numa imediata captação fenomenológica, da circunstância de o direito supor a sociedade e esta não ser uma mera contiguidade estática, mas uma convivência.” *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 30.

²²³ Na clássica lição de Louis Josserand: “Ce n’est pas dans les espaces interplanétaires qu’il fait valoir et qu’il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l’une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infime; rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il sortit; à chaque fois qu’il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste. C’est encore une prérogative sociale qu’il doit l’utiliser, conformément à l’esprit de l’institution, civiliter”. Op. cit., p. 7.

A importância da memória dessa forma de pensar o direito é importante para resolver os problemas de reparação de danos surgidos neste momento histórico, os quais passam ao largo da mera equação ato ilícito + nexo de causalidade = dano indenizável. Outras fórmulas já são aceitas pela realidade, embora por vezes mascaradas na fundamentação das decisões judiciais ou nos livros de doutrina, como bem detectado por autores como Anderson Schreiber.

No próximo capítulo, a tese tentará demonstrar a compatibilidade entre as ideais do solidarismo e as premissas do Código Reale, com os olhos voltados para a interpretação do fenômeno da responsabilidade civil e o reconhecimento de uma fonte presente no nosso direito, embora pouco estudada: a compensação de danos lícitamente causados.

CAPÍTULO 2 – A RECEPÇÃO DO SOLIDARISMO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

“Ao normativismo legal do Código de 1916, sucede o normativismo plural da atual Lei civil, que abrange tanto os mandamentos estatais do legislador – os quais traçam os horizontes positivos da juridicidade – quanto as decisões dos tribunais, os usos e bons costumes, e, por fim, os negócios jurídicos, como expressão direta das pretensões, dos direitos e deveres das pessoas no seio da sociedade civil” (Miguel Reale)

“Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916; ou da preferência aos valores coletivos, promovendo a ‘socialização dos contratos’; ou, então, assume uma posição intermediária, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida de que foi essa a terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2002” (Miguel Reale)

Após a apresentação das principais ideias do movimento solidarista, o presente capítulo irá discutir se, em face das premissas adotadas pelo Código Civil de 2012, bem como pelo tratamento oferecido pela doutrina e pela jurisprudência à responsabilidade civil, haveria espaço para postular a sua proveitosa aplicação no solo brasileiro. Outrossim, será discutida a conveniência de se reconhecer outra fonte do dever de indenizar, qual seja o ato lícito, a partir do microssistema de reparação de danos deste diploma.

Para tanto, a tese enfocará três tópicos, a começar pela abordagem do solidarismo na doutrina e jurisprudência brasileira, apresentando os principais trabalhos que intentaram aplicar no nosso direito esta visão relacional. Ato contínuo, estuda-se a principiologia do Código Civil idealizado pelo professor Miguel Reale, especialmente no que toca aos três vetores de sua construção: eticidade, socialidade e operabilidade. O objetivo é verificar se estas premissas são compatíveis com a doutrina solidarista. Por

fim, é apresentado, em linhas gerais, o sistema de responsabilidade civil, com as principais fontes do dever de indenizar, a fim de se perquirir se ele contemplaria uma fonte subsidiária, qual seja a compensação de danos por atos lícitos.

Nesse panorama, prepara-se o caminho para o terceiro capítulo, no qual são indagadas eventuais concreções da responsabilidade civil por ato lícito, com a verificação da lei, da doutrina e da jurisprudência quanto ao tema, neste momento histórico.

1. Recepção do solidarismo no direito brasileiro

Se, como visto, pode-se afirmar que a doutrina solidarista surgiu em momento histórico preciso na França, no final do século XIX, com o fim de ultrapassar uma divisão ideológica entre os postulados do liberalismo e do comunismo, em nosso país a referência ao princípio da solidariedade é ainda mais recente, especialmente na doutrina civilista.²²⁴ Poucos são os “manuais” ou os “cursos” de direito civil que o reconhecem na teoria geral do direito civil, o que pode em parte ser explicado pelo fato de que as Faculdades de Direito não incluem a principiologia do direito civil em seus conteúdos programáticos, de regra.²²⁵

Com efeito, uma observação dos planos de ensino de Direito Civil I, disciplina introdutória na qual, em tese, deveriam ser estudados os princípios que oferecem sistematicidade a este ramo do direito, dotando os diversos “livros” do Código Civil de coerência, demonstra que a principiologia está ausente da maioria das Faculdades do Rio Grande do Sul.²²⁶ Em geral, apresentam-se os tópicos de ensino na

²²⁴ Nas obras normalmente incluídas na bibliografia básica das Faculdades de Direito, dentre os autores que abordam o princípio da solidariedade na Teoria Geral do Direito Civil, constam as trinta páginas que bem retratam ao aluno da graduação o espírito do direito civil escritas por Paulo Neto Lobo. Parte Geral, p. 87. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, bem como outras quatro páginas nas quais Maria Helena Diniz arrola os princípios que, na sua visão, sistematizam o nosso direito. Curso de Direito Civil, v.1, p. 47. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²²⁵ As principais Faculdades do Rio Grande do Sul, nos seus planos de ensino, não apresentam um tópico dedicado ao estudo dos princípios do direito civil, preferindo abordá-los ao longo dos demais pontos de seus conteúdos programáticos. Foram analisados os planos de ensino das seguintes Universidades: UFRGS, PUC, ULBRA, Uniritter e IPA.

²²⁶ No direito processual, é inteligente a lição de Cândido Rangel Dinamarco em relação ao papel dos princípios: “sabido que todo conhecimento só é verdadeiramente científico quando tiver por apoio a consciência dos *princípios* que o regem: sem essa consciência, há o grande risco de perder a necessária coerência unitária entre conceitos exarados e jamais ter-se segurança quanto ao acerto e boa qualidade

ordem em que constam no Código Civil, fato que por si só não seria criticável. Contudo, não é suficiente para a exploração da matéria, por transmitir a falsa mensagem de que toda a introdução ao direito civil estaria contemplada no Código Civil. Ou seja, ao invés da Parte Geral do Código Civil ser um início para o estudo, ela acaba se tornando, nos bancos escolares, ao mesmo tempo, início, meio e fim, o que não é adequado.

Em nossa opinião, seria conveniente oferecer coerência ao sistema, através do estudo dos princípios, tal como ocorre em algumas obras introdutórias. Contudo, malgrado as advertências da doutrina, eles não estão agregados nos planos das disciplinas. É difícil apontar a relação de causa e efeito entre esta omissão e a ausência de significativo desenvolvimento nos manuais universitários.²²⁷

Em favor dessa opção, pode-se citar a justificativa, pouco convincente em nosso sentir, de José de Oliveira Ascensão, pela qual “a falta de unidade científica do critério que preside à demarcação dos ramos do direito civil dificulta a elaboração de princípios comuns. Por isso, algumas tentativas realizadas neste domínio parece-nos não terem atingido o seu objetivo”, fazendo expressa alusão a exposição de Carlos Alberto da Mota Pinto, na sua conhecida teoria geral do direito civil.²²⁸

Na nossa visão, não é obra do acaso que, dos seis princípios apontados por Paulo Lobo (dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, liberdade, autonomia privada, função social e boa fé), ao menos três deles sejam também diagnosticados por Carlos Alberto da Mota Pinto, embora este último autor ainda agregue os princípios da responsabilidade civil, concessão de personalidade jurídica às

dos resultados das investigações. Sem princípios, um conhecimento é desorganizado e só pode ser empírico porque faltam os elos responsáveis pela interligação desses resultados”. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 191. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²²⁷ A preferência pela abordagem dos princípios de direito civil em conjunto com institutos específicos (e não em tópico autonomia) é nítida nas obras usualmente adotadas nas Escolas de Direito Nesse sentido: Álvaro Villaça de Azevedo. *Teoria Geral do Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2012; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. 1. 22. ed. Rio de Janeiro: 2007; Flávio Tartuce. *Direito Civil*, v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012; Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *Direito Civil: Parte Geral*; São Paulo: Atlas, 2006. Sílvio Rodrigues. *Direito Civil*, v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*, v. 1. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro*, v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil*, v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Estes três últimos autores apresentam os três princípios norteadores do Código Civil de 2002: socialidade, eticidade e operabilidade,

²²⁸ *Direito Civil 1, Teoria Geral*, p. 18. São Paulo: Saraiva, 2010. Em nosso sentir, faz sentido a exposição de Carlos Alberto da Mota Pinto, bem como aquela relativamente diversa realizada por Paulo Lôbo. O fato de a lista dos princípios reitores apontados por um ou outro autor não ser idêntica, não inibe a relevância científica da apresentação. O preocupante seria uma enorme discrepância entre os ditos “princípios fundamentais do direito civil” trabalhados de maneira distinta em cada obra, o que não é o caso.

peças coletivas, a propriedade privada, a relevância jurídica da família e o fenômeno sucessório ou por morte.²²⁹ Ou seja, em que pese os autores se encontrarem em pontos geográficos distintos e terem elaborado a sua produção doutrinária em momento histórico diverso, é sintomático que tenham arrolado – ao menos parcialmente – os mesmos princípios, como relevantes e próprios do direito civil.

Há um círculo vicioso, pois a doutrina não medita sobre os princípios e as Universidades acabam por não trabalhá-los, como regra. Como as Universidades não os estudam, os novos operadores e juristas não dedicam tanta atenção ao tema, salvo honrosas exceções. Os efeitos dessa posição são sentidos pela dificuldade que todos nós sentimos ao aplicá-los, quando da realização concreta do direito. O apelo aos princípios, quando ocorre, serve apenas para a realização do sentimento de justiça do julgador, o que se lamenta.

Desta forma, ao desprendê-los da base dogmática, ao contrário de oferecer maior segurança para as pessoas, o direito torna-se incerto, na medida em que irá depender da ideia individual do julgador a respeito do papel de um ou outro princípio. As observações antes lançadas, portanto, não afastam a importância capital do estudo das instituições jurídicas, em sua perspectiva histórica e dogmática.

Nesse contexto, a doutrina ainda é incipiente em relação à exploração do princípio da solidariedade no direito civil. Poucas são as obras que se debruçam sobre a projeção da solidariedade, embora insculpido na Constituição Brasileira.²³⁰ Surgem, entretanto, artigos científicos que tentam oferecer novas luzes para a resolução de questões complexas, a partir da incorporação do solidarismo, abordando temas relevantes do direito de família, da fundamentação do dever de indenizar, de acidentes

²²⁹ Observa-se que os princípios arrolados por um e outro autor aqui analisado são plenamente justificados no nosso sistema e colaboram quotidianamente para a realização das pessoas. Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 95-176. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

²³⁰ Dentre as obras que buscam no princípio da solidariedade base teórica para a resolução de questões atuais, no direito privado ou que o tangenciam, podem ser apontadas: Corrêa, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009; Frota, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011; Leite, Conceição de Maria Freire. *Responsabilidade civil no transporte rodoviário de coisas: à luz do Código Civil*. Curitiba, Juruá, 2012; Mattos, Paula Frassinetti. *Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2012; Salles, Raquel Bellini. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

de trabalho e, especialmente, no direito dos contratos.²³¹ Essa descoberta é muito recente e, como tal, deixa em suspense o seu aproveitamento no futuro.

Na produção acadêmica nacional, não há marcada lembrança à contribuição de Léon Bourgeois.²³² Contudo, ele foi extremamente importante no campo político europeu, no início do século XX, colaborando com a eliminação da dicotomia liberal x comunista, inclusive podendo ser considerado um precursor do Estado do Bem Estar Social, na opinião de diversos autores, como Jacques Mièvre, Christophe Jamin e Nicolas Delalande.²³³ Essa conclusão já foi defendida em solo brasileiro²³⁴, inclusive com a utilização da nomenclatura Estado de Solidariedade.²³⁵

²³¹ Silva, Rodrigo Daniel Félix da. Solidarismo: função no ordenamento jurídico pátrio e na interpretação da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 406, p. 261-312, nov./dez. 2009. Májeda, Mohd Popp. O contrato de corretagem e o solidarismo constitucional. *Direito em movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 217-233. Luciano Benetti Timm. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 95, n. 844, p. 85-95, fev. 2006. Do mesmo autor: O novo paradigma contratual: o direito social como uma nova racionalidade normativista sociológica? In *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 342-351. Luis Renato Ferreira da Silva. A função social do contrato no novo Código civil e sua conexão com a solidariedade social. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.127-150; Massucci, Talita Toledo. *Revista de direito empresarial*, n. 12, p. 139-156, jul./dez. 2009. Arnoldo Wald. O novo código civil e o solidarismo contratual. *Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem*, v. 6, n. 21, p. 14-47, jul./set. 2003; Wald, Arnoldo. O Novo Código Civil e a evolução do regime jurídico dos contratos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n. 130, p. 39-55, abr./jun. 2003; Lôbo, Paulo. Os novos princípios contratuais. In *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 261-277; Caetano de Carvalho, Pedro. Solidariedade inoperante e omissão de direitos. In *Cuidado e Responsabilidade*, pp. 294-311. São Paulo: Atlas, 2011; Moraes, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 232-260.

²³² Como apontado no primeiro capítulo, há interessantes e pontuais autores que procuram resgatar o pensamento de Léon Bourgeois. Dentre eles, Paulo Lôbo (*Direito Civil: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010), José Fernando de Castro Farias. (*A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998) e André Rodrigues Corrêa (*Solidariedade e Responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*, p. 105. São Paulo: Saraiva, 2009).

²³³ Christophe Jamin, analisando as sementes lançadas por Léon Bourgeois, afirma que “d’où le rôle actif – interventionniste – qui peut désormais être assigné à l’État, ce qui fait du solidarisme le précurseur de l’État-providence”. *Le procès su solidarisme contractuel: brève réplique*, p. 161. In *Le Solidarisme Contractuel*. Orgs. Luc Grynbaum e Marc Nicod. Paris: Economica, 2004. No mesmo sentido, Jacques Mièvre. *Le Solidarisme de Léon Bourgeois*, p. 11. In *Cahiers de la Méditerranée*, v. 63, 2001. Disponível em www.gallica.fr. Acesso em 10.12.2012. Nicolas Delalande pronuncia-se no sentido de que a orientação da doutrina de Léon Bourgeois, concebida como uma terceira via entre o individualismo liberal e o socialismo autoritário, repousa sobre uma redefinição entre as relações estabelecidas pelas pessoas, a sociedade e o Estado, de sorte que o seu solidarismo “servit de support philosophique et moral au système de protection sociale ébauché sous la III. République, dont la Sécurité Sociale, établie en 1945, fut l’héritière”. *Le Solidarisme de Léon Bourgeois, un socialisme libéral?*, p. 2. Disponível em www.laviedesidees.fr. Acesso em 20.01.2013.

Esse Estado Solidário apenas terá sentido se as pessoas se responsabilizarem, mediante a percepção de que o bem estar geral é garantido pelos esforços individuais. De nada adiantaria, consagrar um Estado Solidário, se no momento em que as prestações tornam-se acionáveis em juízo, cada pessoa delas de utiliza perdendo a visão do globo. É o que Jürgen Habermas aponta como o risco das pessoas passarem a se distanciar das outras, tornando-se meros clientes das prestações alheias.²³⁶

De toda sorte, retornando ao tema da tese, é interessante observar que a emergência de um “Etat Providence” justificou a larga distribuição de inúmeros riscos sociais e econômicos, resultantes da vida cotidiana, reduzindo o papel do azar na responsabilidade civil.

Como lembra André Tunc, a partir da lição de um jurista inglês, a filosofia austera do individualismo (que via no azar como uma espécie de sinal de culpabilidade) foi substituída por um esforço para assegurar um direito a um nível de vida razoável as

²³⁴ Por ilustração, André Rodrigues Corrêa entende que “as ideias relativas à responsabilidade objetiva, tendo nascido no momento histórico imediatamente anterior ao da emergência do Estado do Bem-Estar Social, podem ser compreendidas desde um cenário de transformação dos deveres morais de beneficência em deveres jurídicos de segurança”. *Solidariedade e Responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*, p. 105. São Paulo: Saraiva, 2009. Mais especificamente em relação a correspondência entre direitos sociais e o discurso solidarista, afirma que “o discurso jurídico relativo ao valor da solidariedade que interessa analisar aqui é aquele que pretendia responder e/ou absorver as consequências revolucionárias advindas da industrialização, pois nesse momento se percebe tanto o surgimento da demanda por direitos sociais quanto mais rápidas e profundas apresentam-se as transformações da sociedade decorrentes dessa revolução tecno-industrial, sendo que são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexequíveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido.” *Op. cit.* p. 108.

²³⁵ É como prefere José Fernando de Castro Farias: “a racionalidade do direito de solidariedade, tal qual ela se apresenta, principalmente, na Europa no fim do século XIX e início do século XX, representa uma mudança no modo de pensar as relações indivíduo/sociedade e indivíduo/Estado. Ela forma um conjunto de práticas positivas constitutivas de um novo imaginário político-jurídico que podemos chamar de Estado de Solidariedade. Este significa uma ruptura em relação ao Estado liberal. Com a passagem do Estado liberal ao Estado de solidariedade, nasce uma nova forma de Estado específica que corresponde a um novo imaginário político-jurídico. *A Origem do Direito de Solidariedade*, p. 285.

²³⁶ Sublinha Jürgen Habermas que “la politica socio-assistenziale Stato è l’elemento che caratterizza lo Stato di welfare e il suo modello giuridico. Da quando i diritti socieli vengono tutelati attraverso assicurazioni obbligatorie direttamente ricavate del salario e rivolte a schermare dai rischi della vita lavorativa (malattie, incidenti, invalidità, disoccupazione e vecchiaia – continuando però a trascurare i disagi specificamente femminili del lavoro domestico e dell’allevamento della prole), noi vediamo che un sistema burocratico- previdenziale si è definitivamente sostituito ai tradizionali obblighi d’assistenza. Ciò che questo processo ha fatto sparire è la coscienza di appartenere a una comunità immediatamente legata dalla solidarietà (e non soltanto da astratte relazioni giuridiche). I deteriorati rapporti di solidarietà non possono essere rigenerati tra clienti isolati che reclamano i loro diritti alle prestazioni burocratico-assistenziali.” *Solidarietà Tra Estranei*. Napoli: Guerini e Associati, 1997.

peças, em relação aos principais riscos da vida humana.²³⁷ Ou seja, as lições de Léon Bourgeois alimentam a tese de que a responsabilidade não pode ser um fato decorrente da sorte e que as pessoas precisam estar protegidas em relação aos riscos que sobre todos pesam.

De toda sorte, se, por um lado, a sua vinculação política foi decisiva para a afirmação de sua teoria em França, por outro, talvez tenha inibido a sua consagração mundial. Com efeito, é possível que a militância de Léon Bourgeois, no Partido Radical, tenha nacionalizado demasiadamente a sua obra, prejudicando o seu reconhecimento fora da Europa, especialmente na América do Sul, a despeito de suas ideias terem regenerado o ideal republicano, permitindo que as classes trabalhadoras, naquele momento histórico, participassem das vantagens dessa forma de governo.²³⁸

Da leitura da produção acadêmica brasileira sobre o solidarismo, observam-se basicamente duas fontes. Ora os estudos remontam ao ideal constitucional de solidariedade, como Maria Celina Bodin de Moraes e Paulo Nalin²³⁹, ora a doutrina

²³⁷ La Responsabilité Civile, p. 108. 2.ed. Paris: Economica, 1989.

²³⁸ No ponto, concordamos com a abordagem histórica de Christophe Jamin: « Replacé dans son contexte historique, l'objectif politique du solidarisme me paraît alors assez clair. Nous sommes aux environs de 1900, à une époque où l'idéal républicain semble à bout de souffle. Le développement anarchique du capitalisme engendre des troubles d'une rare violence, au point que la République ne semble plus en mesure de maintenir le lien social. De là naît la fameuse question sociale dont Jacques Donzelot nous dit qu'elle 'apparaît d'abord comme le constat d'un déficit de la réalité sociale par rapport à l'imaginaire politique de la République'. Se pose en effet, d'une manière qui devient à l'époque urgente, la question de l'inadéquation entre l'égalité souveraineté de tous affirmée par la Déclaration des droits de 1789, fondatrice des idées républicaines, et l'état d'assujettissement économique des classes les plus nombreuses qui ne leur permet pas d'exercer cette souveraineté. Le solidarisme constitue alors l'un des moyens de sauver l'idéal républicain – de le régénérer – en permettant de combler le déficit qu'évoque Jacques Donzelot par le biais des idées de solidarité, qui sont destinées à faire société en compensant les inégalités issues de la division du travail, i.e. en permettant aux classes laborieuses d'entrer dans le jeu républicain ». Le Procès du solidarisme contractuel: brève réplique, p. 161.

²³⁹ Maria Celina Bodin de Moraes considera: “de acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração do nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os seus cidadãos. A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.” O Princípio da Solidariedade. Disponível em www.ebah.com.br. Acesso em 26.11.2012. De seu turno, Paulo Nalin encontra na Constituição Federal o ponto de apoio para a incorporação do solidarismo contratual: “ora, até a Constituição de 1988, o núcleo do contrato sempre foi a vontade contratual e a sua causa, a circulação atributiva proprietária. Após a atual Carta Constitucional, o núcleo do contrato reside na solidariedade e a sua causa codivide espaço entre os interesses patrimoniais inerentes ao contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, e os

ressalta a aproximação com o pensamento de Emile Durkheim, como Luís Renato Ferreira da Silva e Luciano Benetti Timm. Como sói acontecer, é possível que cada qual possua um pouco de razão, circunstância que permite uma breve revisitação de seus principais argumentos.

Quanto à primeira linha de pesquisa, a qual identifica vinculação do solidarismo com a Constituição de 1988, naturalmente são adeptos os autores que preconizam a constitucionalização do direito civil. Todavia, conquanto respeite essa linha investigativa, pelos resultados que potencialmente podem ser atingidos, a presente tese não pode concordar com a sua abordagem, pois a Constituição Federal de 1988 não é o ponto de partida da doutrina do solidarismo. Como abordado no primeiro capítulo, cem anos antes já havia produção acadêmica que sustentava o discurso solidarista. E grande parte de direitos reconhecidos no início do século passado, como o voto das mulheres²⁴⁰, o salário mínimo²⁴¹, licença gestante e tantas outras prestações assistenciais do sistema de seguridade social já demonstram que as ideias de Léon Bourgeois floresceram no Brasil ao longo do século XX e, conquanto tenham sido incorporadas ao sistema constitucional de 1988, já eram observados antes desta data.²⁴²

Mesmo no plano do direito privado, o discurso jurídico calcado no solidarismo já era visualizado em institutos bem desenvolvidos e consagrados ao longo

interesses sociais”. Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro, p. 57. In Revista de Direito Privado, v. 12. Em nosso sentir, o solidarismo é anterior a Constituição Federal de 1988 e o solidarismo, por si só, não pode ser considerado o “núcleo do contrato”.

²⁴⁰ Reconhecido pela primeira vez pelo Rio Grande do Norte, em 1927. No plano nacional o direito foi conquistado pelo Código Eleitoral Provisório de 1932, quando autorizou o voto às mulheres casadas (com autorização do cônjuge), viúvas e solteiras com renda própria pudessem votar. Apenas com o Código Eleitoral de 1934, o voto feminino foi universalizado, para, posteriormente em 1946, se tornar obrigatório, tal qual o masculino. Dados conforme o jornal Folha de São Paulo, caderno Poder, edição de 24.02.2008.

²⁴¹ Segundo o Portal Brasil, “a instituição do benefício foi regulamentada no Brasil em 1936. Em 1940, o Decreto-Lei nº 2.162 fixou os valores”. Disponível em www.brasil.gov.br. Acesso em 02.11.2012.

²⁴² Segundo as doutoras Graziela Ansiliero e Eva Batista de Oliveira Rodrigues, em artigo publicado no Informe da Previdência Social, edição de Fevereiro de 2007, v. 19, n. 02, “No Brasil, o direito da mulher à licença-maternidade foi introduzido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Dentre outros pontos, os arts. 392, 393 e 395 da CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, estabeleceram, respectivamente, que a licença gestante era de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto; que neste período a mulher tinha direito ao salário integral e que, em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher tinha direito a um repouso remunerado de duas semanas, assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

do século XX, como os contratos de seguros²⁴³, privados e públicos (DPVAT²⁴⁴), os planos privados de assistência à saúde²⁴⁵, previdência, etc. Mesmo institutos tradicionais, como o direito aos alimentos, com os seus móveis contornos, exemplificam a aplicação histórica do princípio da solidariedade.

Entretanto, não se pode negar que, com a positivação constitucional do princípio da solidariedade, houve novo sopro de vida no direito nacional, a sustentar a revalorização daquelas ideias antes apresentadas. Não há como negar o mérito do trabalho de autores, como Maria Celina Bodin de Moraes, quando se esforça por apresentar projeções importantes do princípio da solidariedade, as quais auxiliam a resolução de questões práticas.

A este respeito vale transcrever trecho de sua conclusão, após uma aprofundada meditação histórica: “é, de fato, através do reconhecimento do outro que os identificamos, é através da solidariedade, que nos responsabilizamos: ninguém deve permanecer em si: a humanidade do homem, a subjetividade, é uma responsabilidade pelos outros, uma vulnerabilidade extrema. Só quase dois mil anos depois, as noções de respeito e amor ao próximo e de solidariedade, provenientes dos mandamentos cristãos, embora já há muito extremamente conhecidas e difundidas, começariam a tomar corpo como instrumentos jurídicos para a construção da sociedade. Cabe a pergunta: por que levamos tanto tempo para atingir este amadurecimento? Provavelmente porque somente

²⁴³ Lembra Geneviève Viney que o seguro é uma técnica de garantia e esteve na origem dos sistemas de seguro social e, em seguida, de seguridade social, que se desenvolveram em todo o mundo a partir da metade do século XX e, por sua vez, procederam a aparição de fundos de garantia ou de indenização destinados a cobrir certos riscos particularmente graves em apelo à solidariedade nacional ou mesmo internacional”. *Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil*, p. 43. Trad. Paulo Cezar de Mello. In *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

²⁴⁴ Como é sabido, o DPVAT (Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre) foi criado em 1974 (Lei n.º 6.194), com o objetivo amparar as vítimas de acidentes. Oferece, atualmente, oferecendo três tipos de coberturas: morte, invalidez permanente e reembolso de despesas médico-hospitalares comprovadas. Em tese, a sua cobertura é ampla, pois qualquer pessoa envolvida em acidente de trânsito (pedestre, passageiro, condutora, bem como os seus dependentes) têm direito à indenização. Fonte: www.detran.am.gov.br. Acesso em 10.12.2012.

²⁴⁵ Conforme dados difundidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o mercado de planos de saúde surgiu, no Brasil, na década de 40, a partir de empresas do setor público que aplicaram recursos próprios e de seus empregados para financiar ações de assistência à saúde. A partir dos anos 50, surgiram organizações de assistência à saúde, destinadas exclusivamente aos funcionários estaduais desprotegidos da Previdência Social. Na década de 60, os denominados convênios médicos entre empresas empregadoras e empresas médicas estimularam este processo empresarial, democratizando o seu acesso. Esse progressivo avanço foi referendado pela atual Constituição Federal, quando permitiu a oferta de serviços de assistência à saúde pela iniciativa privada, sob a supervisão do Estado. A matéria é regulada pela Lei n.º 9.656/98. Disponível em www.ans.gov.br. Acesso em 30.12.2012.

a ordem democrática é capaz de garantir a solidariedade social para todos, ao proibir a diferenciação discriminatória entre “nós” e os “outros”, sendo “os outros” quase sempre considerados desumanos, bárbaros, primitivos, sub-homens, animais. O reconhecimento do “outro”, como reconhecimento e respeito que se deve a cada um, tão-somente pelo fato de ser pessoa, é um valor adquirido muito recentemente na história da humanidade, valor que tem como pressuposto inarredável o Estado Democrático de Direito. Ao imputar, ao Estado e a todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma “sociedade solidária”, através da distribuição de justiça social, o texto constitucional agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que se tornou passível, portanto, de exigibilidade”.²⁴⁶

Essa ótica relacional, desde que não isole o “credor das prestações alheias” do mundo concreto, vai ao encontro do que foi proposto pela doutrina de Léon Bourgeois, embora ele tenha partido de um contexto histórico diverso e tenha lançado mão das conquistas das ciências biológicas e menos do discurso religioso. De toda sorte, mesmo que admitida a incorporação da solidariedade pela Constituição, pode se visualizar uma identidade entre os pensamentos, na medida em que enfocam o fenômeno jurídico a partir das suas projeções na vida de todos os sujeitos envolvidos e não apenas à luz de uma ou de outra pessoa.

De acordo com a segunda orientação antes anunciada, o dever de solidariedade poderia ser explicado com o apelo a obra de Emile Durkheim. Apenas por ilustração, Luis Renato Ferreira da Silva lembra que “quanto mais simples (menos especializada) a sociedade, mais integrados estão os seus membros, pois há uma inconsciente interpenetração de funções e atividades de modo que cada qual interage com os outros de forma um tanto quanto automática, de forma mecânica. O impulso à solidariedade social nestas sociedades é quase natural, pela necessária dependência recíproca. Daí que Durkheim tenha denominado tal relação entre os membros de uma sociedade de solidariedade mecânica, nesta a consciência individual, considerada sob este aspecto, é um simples dependência do tipo coletivo e segue todos os seus movimentos`. À medida em que a sociedade se sofisticava e vai ganhando em especialização, perde-se a primariedade e quase inconsciência da dependência recíproca. Cada um assume um papel próprio e especializado, de modo que a solidariedade que se estabelece não é mais natural e automática (solidariedade

²⁴⁶ O Princípio da Solidariedade. Disponível em www.ebah.com.br. Acesso em 26.11.2012.

mecânica), mas estabelece-se pela dependência funcional. Cada indivíduo desempenha a sua função, porém, esta assume tal nível de individualização (como decorrência da necessidade de divisão do trabalho) que a sociedade só consegue alcançar o seu estado ótimo se houver uma colaboração entre os indivíduos. Isto já não se alcança mais espontaneamente dado a evolução social”.²⁴⁷

De seu turno, Luciano Benetti Timm identifica uma nova forma de analisar o vínculo contratual, a partir do “solidarismo jurídico” também chamado pelo autor de “direito social”. Segundo seu estudo, o “paradigma teórico” do direito contratual seria o solidarismo jurídico, cujas raízes foram plantadas por Emile Durkheim. Refere o jurista: “por estar fundado no organicismo social durkheimiano, é um modelo jurídico fundado sobre o caráter funcional ‘radical’ do sistema social (e de seus elementos), aos quais se reconheceu um papel fundamental na solidariedade, na coesão e na transformação social – tudo dentro de uma visão ‘holista’ da sociedade, e, portanto, antiindividualista (pois a parte é função do todo). Tratar-se-ia de um direito institucionalizado socialmente (socially embedded). Daí a expressão direito social”.²⁴⁸ Avança o autor afirmando que “a bandeira principal do solidarismo para o contrato é a promoção, por meio de normas jurídicas e do Estado, da “solidariedade orgânica” quando ela não se encontrar espontaneamente praticada na ordem social, como era o caso da Europa do século XIX e do início do século XX (caracterizada pelo estado de “anomia” ou de “patologia social” gerados pela desigualdade social, pela falta de oportunidades iguais e em virtude da “injusta” divisão do trabalho)”.

Enquanto sociólogo, Emile Durkheim conseguiu descrever uma realidade, a partir de uma tese inédita: a divisão do trabalho. Na obra, embora a sua teoria da divisão do trabalho social enfrente liberais e comunistas, o leitor não percebe - ao menos com nitidez - uma vinculação partidária. Há uma exemplar teoria, formulada por um dos mestres da sociologia. Com todo o mérito, ele conseguiu o seu lugar na história, ultrapassando fronteiras, para alcançar a notoriedade em quase todos os cantos do

²⁴⁷ Prossegue o autor: “paradoxalmente, ao tempo que se vai ganhando autonomia na sua especialização, vai-se criando uma dependência das demais partes do corpo social, pois não se consegue mais desempenhar todas as funções. A individualização torna mais difícil a compreensão da dependência recíproca. Ao mesmo tempo que ganha consciência individual, o homem das sociedades complexas perde em autonomia no seio da sociedade. Perde-se a naturalidade no admitir que se depende. Há a tendência cada vez maior de se acreditar na auto suficiência da especialização”. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social, p. 3.

²⁴⁸ As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual, p. 86.

mundo, mercê da verossimilhança de seus textos. Justamente em face da universalidade de Emile Durkheim, bem como pela revalorização de seu pensamento nos autores nacionais, consideramos oportuno registrar alguns aspectos que coincidem com a teoria de Léon Bourgeois e que podem auxiliar a fundamentação da tese aqui defendida.

Emile Durkheim procura observar a realidade, afinal o ideal, diz o autor, “ne repose sur rien s’il ne tient pas par ses racine à la réalité”²⁴⁹. Anunciando a questão que está na origem de seu estudo, Durkheim aponta que são as relações entre a personalidade individual e da solidariedade social. Como pode uma pessoa ser considerada autônoma e, ao mesmo tempo, depender tanto da sociedade? Como conjugar a sua individualidade com a sua atuação solidária, pois parece ser incontestável que esses dois movimentos, contraditórios na aparência, se desenvolvem paralelamente. A hipótese apresentada pelo autor é que a solidariedade social, gerada pelo desenvolvimento cada vez mais acentuado da divisão do trabalho, garante a coesão do grupo.²⁵⁰

O autor apresenta dois modelos de solidariedade observados na sociedade: mecânica e orgânica. A primeira estaria mais presente nas sociedades menos desenvolvidas e seria justificada na igualdade entre as pessoas, ao passo que o segundo modelo é visualizado com mais nitidez nas “sociedades superiores”, resultando da valorização das diferenças entre os membros que passam a desempenhar variadas funções. Portanto, já nesta introdução, fica realçado que, tanto a semelhança, quanto as diferenças, podem ser causa de uma atração mútua e, por decorrência, criar entre as pessoas relações e sentimentos de solidariedade.²⁵¹

É no capítulo segundo de sua obra-prima que Emile Durkheim apresenta as características da solidariedade mecânica (ou por semelhança), a qual é tutelada especialmente pelo direito criminal, pois a sua ruptura constitui delito.²⁵² O conjunto de

²⁴⁹ Préface, p. IV.

²⁵⁰ Ideias contidas em seu Prefácio. De La Division du Travail Social: Etude sur l’Organisation des Sociétés Superieures. Paris: Félix Alcan, 1893.

²⁵¹ Op. cit. pp. 56-57.

²⁵² Op. cit. p. 73. Arremata Emile Durkheim: “nous pouvons donc, résumant l’analyse qui precede, dire qu’un acte est criminel qual il offense les états forts et définis de la conscience collective”. Op. cit. p. 85. Em outra passagem importante, salienta que todo estado forte da consciência é uma fonte de vida, é um fator essencial de nossa vitalidade geral. Por conseguinte, tudo que tenda a debilitá-la nos diminui e nos deprime. Nos sentimos mal e desorientados, tal como quando uma função importante de nosso organismo

crenças e de sentimentos comuns às pessoas de uma determinada sociedade forma um sistema determinado que passa a ter vida própria. O autor o batiza de consciência coletiva ou comum, a qual difere da consciência particular que apenas se realiza nos indivíduos. A consciência coletiva não troca a cada geração, pois se mantém e dessa forma une as pessoas de variadas gerações.²⁵³

Nesse panorama, a coesão social almejada pela solidariedade mecânica é alcançada pela conformidade das consciências particulares ao tipo psíquico comum da sociedade. Sem que haja um mínimo de semelhança, um indivíduo passa a ser considerado uma ameaça à unidade do corpo social, daí a intervenção do direito repressivo, segundo Durkheim.²⁵⁴ Entretanto, há um custo, normalmente suportado pelas sociedades menos desenvolvidas, qual seja a limitação ao desenvolvimento da personalidade. A solidariedade mecânica, afirma Durkheim, apenas pode crescer em razão inversa à personalidade, de sorte que a solidariedade que deriva das semelhanças, no seu ápice, corresponderá à anulação das individualidades.²⁵⁵

Um modelo assim dificilmente agradará uma sociedade evoluída, pois o preço a ser pago pelo vínculo de solidariedade é excessivo. Certamente, a escolha do termo “solidariedade mecânica” não foi aleatória. Ele corresponde não ao fato de que ela seja produzida de maneira artificial, mas que decorre da associação de dois corpos mortos, afinal os meios de ligação entre os indivíduos e a sociedade são semelhantes aos meios de associação entre as coisas e as pessoas. A consciência individual, diz

é atingida. Por isso, seria inevitável uma reação enérgica contra a causa que nos ameaça, com o fim de manter a integridade de nossa consciência. Op. cit. p. 103.

²⁵³ Op. cit. p. 84.

²⁵⁴ No original, a explicação do autor: “c'est cette solidarité qu'exprime le droit répressif, du moins dans ce qu'elle a de vital. En effet, les actes qu'il prohibe et qualifie de crimes sont de deux, sorti-s. Ou bien ils manifestent directement une dissemblance trop violente entre l'agent qui les accomplit et le type collectif, ou bien ils offensent l'organe de la conscience commune. Dans un cas comme dans l'autre, la force qui est choquée par le crime et qui le refoule est donc la même: elle est un produit des similitudes sociales les plus essentielles et elle a pour effet de maintenir la cohésion sociale qui résulte de ces similitudes. C'est cette force que le droit pénal protège contre tout affaiblissement, à la fois en exigeant de chacun de nous un minimum de ressemblances sans lesquelles l'individu serait une menace pour l'unité du corps social, et en nous imposant le respect du symbole qui exprime et résume ces ressemblances en même temps qu'il les garantit”. Op. cit. p. 113-114.

²⁵⁵ É expressiva a seguinte passagem: “Il y a dans chacune de nos consciences, avons-nous dit, deux consciences: l'une, qui nous est commune avec notre groupe tout entier, qui par conséquent n'est pas nous-même, mais la société vivant et agissant on nous; l'autre, qui ne représente au contraire que nous dans ce que nous avons de personnel et de distinct, dans ce qui fait de nous un individu. La solidarité qui dérive des ressemblances est à son maximum quand la conscience collective recouvre exactement notre conscience totale et coïncide de tous points avec elle; mais à ce moment notre individualité est nulle”. Op. cit. p. 139.

Durkheim, é uma simples dependência do tipo coletivo, de forma que todos os movimentos são condicionados, tal como ocorre com o proprietário e seu objeto. Nas sociedades em que essa solidariedade é muito desenvolvida, o indivíduo deixa de pertencer a si e passa a ser um objeto criado para favorecer a sociedade.²⁵⁶

Em face dessa perspectiva, é necessário encontrar um outro meio de associação, que vai se basear na diferença entre as pessoas. Essa segunda forma é produzida pela divisão do trabalho. Segundo Emile Durkheim, enquanto a precedente é gerada pela semelhança dos indivíduos, esta segunda precisa da diferenciação. A primeira apenas é possível na medida em que a personalidade dos indivíduos seja absorvida pela personalidade coletiva. A segunda, para existir, demanda o respeito a uma esfera de ação própria a cada pessoa, por isso lhe faculta uma personalidade individual. É necessário, portanto que a consciência coletiva permita a coexistência de uma consciência individual, para que esta desenvolva funções especiais. E quanto mais diversificadas essas funções, mais forte será a coesão brotada da solidariedade.

Com efeito, diz Durkheim, cada um depende ainda mais estreitamente da sociedade, quando o trabalho é mais dividido e, de outra parte, a atividade de cada pessoa torna-se mais individualizada, quanto mais especializada. Contudo, essa liberdade que desfrutam as pessoas nunca é completamente original, pois nós nos conformamos aos usos, às práticas comuns.²⁵⁷ Em duas frases importantes de sua obra, Durkheim conclui que o jugo que nós sofremos, na solidariedade orgânica, é menos pesado, pois a sociedade inteira deixa de pesar sobre nós, porquanto essa solidariedade “laisse bien plus de place au libre jeu de notre initiative”. E mais: a sociedade torna-se mais capacitada para se mover em conjunto, ao mesmo tempo em que as pessoas possuem mais movimentos próprios.²⁵⁸

No capítulo terceiro, avança-se para a análise da solidariedade orgânica, a qual, como dito, é justificada pela divisão do trabalho social. Nesta modalidade, não há

²⁵⁶ O raciocínio de Emile Durkheim expostos nas páginas 137-140 culmina com a constatação de que os direitos pessoais não logram diferenciação dos direitos reais, pois o próprio sentido de pessoa desaparece, na vigência da solidariedade puramente mecânica.

²⁵⁷ Op. cit. p. 140.

²⁵⁸ Logo a seguir, Emile Durkheim explica a origem da denominação “société organique”: “cette solidarité ressemble à celle que l'on observe chez les animaux supérieurs. Chaque organe, en effet, y a sa physionomie spéciale, son autonomie, et pourtant l'unité de l'organisme est d'autant plus grande que cette individuation des parties est plus marquée. En raison de cette analogie, nous proposons d'appeler organique la solidarité qui est due à la division du travail”. Op. Cit. p. 141.

um juízo expiatório, que é próprio da primeira.²⁵⁹ A relação não se estabelece entre um cidadão e toda a sociedade, como no direito repressivo, mas sim entre pessoas determinadas, razão pela qual não é atraída a indistinta atenção de todos os membros.²⁶⁰ Bastaria, portanto, restabelecer a regularidade das funções distintas, para se assegurar o adequado funcionamento do organismo. Daí a ótica da restituição, própria da solidariedade orgânica.²⁶¹

Embora a solidariedade orgânica também possa se realizar por abstenções, chama a atenção na obra de Emile Durkheim o “conours positif, une coopération qui derive essentiellement de la division du travail”.²⁶² A solidariedade orgânica, embora fundada na diferença das pessoas, demanda a cooperação, sem a qual desaparece o próprio organismo, no qual as partes trabalham especializadas.²⁶³

²⁵⁹ Como escreve Emile Durkheim, “ce qui distingue cette sanction, c’est qu’elle n’est pas expiatoire, mais se réduit à une simple remise en état”. Op. cit. p. 118. Quando os fatos já ocorreram e turbaram a harmonia social, o papel do juiz é restabelecer a situação pretérita ou a realidade que corresponderia a normal realização dos eventos. O juiz não impõe penas, mas diz o direito (‘il dit le droit, il ne dit pas de peines’). A indenização não teria caráter penal e seria vista apenas como um meio de retornar ao passado para restituí-lo, tanto quanto possível, na sua forma normal.

²⁶⁰ Op. cit. p. 122. Por decorrência, na medida em que as funções desempenhadas pelos cidadãos são idênticas, todas as pessoas provam um sentimento quando a solidariedade é atingida. Contudo, na medida em que elas se distinguem pela divisão do trabalho, torna-se mais circunscrita a algum setor (op. cit. p. 136). No decorrer da obra, o autor apresentará a relação necessária entre ambas as formas de solidariedade.

²⁶¹ Op. cit. p. 137.

²⁶² Op. cit. p. 130. Neste ponto, é emblemática a exemplificação do autor quanto ao direito de família. A organização jurídica da família demonstraria a importância das variadas funções que passaram ao longo do tempo a ser desempenhadas pelos seus membros. Há um movimento ininterrupto de dissociação, no qual as diversas funções, antes indivisas e confundidas, passam a ser entregues a algum dos membros, de acordo com o seu sexo, idade, relação de dependência, de maneira a tornar cada qual um “funcionário especial da sociedade doméstica” (p. 132). O mesmo vale para o contrato, que passa a ser visto como um expressão jurídica da cooperação (p. 132): “Quant aux autres contrats, qui sont l’immense majorité, les obligations auxquelles ils donnent naissance sont corrélatives on d’obligations réciproques, ou de prestations déjà effectuées. L’engagement d’une partie résulte ou de renagement pris par l’autre, ou d’un service déjà rendu par cette dernière. Or, cette réciprocité n’est possible que là où il y a coopération, et celle-ci, à son tour, ne va pas sans la division du travail. Coopérer, en effet, c’est se partager une tâche commune”. Op. cit. p. 132-133. Haverá especialização do trabalho, na medida em que a sua divisão seja complexa. Outros ramos do direito, como o comercial e o processual, são enfrentados pelo autor (op. cit. p. 134 e 135)

²⁶³ Aproveitando tal lição, Arnaldo Wald ressalta a importância dos contratos de colaboração, de cooperação e de organização, na medida em que “em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como verdadeiros parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e equitativa, considerando até os ideais de solidariedade humana, fraternidade e justiça”. O Novo Código Civil e o Solidarismo Contratual, p. 31.

A lição de Emile Durkheim conserva a atualidade. As manifestações da solidariedade se encontram presentes em nossa sociedade. E, portanto, também interessa ao direito, que dela pode se valer para melhor explicar a resolução de problemas sociais. Caberia ao magistrado reconhecer, para não inibir, mas sim potencializar, essas formas de associação.

Para verificar a adequação das ideias expostas com a prática, na experiência brasileira, uma lembrança de precedentes ajuda situar o tema. Como será observado, não se pode negar que há uma tendência de analisar os efeitos projetados pela decisão para ambas as partes e inclusive para os terceiros, algo que é aplaudido pela doutrina solidarista.

Com efeito, também no Brasil, a consideração de interesses alheios é visualizada nos acórdãos do início de nosso século, como se vê da jurisprudência que vem se formando em relação ao princípio da função social do contrato. Ainda que grande parte das contratações interesse mais de perto apenas os contraentes, sendo irrelevante à luz da sociedade, não são raros os casos em que o interesse na tutela do contrato transcende as partes envolvidas. As pronúncias do juiz, embora dirigidas frente ao autor e ao réu, podem gerar efeitos em relações alheias.

Bem apreendeu o fenômeno Judith Martins-Costa: “sendo o direito a normatização da experiência concreta segundo certos valores, necessidades e técnicas, passou-se a perceber, de uns tempos para cá, que determinadas situações contratuais possuíam, sim, mais que eficácia intersubjetiva: atingiam, real ou potencialmente, a esfera de terceiros, criando-lhes deveres de abstenção e, até mesmo, deveres positivos, ou *promocionais*. Essa eficácia transubjetiva do contrato tem variadas causas. Entre outras, o fato social da interdependência mediante formas de encadeamento do ciclo produtivo típicas da sociedade de consumo pós-industrial, como a formação de *redes negociais*; a necessidade de garantir a liberdade de concorrência por meio da imposição, a terceiros, do dever de respeitar pacto de não-concorrência; a crescente consciência acerca da importância da preservação ambiental, de modo a estender a responsabilidade pela segurança e garantia ambiental a toda a cadeia contratual. Em suma, compreendeu-se que os contratos não têm apenas função individual: são dotados, também, de função social, como agora diz com todas as letras o art. 421 do CC. Desmontado o dogma, têm lugar o princípio e a sua significação: a eficácia transubjetiva da relação negocial está a nos dizer que certos pactos não devem mais ser concebidos como se respeitantes tão-só

às partes contratantes, como se imunes fossem aos condicionalismos das circunstâncias e às esferas alheias que acabam por afetar”.²⁶⁴

O que é, em verdade, essa “eficácia trans-subjetiva da relação negocial”? Pode ser considerada como o reconhecimento de que o fenômeno jurídico encerra necessariamente uma relação entre pessoas, as quais podem ser atingidas em algumas oportunidades, a despeito de não terem celebrado um dado contrato. É que, como sublinha Humberto Theodoro Junior, “o princípio da função social, nessa perspectiva, não se volta para o relacionamento entre as partes contratantes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros (isto é, no meio social). É o que se deduz do próprio nome com que o princípio se identifica. Com efeito, função quer dizer ‘papel a desempenhar’, ‘obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição’. E social qualifica o que é ‘concernente à sociedade’, ‘relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país’. Logo, só se pode pensar em função social do contrato, quando este instituto jurídico interfere no domínio exterior dos contratantes, isto é, no meio social em que estes realizam o negócio de seu interesse privado”.²⁶⁵

Fica clara, na lição dos autores citados, a importância do magistrado considerar os efeitos sociais de sua decisão, a fim de cumprir a promessa de função social dos contratos (art. 421). A doutrina do solidarismo socorre esta forma de pensar o fenômeno jurídico, ao postular que as pessoas levem em consideração as expectativas e os direitos das demais.

Outro exemplo típico de manifestação da doutrina solidarista ocorre na aplicação do art. 187, do novo Código Civil. Quando utilizado, objetiva condicionar o exercício jurídico do indivíduo, a partir dos efeitos que sua conduta projeta nas esferas alheias. Dentre os parâmetros da norma, provavelmente no Rio Grande do Sul o mais utilizado é a boa fé objetiva. Quer na seara delitual, quer na contratual, observa-se preocupação com a repercussão das condutas perante os interesses alheios.

Sob este enfoque, a hipótese da rescisão de contratos é interessante. Admitida expressamente pelo Código Civil, em seu art. 473, com o foco nos contratos celebrados por tempo indeterminado, a sua chancela judicial não é automática, como

²⁶⁴ Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil brasileiro. Disponível em: <www.diariodamanha.com.br>. Acesso em 4 dez. 2004.

²⁶⁵ O contrato e sua função social, p. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

uma leitura ou aplicação da norma abstrata poderia sugerir. Logicamente, ninguém está constrangido a permanecer vinculado em relação contratual contra a sua vontade, razão pela qual qualquer das partes pode, em linha de princípios, liberar-se do negócio. Entretanto, o exercício desse direito deve se dar consoante os usos normais do setor econômico no qual se desenvolveu o relacionamento. O próprio parágrafo único, do art. 473, chama a atenção para a necessária consideração do trabalho desenvolvido pela contraparte, em especial os investimentos realizados na confiança do prolongamento da relação. Ou seja, a lei protege a parte resiliente, mas também está atenta às repercussões que esta conduta gera nas demais.

A melhor interpretação da norma vai no sentido de que, conquanto lícita, a rescisão unilateral deve evitar prejuízos injustificados, com a idealização de uma maneira que harmonize minimamente as expectativas dos sujeitos envolvidos, quando da natureza e do desenrolar do relacionamento esteja caracterizada uma expectativa digna de tutela pelo direito.²⁶⁶

Outra situação bastante corriqueira ocorre quando a seguradora oferta ao consumidor uma proposta e, após realizar a vistoria e receber início de pagamento, nega-se a arcar com a indenização, alegando que o sinistro se dera antes da elaboração da apólice. Novamente, o cotejo do ato com o princípio da boa fé objetiva, assegura ao consumidor o respeito à sua legítima expectativa de estar protegido do risco, em face da aproximação negocial.²⁶⁷ Como se vê, a boa fé é chamada para equilibrar uma relação, na qual, por força da conduta de uma das partes, visualiza-se o risco de perda da satisfação, com a ruína de um dos sujeitos que igualmente colaborou para o adimplemento obrigacional.

De seu turno, o fim econômico que anima diversos institutos jurídicos também pode ser atingido pelo indevido exercício jurídico. O contrato frustrado representa, em alguma medida, privação de riqueza para a sociedade, sendo inegável o

²⁶⁶ Os exemplos apontados por Antonio Menezes Cordeiro são coerentes com o espírito de boa fé, enquanto proteção ao outro, e as suas perguntas merecem idêntica meditação: se seria considerado lícito o comportamento do locador que estimula o locatário para instalar um comércio de cosméticos e, após, deduz ação de despejo fundada no uso indevido? Tratado de Direito Civil Português, p. 244. Ou, ainda, deveria o juiz julgar procedente o despejo, quando comprovado o pagamento de R\$ 795,60, ao invés da mensalidade de R\$ 800,00? A parte que causa ao vício de um negócio jurídico pode reclamar em juízo sua anulação? Ou, como teve oportunidade de apreciar o Judiciário brasileiro, a conduta da seguradora que, após receber o prêmio por 20 anos, recusa-se a cobrir despesas sob o fundamento de doença pré-existente à contratação. AgRg no REsp 913.120/SP, 3. T., Rel. Min. Sidnei Beneti. DJe: 17/08/2010.

²⁶⁷ Nesse sentido: TJRS, RC 71001111194, 1º Turma Recursal Cível, Rel. Heleno Tregnago Saraiva, j. 13/09/2007.

interesse público na geração e na circulação de riqueza. As decisões judiciais, nesse passo, podem e devem valorizar os efeitos concretos que serão gerados em âmbito econômico. Figure-se a hipótese em que, a partir de infrações contratuais mínimas, qualquer das partes almeja a resolução do vínculo com o retorno ao estado anterior. Na aferição do inadimplemento, o Judiciário pode contribuir para instaurar um clima de segurança ou de desconfiança para o desenvolvimento das relações interpessoais. Esse equilíbrio usualmente é ofendido quando o credor não alcança o cumprimento perfeito da avença. Mas também poderá sê-lo quando se impõe ao devedor uma conseqüência manifestamente desproporcional à infração apontada. O exemplo do adimplemento substancial é importante justamente por evidenciar que se torna mais “econômico”, em certas hipóteses, conservar o contrato e a operação econômica a simplesmente apagá-lo do mundo jurídico.

O mesmo raciocínio vale para os casos em que o juiz se debruça sobre uma relação individual, mas que, pela sua homogeneidade, repercute em centenas ou milhares de relações semelhantes. Novamente, aqui, a teoria solidarista do contrato irá exigir que os interesses que gravitam ao redor do processo sejam levados em consideração, sob pena de se premiar um indivíduo indevidamente em detrimento de outros tantos (que não fazem parte do processo, mas que suportarão indiretamente os efeitos da decisão). É o caso do direito do consumidor receber as parcelas pagas no contrato de consórcio, porém apenas a finalização do plano.²⁶⁸

Enfim, poderiam ser arroladas tantas outras hipóteses em que o ato ilícito apenas é configurado mediante seu cotejo com a atividade desenvolvida como um todo. Em si, a conduta parece lícita, mas a ilicitude deriva do cotejo com o ordenamento como um todo. É que, como bem pondera a professora Heloísa Carpena, “exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui esse mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito

²⁶⁸ Ao reconhecer o direito do desistente à devolução das parcelas pagas, porém condicioná-lo a finalização do plano, o Superior Tribunal de Justiça demonstra preocupação com a sobrevivência e a proteção do todo, evitando que uma parte perturbe a harmonia do conjunto. Nesse sentido: “é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano” REsp n. 1.119.300/RS, 2. Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14/4/2010. DJe 27.8.2010. Idêntica posição: AgRg no AgRg no AREsp 100.871/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4. T., j. 05.03.2013. DJe 12/03/2013.

subjetivo, relativizando-o. Com efeito, a caracterização do ato abusivo depende do estabelecimento de limites ao exercício do direito subjetivo, além dos quais o titular ingressa no plano da anti-juridicidade, sujeitando-se às sanções correspondentes”.²⁶⁹

Conquanto o termo “solidarismo contratual” não seja amiúde utilizado nos acórdãos brasileiros, a análise dos fundamentos dessas decisões permite concluir que há grande convergência entre os objetivos postulados pela teoria do solidarismo com os resultados práticos oferecidos pelo Poder Judiciário. A variação da nomenclatura, portanto, não inviabiliza o reconhecimento da sintonia.²⁷⁰

Em nosso sentir, tais exemplos demonstram que há simpatia pela doutrina solidária do contrato por parte da jurisprudência brasileira e das próprias fontes legislativas, o que denota um futuro promissor para a teoria.

2. A compatibilidade entre o solidarismo e o Código Reale.

As fontes jurígenas brasileiras não se encerram na legislação, como é sabido. O sistema é plural, de sorte que a sociedade e o Estado compartilham da produção do direito. Não se observa, neste momento histórico, um apego obstinado às palavras da lei ou uma preferência explícita por um método de sua interpretação, como o literal. Na tentativa de se oferecer um tratamento adequado às pessoas, as fontes conversam e o intérprete se vale de muitas opções para encontrar o melhor direito à luz do caso.

O tempo da edição do Código Civil de 1916 ou da formação da Escola de Exegese foi outro, próprio do contexto social do século XIX. Esse período histórico,

²⁶⁹ O Abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional, p. 380.

²⁷⁰ Christophe Jamin, em palestra proferida em Montreal, demonstrou que o sistema contratual francês e canadense é muito próximo, malgrado as diferenças terminológicas: “Le regard que les juristes français et québécois portent sur le droit des contrats serait donc à peu près le même. Notre différence tiendrait au vocabulaire employé. Pour caractériser la montée en puissance d’un principe concurrent de celui de l’autonomie de la volonté, nous userions et peut-être abuserions en France, depuis quelques années, de cette curieuse formule qui fait un peu figure de slogan : le « solidarisme contractuel ». Le Solidarisme Contractuel: en regard franco-québécois, p. 8.

que de alguma maneira formou a base para ulteriores avanços, até hoje motiva estudos extremamente interessantes.²⁷¹ Na leitura de Gustavo Zagrebelski, por ilustração, é apontado um paradoxo, na medida em que, posteriormente à Revolução Francesa, se observou (ou se tenha tentado observar) um sistema jurídico que o absolutismo não conseguiu formatar: o primado de uma fonte única, no caso a lei.²⁷² Ou seja, um modelo tipicamente autoritário tenderia a concentrar a produção do direito em uma fonte, ao passo que um sistema democrático reconheceria distintos meios de produção jurídica.²⁷³ O paradoxo é que a Revolução Francesa tentava justamente combater o autoritarismo do *Ancien Régime*, no qual costume e jurisprudência possuíam algum destaque enquanto fontes do direito.²⁷⁴

Naquele momento histórico, uma das formas encontradas para alcançar a igualdade entre as pessoas foi a tentativa de reduzir o papel do costume e da jurisprudência no sistema jurídico, pois aquele era um símbolo da irracionalidade e do

²⁷¹ Uma medida revolucionária em todos os sentidos foi o dever da Cour de Cassation fundamentar todas as suas decisões. E mais: publicar em livros oficiais todos os seus pronunciamentos. São duas valiosas heranças para a comunidade jurídica dos séculos posteriores. Sobre o tema, é oportuna a observação de Jean-Louis Thireau : “La jurisprudence n’a pourtant pas disparu des sources du droit, et elle a même amorcé à l’époque révolutionnaire l’évolution qui devait conduire à sa forme moderne. Bien qu’hostile, la législation l’a indirectement servie en imposant la motivation des jugements pour mieux vérifier leur soumission à la loi, et en décrétant l’impression et la publication de toutes les décisions du Tribunal de cassation (le Bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation a commencé à paraître en 1798)”. Introduction historique au droit, pp. 284 e 285. 2. ed. Paris: Flammarion, 2003.

²⁷² Il giudice delle leggi artefice del diritto, Editoriale Scientifica, 2007.

²⁷³ É de ser destacado que Miguel Reale, na sua produção acadêmica, nega a doutrina o caráter de fonte de direito, porquanto no seu entender a fonte precisaria necessariamente se desenvolver dentro de uma “estrutura de poder”. Lições Preliminares de Direito, p. 176. Contudo, o autor faz questão de sublinhar o papel relevantíssimo da doutrina no desenrolar da experiência jurídica. Diz o autor: “enquanto as fontes revelam modelos jurídicos que vinculam os comportamentos, a doutrina produz modelos dogmáticos, isto é, esquemas teóricos, cuja finalidade é determinar: a) como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos; b) que é que estes modelos significam; e c) como eles se correlacionam entre si para compor figuras, institutos, sistemas, ou seja, modelos de mais amplo repertório. A bem ver, os modelos doutrinários ou dogmáticos envolvem as fontes de direito desde a emanação das normas, isto é, desde o momento da produção dos modelos jurídicos prescritivos, até o momento de interpretação e aplicação desses modelos, os quais representam o ‘conteúdo significativo’ produzido ou revelado pelas fontes”. Lições Preliminares de Direito, p. 176-177. 27. ed. 9. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁷⁴ A limitação ao aproveitamento do costume e da jurisprudência podem ser entendidos como uma tentativa do Código Civil e de seus apoiadores no sentido de cumprir a sua “missão histórica”, qual seja mudar a sociedade, libertando também o direito em relação a formas de opressão, de acordo com uma tendência “anti-feudal, igualitária e centralizadora”. Franz Wiacker, História do Direito Privado Moderno, p. 391. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

conservadorismo, enquanto ela nada mais seria do que a própria lei pronunciada pelo juiz, conforme os discursos de Robespierre e a doutrina de Montesquieu.²⁷⁵ Na medida em que seriam promulgadas as reformas legislativas, os costumes estariam condenados a desaparecer.

Felizmente, nem a jurisprudência, nem o costume foram abolidos. O que se observa é o diálogo permanente entre estas fontes jurígenas e outras que passaram a ser valorizadas. As mudanças verificadas na sociedade autorizaram o reconhecimento e a aplicação de outras fontes, especialmente a partir do adequado funcionamento do Poder Judiciário, constituído por pessoas que se transformam em juizes por mérito. Novamente, aqui, observa-se um legado importante da Revolução Francesa.

De toda sorte, retornando ao tema objeto de estudo, a pluralidade de fontes é uma das marcas do Código Civil e um traço que o distingue de seu antecessor. Como bem ponderado por Miguel Reale, “ao normativismo legal do Código de 1916, sucede o normativismo plural da atual Lei civil, que abrange tanto os mandamentos estatais do legislador – os quais traçam os horizontes positivos da juridicidade – quanto as decisões dos tribunais, os usos e bons costumes, e, por fim, os negócios jurídicos, como expressão direta das pretensões, dos direitos e deveres das pessoas no seio da sociedade civil”.²⁷⁶ Lembra Miguel Reale que, no Código, “volta-se a dar importância ao Direito consuetudinário, o qual foi banido do Código anterior que atuava somente como um sistema de *normas legais*, por sinal que rigorosas e auto-suficientes, em contraste com o ora vigente, com suas regras genéricas e abertas que permitem ao advogado e ao juiz apreciarem as relações jurídicas “*in concreto*”.²⁷⁷

Muito embora o direito brasileiro esteja se desenvolvendo com a colaboração decisiva do discurso principiológico, não se pode negar a importância, quer do ponto de vista prático, quer sob o ângulo simbólico, dos recentes textos surgidos em nosso direito. É o caso da Constituição Federal, quando aponta para o objetivo de uma

²⁷⁵ A lembrança de Jean-Louis Thireau simboliza o momento é interessante: “Si la loi peut être interprétée, augmentée ou appliquée au gré d’une volonté particulière, affirmait Robespierre, l’homme n’est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l’interprète ou qui l’augmente » ; aussi « ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n’est autre chose que la loi : alors il y a toujours identité de jurisprudence”. Op. cit. p. 283.

²⁷⁶ Um Artigo-Chave do Código Civil, p. 79. In Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: RT, 2003.

²⁷⁷ Um Artigo-Chave do Código Civil, p. 79.

sociedade solidária (art. 3, I²⁷⁸), do atual Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, para citar alguns dos diplomas mais importantes. A sua análise globalizada indica uma nítida tendência, no sentido do reconhecimento do valor da pessoa, no centro do ordenamento e a valorização das instituições jurídicas pelo sua projeção social. Em outras palavras, a promoção das pessoas passa a ser um dos principais alvos do sistema.

Por conseguinte, a consideração de algumas premissas elaboradas pelo saudoso professor Miguel Reale oferece perspectivas e horizontes para os intérpretes, por representarem alternativas para a melhor aplicação do direito. A lembrança dos objetivos da Comissão é mais um útil vetor para o trabalho de interpretação e resolução dos problemas concretos.

Inicialmente, é de se destacar que não houve, por parte da Comissão, o escopo de ignorar os méritos do Código Beviláqua, quanto menos de realizar uma completa ruptura com a tradição histórica do direito nacional. Ao contrário, destacava Miguel Reale que o Código Beviláqua estava incorporado à história, merecendo respeito da Comissão, a qual adotou o critério de “preservar, sempre que possível, as disposições do Código atual, porquanto de certa forma cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas. Há, por conseguinte, todo um saber jurídico acumulado ao longo do tempo, que aconselha a manutenção do válido e eficaz, ainda que em novos termos”.²⁷⁹ Nesse sentido, Gerson Carlos Branco alude à diretriz de “não mudar por mudar e tentar preservar tudo o que se pudesse manter, modificando somente o necessário para a modernização do direito”.²⁸⁰

Entretanto, o profundo respeito com o qual a Comissão tratava o Código anterior, de forma alguma impediu os membros de idealizar alterações em sua estrutura

²⁷⁸ CF, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (...)”. Tampouco se pode olvidar a diretriz de fraternidade exposta no preâmbulo constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

²⁷⁹ Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 10.01.2010.

²⁸⁰ O Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no novo Código Civil, p. 45. In Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

e em seu conteúdo. Nada mais natural, na medida em que a bagagem cultural de um e outro Código é diversa. Nesse sentido, anunciava Miguel Reale, comparando o Código vigente ao de Clóvis Beviláqua, “uma passagem do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade”.²⁸¹

Com base nesse norte, o professor elencou três conhecidos paradigmas que deveriam pautar a elaboração e aplicação das normas: a “eticidade”, a “socialidade” e a “operabilidade”.²⁸² Miguel Reale apontava a importância desses três princípios, ao indicar o art. 113, do Código Civil, como um “artigo-chave”, isto é, uma norma fundante que dá sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas “para todo o sistema”.²⁸³ Para Miguel Reale, nenhum dos artigos do novo Código Civil seria tão rico de consequência como o artigo 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”, pois, “desdobrando essa norma em seus elementos constitutivos, verifica-se que ela consagra a eleição específica dos *negócios jurídicos* como disciplina preferida para regulação genérica das relações sociais, sendo fixadas, desde logo, a *eticidade* de sua hermenêutica, em função da *boa-fé*, bem como a sua *socialidade*, ao se fazer alusão aos “usos do lugar de sua celebração”. Aí estaria desde logo esboçada a incidência dos três princípios (eticidade, socialidade e operabilidade) que presidem à atual Lei Civil.

Esses nortes merecem consideração. Explicava Miguel Reale que “não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitados os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence. Não há, em suma, direitos individuais

²⁸¹ Sentido do Novo Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.05.2010.

²⁸² No breve discurso por ocasião da cerimônia de sanção do novo Código Civil, destacou Miguel Reale o seu apego aos princípios mencionados: “é com a responsabilidade que me advém da longa idade e de aturado estudo que posso assegurar, senhor Presidente, que vai ser sancionada uma Lei Civil que será da maior valia para o País, sobretudo em razão dos princípios de *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade* que presidiram a sua elaboração. Sei que não se trata de trabalho perfeito, tão limitada é a nossa capacidade intelectual em todos os domínios da cultura, mas estou convencido de que as falhas ou omissões porventura existentes são de caráter secundário e de fácil correção. Faço questão de proclamar que os membros da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil” sempre estivemos abertos à recepção de novos aperfeiçoamentos, toda vez que fomos convidados a nos manifestar sobre a discussão do Projeto no seio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Após a aprovação de tantas emendas substitutivas e aditivas, trata-se, a bem ver, de obra transpessoal, fruto das contribuições recebidas de toda a comunidade jurídica brasileira”. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 14.11.2012.

²⁸³ Um artigo-chave do Código Civil, p. 75

absolutos, uma vez que o direito de um acaba onde o de outrem começa”. Pretendeu-se realizar uma “compreensão ético-social do Direito”.

Reconhecia Miguel Reale o “triunfo da socialidade”, no século passado, “fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador. Nosso empenho foi no sentido de situar tais direitos e deveres no contexto da nova sociedade que emergiu de duas guerras universais, bem como da revolução tecnológica e da emancipação plena da mulher. É por isso, por exemplo, que acabei propondo que o "pátrio poder" passasse a denominar-se "poder familiar", exercido em conjunto por ambos os cônjuges em razão do casal e da prole. Em virtude do princípio de socialidade, surgiu também um novo conceito de posse, a posse-trabalho, ou posse *"pro labore"*, em virtude da qual o prazo de usucapião de um imóvel é reduzido, conforme o caso, se os possuidores nele houverem estabelecido a sua morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Por outro lado, foi revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade”.

Já se observa uma mudança na forma de enfocar o fenômeno jurídico, muito semelhante ao discurso solidarista e distinta do modelo anterior. Como referido por Miguel Reale: “basta dizer que Clóvis Beviláqua redigiu seu anteprojeto de Código Civil em fins do século dezenove, quando ainda prevaleciam princípios de marcante individualismo. No caso do Brasil, acrescia o fato de nossa civilização ainda corresponder a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo, ao passo que, hoje em dia, predomina o sentido inverso da vida urbana aberta aos imperativos da socialização do progresso”.²⁸⁴ A mudança de paradigma de um e outro Código é definida por Reale na tentativa daquele em resolver os casos à luz de categorias jurídicas, ao passo que o atual procuraria contemplar valores éticos e sociais,

²⁸⁴ Espírito da nova Lei Civil, 36. Quanto a esta evolução do pensamento jurídico, Clóvis do Couto e Silva destacava que, mesmo com a superação da metodologia da Escola de Exegese, pela Pandectística, “com suas concepções sistemáticas, porém mantida uma inexata compreensão do princípio da separação dos poderes, tudo isso levou a considerar o mundo jurídico como algo fechado, dimensão própria à aplicação do raciocínio axiomático. Os conceitos não perfeitamente definidos – principalmente os de natureza ética como o da boa fé – não foram aplicados, resumindo-se a comentários superficiais e lacônicos, a respeito do seu significado”. O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português, p. 36.

com a funcionalização dos direitos: “não foi mais considerada sem limites a fruição do próprio direito, reconhecendo-se que este deve ser exercido em benefício da pessoa, mas sempre respeitado os fins ético-sociais da comunidade a que o seu titular pertence”.²⁸⁵

O “homem” do Código de 1916 transformou-se em “pessoa”, no Código de 2002.²⁸⁶ Uma “pequena diferença” na aparência, mas que simbolizaria uma profunda mudança na concepção do fenômeno jurídico. Para Miguel Reale, o homem do Código de 1916 era um indivíduo, considerado em suas relações abstratas, passíveis de regular constituição. Esse ser abstrato cede lugar a uma pessoa situada temporalmente no seio da sociedade.²⁸⁷

Na dicção de Eugenio Facchini Neto, o direito busca espelhar a posição socioeconômica das partes envolvidas numa concreta relação jurídica (relação de locação, consumo, arrendamento, parceria rural, etc.), “de sorte que o sujeito abstrato das codificações oitocentistas cede espaço ao sujeito visto em sua concretude, como locatário, consumidor, arrendatário, empregado, percebendo-se que as peculiaridades de

²⁸⁵ Espírito da nova Lei Civil, p. 36 e 37.

²⁸⁶ Como símbolo do reconhecimento do valor da pessoa, “o novo Código Civil começa proclamando a idéia de pessoa e os direitos da personalidade. Não define o que seja pessoa, que é o indivíduo na sua dimensão ética, enquanto *é* e enquanto *deve ser*. A pessoa, como costume dizer, é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico; os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais, como bem soube ver Ives Gandra da Silva Martins”. Miguel Reale. Direitos da Personalidade. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.05.2012.

²⁸⁷ Explica Miguel Reale: “daí a consequência de novo entendimento do que seja “*sujeito de direito*”, não mais concebido como um indivíduo “*in abstracto*”, em uma igualdade formal, mas sim em razão do indivíduo situado concretamente no complexo de suas circunstâncias éticas e sócio-econômicas. Reflexo dessa mudança de perspectiva, é o que se dá nos artigos de abertura do novo Código Civil, onde – ao contrário do código revogado, que declarava “*todo homem*” capaz de direitos e obrigações na ordem civil, o ora em vigor prefere se referir a “*toda pessoa*”, acrescentando que “a personalidade civil da *pessoa* começa do nascimento com vida”. Pequena diferença aparentemente, mas que representa profunda mudança na colocação inicial da vida jurídica, uma vez que a palavra *homem* tem o sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra *pessoa* já indica o ser humano enquanto situado perante os demais componentes da coletividade. Efetivamente, o conceito de pessoa resulta da relação do *eu* com outros *eus*, o que distingue o ser humano de todos os outros animais”. A Constituição e o Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.05.2012.

cada uma dessas situações deve receber um tratamento jurídico próprio, de forma a compensar juridicamente o desequilíbrio econômico que se percebe em tais relações”.²⁸⁸

Essa opção por situar a pessoa em um determinado contexto, oferecendo-lhe ineditismo em sua experiência, pode ser entendida à luz do culturalismo de Miguel Reale, o qual enfoca o direito como uma espécie de experiência cultural, dentro de um universo dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar. Como bem sublinha Judith Martins-Costa, o direito vai se apresentar como uma “síntese ou integração do ser e do dever ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história. Por isso, para o culturalismo, o direito só é compreensível como bem cultural: o momento normativo constitui justamente o momento da concreção de fatos e valores. Essa concreção, que é processual, dinâmica e prospectiva, forma a ‘experiência normativa do direito’, que não pode ser vista de modo formal, como quis o positivismo formalista: tem que estar atada à experiência humana concreta, à experiência de uma determinada sociedade, em determinado momento de sua história”. Lembrando Reale, Judith Martins-Costa considera que o formalismo abstrato, ao ignorar a percepção cultural do direito, é uma perversão.²⁸⁹

Para Miguel Reale, a socialidade atua em todas as relações de direito privado. No direito de família, “é em função dos princípios de socialidade e eticidade que se passou a regular, com novo espírito, a questão de alimentos no seio das entidades familiares”, afinal todos os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Como refere, “não podia ser mais amplo o reconhecimento do direito a alimentos, ‘que devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’, o que significa que o legislador, ao invés de recorrer a critérios quantitativos, preferiu situar a questão em função das circunstâncias sócio-econômicas em que se encontrarem os interessados”.²⁹⁰

²⁸⁸ Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 28. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²⁸⁹ Os Direitos Fundamentais e a Opção Culturalista do novo Código Civil, p. 75. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. In . Org. Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²⁹⁰ Função Social da Família no Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 13.11.2012.

Outras manifestações, indicadas por Miguel Reale, do ideal de socialidade encontram-se no reconhecimento da função social do contrato (art. 421), na proteção do aderente, mediante interpretação mais favorável (art. 422), a valorização da “natureza social da posse”, em detrimento de uma mera qualificação histórica entre os possuidores de boa ou má fé (art. 1.238), a redução do prazo de usucapião rural, quando tornada produtiva a terra pelo trabalho da pessoa (art. 1.239) ou em relação às áreas urbanas inferiores a 250 metros quadrados, para a proteção da família, dentre outras situações novas, como o “caráter revolucionário” do disposto nos parágrafos 4.º e 5.º do art. 1.228, quando admite que o proprietário seja privado da coisa “se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”, mediante a fixação de justa indenização.²⁹¹

Essa diretriz da socialidade lembra uma das premissas do solidarismo: a dívida social de cada sujeito. Já que o homem não pode viver sem a sociedade, ele seria devedor dela, segundo a análise de Moreau de Bellaing.²⁹² É justamente essa postura que motiva críticas ao solidarismo contratual, na medida em que cada magistrado terá ampla margem de atuação para considerar a “dívida social” de cada sujeito. A confirmação ou não dessa ameaça dependerá em grande medida da co-existência de outras doutrinas, fundadas de outros elementos centrais do direito obrigacional, e da própria atividade dos juristas, enquanto críticos da jurisprudência.

A incorporação da eticidade, de seu turno, partia do reconhecimento da insuficiência metodológica do Código Beviláqua, “no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos”.

A Comissão, ao contrário, não acreditava na “geral plenitude da norma jurídica positiva”, e recorreu a critérios ético-jurídicos que permitissem alcançar a

²⁹¹ Exemplos colhidos do artigo: Código Civil: diretrizes na elaboração do anteprojeto. Estadão, edição de 19.08.2001.

²⁹² “L'autre concept central du solidarisme, c'est la dette sociale. L'homme ne pouvant vivre sans la société, dit Bourgeois, il est débiteur envers elle. Il y a dette de l'homme envers ses semblables. Le quasi contrat rétroactivement conclu n'est pas concevable sans la dette sociale qui fonde le rapport quasi contractuel de l'homme (groupe et individu) avec les autres hommes”. Le Solidarisme et ses Commentaires Actuels. Disponível em <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/26/moreaudebellaing.pdf478f34d71f640/moreaudebellaing.pdf>. Acesso em 01.01.2011.

“concreção jurídica”, conferindo maior poder ao Judiciário para encontrar a solução mais justa e equitativa. Quanto à “concretude” ou “concreção jurídica”, Judith Martins Costa aponta que o seu significado é permitir a adequada correspondência dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar. Em outras palavras: “constitui a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado. É dimensão da operabilidade, porque, viabilizando a ‘ética da situação’ pela concreção dos modelos abertos, logra-se a constante alteração do significado e do conteúdo de uma disposição codificada sem alterar a sua letra, evitando, assim, os males da inflação legislativa e da rigidez que, marcando o modelo dos Códigos oitocentistas, ensejaram o seu distanciamento do ‘direito vigente’”.²⁹³

Justificava o professor Miguel Reale que “o que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de ideias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam. Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento. O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*”. Prosseguia, argumentando que “tal reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio de eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores. Como se vê, o novo código abandonou o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que o desenvolvimento dos meios de informação vêm ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade”.²⁹⁴

²⁹³ O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘ética da situação’, p. 122. In Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002. Quanto à ‘ética da situação’, Judith Martins Costa entende que esta expressão indica primariamente “que a noção de sujeito de direitos deve ser percebida em sua essencial pluralidade, englobando o rico e o pobre, o empresário e o desempregado, a grande corporação econômica e os menores de rua, o contratante forte e o débil, o latifundiário e o sem-terra, o consumidor e o fornecedor, enfim, o ser humano e(m) suas circunstâncias, sempre urgentes e concretas. Deve-se considerar, ainda mais, que um mesmo sujeito pode desempenhar e desempenha, concomitantemente, vários papéis sociais. Por isso o apelo, tantas vezes feito na nova Lei Civil, aos ‘usos do lugar’, às ‘circunstâncias do caso’, à ‘natureza da situação’, para permitir ao aplicados do direito descer do plano das abstrações ao terreno por vezes áspero do concreto. Op. cit. p. 123.

²⁹⁴ In Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 26.07.2012.

Provavelmente, o principal reflexo da eticidade é o princípio da boa fé.²⁹⁵ Explicava Miguel Reale que “a vida do Direito não se reduz a uma sucessão de fatos desvinculados dos valores que lhes dão sentido e significado, de cuja correlação dialética emerge a *regula iuris*. Daí a orientação assumida pelos autores do Anteprojeto do Código Civil, sistematizado e publicado em 1972, o qual, devidamente revisto culminou no Projeto de 1975, enviado ao Congresso Nacional, nele já apresentada a eticidade, cuja raiz é a boa-fé, como um dos princípios diretores que o distinguem do individualismo do Código revogado de 1916. O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às *normas ou cláusulas abertas*, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes”.²⁹⁶

Nesse ponto, sabe-se que, mesmo antes do Código Civil, o princípio da boa fé já tinha a sua existência reconhecida no sistema, a despeito da omissão do Código de 1916.²⁹⁷ A doutrina, com os olhos voltados às fontes nacionais e ao direito comparado,

²⁹⁵ Afirmou Miguel Reale que “o princípio de socialidade atua sobre o direito de contratar em complementaridade com o de eticidade, cuja matriz é a boa-fé, a qual permeia todo o novo Código Civil. O ilustre jurista Ministro Almir Pazzianotto Pinto teve o cuidado de verificar que ele alude à boa-fé em nada menos de 53 artigos, recriminando a má-fé em 43”. *Função Social do Contrato*. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 10.05.2012.

²⁹⁶ O Princípio da Boa Fé. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 10.05.2012.

²⁹⁷ Por ilustração, colhem-se as posições de Judith Martins-Costa e Ruy Rosado de Aguiar Junior: “assim, se é indubitado que o ordenamento jurídico brasileiro *continha* o princípio da boa-fé mesmo antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, também é indubitado que, até então – ou até pouco antes, quando a boa-fé objetiva passou a ser *expressa pela dicção jurisdicional* – o princípio tinha entidade somente enquanto *texto* (no art. 131 do Código Comercial) e como *dispositivo inexpresso* (no inteiro ordenamento), mas não como *norma jurídica atuante e produtora de deveres*. O princípio transformou-se em norma viva e atuante como resultado da interpretação que se veio fazendo, pioneira e corajosamente, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para, somente após, alcançar os demais tribunais brasileiros. Por isso, é indevido ‘aplicar a boa-fé’ tal como *hoje é interpretada* para sancionar condutas ocorridas em período histórico no qual se tinha *outra interpretação* da boa-fé, uma interpretação que não alcançava, por exemplo, a ideia segundo a qual a boa-fé produz o dever de informar!” Martins-Costa, Judith. *Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*, p. 288; “Como norma legislada já constava no Código Comercial de 1850 (art. 131) e como princípio estava presente no sistema jurídico nacional, conforme lição do venerando mestre Clóvis do Couto e Silva (*Obrigação como Processo*, p. 30), com reflexo em diversos julgados. Também fizeram outras sedes – aplicação desse princípio, para o tempo pretérito.” Aguiar Junior, Ruy Rosado de. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros, p. 484 e 485. Ambos os artigos encontrados na obra: In Lopes, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

justificava a presença.²⁹⁸ Com amparo na ideia de que a aproximação entre as pessoas (o contato social) provoca a atenção do direito, foram descobertas pela doutrina – e aplicadas pela jurisprudência – novas soluções aos problemas concretamente visualizados na sociedade. Ilustram a utilidade do apelo à boa fé: a necessidade de ocasionalmente ser reparado o prejuízo pré-negocial²⁹⁹, a incumbência do devedor de mitigar os seus prejuízos³⁰⁰, a interpretação do silêncio enquanto manifestação de vontade³⁰¹, recepção de gentleman agreements³⁰², abuso de direito³⁰³, a teoria do

²⁹⁸ Na doutrina nacional, dentre farta bibliografia, merecem destaque: Couto e Silva, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatski, 1976; *O princípio da boa fé no direito português e brasileiro*, p. 55. In *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; Martins-Costa, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. 1. ed. 2 tiragem. São Paulo: RT, 2000. Fradera, Vera. *A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 24, 2003; Pasqualotto, Adalberto. *A boa-fé nas obrigações civis*. In *Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século*. Org. Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

²⁹⁹ Revela-se, portanto, atualíssima a obra de Rudolf von Jhering. *Culpa in Contrahendo ou Indenização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*. Coimbra: Almedina 2008. No plano nacional: Fradera, Vera Maria Jacob de. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino americano, e o americano do norte*. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 136, 1997; Martins-Costa, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Arnaldo Wald*. Coord. Diogo Leite de Campos et alli. Coimbra: Almedina, 2007. Na jurisprudência: AC 598209179, 16ª C.C., TJRS, Rel. Desa. Helena Ruppenthal Cunha, j. 19.08.98; TJRS, AC 70048335574, 10. C.C., Rel. Túlio de Oliveira Martins, j. 19.07.2012.

³⁰⁰ Fradera, Vera Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado diminuir o próprio prejuízo?* In: *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v. 5, n. 19. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; Didier Junior, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. *Revista de Processo*, v. 34, n. 171, p. 35, maio de 2009; REsp 758.518/PR, Rel. Min. Vasco della Giustina, 3. T., j. 17.06.2010. DJe: 01.07.2010.

³⁰¹ Fradera, Vera Maria Jacob. *O valor do silêncio no Código Civil*. In: *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. A autora exemplifica o reconhecimento do valor jurídico do silêncio nos comportamentos sociais e nas relações de consumo “em todos os casos em que isto for útil à pessoa do consumidor”. No Código Civil, sublinha a atribuição de valor ao silêncio em variadas situações, “nem todas relativas ao contrato”: art. 191 relativo à renúncia à prescrição (antigo 161), o art. 1224, perda da posse (522 antigo), art. 1256 § único (548 antigo), art. 1324, condomínio (antigo 640), art. 428, contrato (antigos 1.080 e 1.081), art. 432 (art. 1.085) e art.1089 (Código Comercial), artigo 539 doação (antigo 1.166), artigo 574, locação de coisas (antigo 1.195), 865, gestão de negócios (antigo 1335), art. 766, seguro (antigo 1444), 769 seguro, obrigação de falar, 1805, aceitação da herança (antigo 1581) onde a intenção é o elemento essencial, artigo 1807, prazo ao herdeiro para manifestar-se se aceita a herança, se não o fizer, tem-se como aceita (antigo 1584) artigo 1925, legado (antigo 1693), Direitos facultativos, servidão aparente, 1379 (correspondência parcial em relação ao antigo 698). Na jurisprudência: TJRS, AC 70014038764, 10. C.C., Rel. Paulo Antônio Kretzmann, j. 22.06.2006.

³⁰² Fradera, Vera Maria Jacob de. *A recepção do conceito de gentleman agreement pelo direito brasileiro, uma das transformações do direito das obrigações?* In: Mota, Mauricio, Kloh, Gustavo. *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2011. A autora arrola como exemplos de eficácia jurídica dos gentleman's agreements, no direito brasileiro, a apresentação antecipada de cheque pós-datado e o desrespeito aos acordos firmados no curso de tratativas

adimplemento substancial (*substancial performance*)³⁰⁴, a revalorização do *non venire contra factum proprium*³⁰⁵, a responsabilidade pós-contratual³⁰⁶, etc. Na jurisprudência, permitiu o enriquecimento do vínculo, com o reconhecimento de deveres laterais, como o de informação³⁰⁷, esclarecimento³⁰⁸, proteção³⁰⁹ e vigilância³¹⁰, correção³¹¹, etc.

Todas essas manifestações partem da consideração globalizada do vínculo obrigacional, ou seja, mensuram o direito de um envolvido no plano concreto e não meramente abstrato, com os olhos voltados aos efeitos que o seu exercício projetará nas demais pessoas. Pode se concluir, portanto, que são coerentes com o ideal solidarista de Léon Bourgeois, pela consideração relacional – e não individual – do fenômeno.

Por fim, apontava-se a operabilidade como o terceiro princípio que norteou a elaboração do Código, pois o Direito que não se realiza, repetindo fórmula de Rudolf von Jhering, é como “chama que não aquece, luz que não ilumina”. Ele deveria oferecer

contratuais. Na jurisprudência: TJRS, AC 70013572094, 15. C.C., Rel. Angelo Maraninchi Giannakos, j. 08.03.2006; TJRS, AC 70000241059, 15. C.C., Rel. Ricardo Raupp Ruschel, j. 12/04/2000. Vincenzo Roppo considera que os acordos de cavalheiros situam-se em uma “zona grigia fra giuridico e non giuridico”. De um lado, são estranhos ao jurídico pois não ciram relação jurídica, no sentido da lei, pois não são contratos. Contudo, por outro, se o acordo prevê fins reprováveis, o direito busca impedir a sua atuação. Se o acordo é lícito, embora as partes não sejam titulares de uma relação contratual, merecem proteção pela boa fé, cuja aplicação tem como consequência típica a responsabilidade e a obrigação ressarcitória a cargo daquele que desiluda injustamente as expectativas e a confiança nutridas com base nessa relação que as liga. *Il Contratto*, p. 17. Milano: Giuffrè, 2001.

³⁰³ REsp 250.523, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ: 18.12.2000, p. 203.

³⁰⁴ REsp 272739/MG, STJ, 4. T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior. DJ: 02.04.2001, p.299.

³⁰⁵ Dentre os recentes estudos revalorizando o *non venire contra factum proprium*: Schreiber, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Mota Pinto, Carlos Alberto. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. RTDC, v. 16, out/dez, 2003; Fradera, Vera Maria Jacob de. A vedação de *venire contra factum proprium* e sua relação com os princípios da confiança e da coerência. *Direito e Democracia (ULBRA)*, v. 9, p. 130-134, 2008.

RESP 95539/SP, STJ, 4. T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, RSTJ nº 93, p. 314.

³⁰⁶ AC 70001037597, 9ª C.C., TJRS, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 14.06.2000.

³⁰⁷ AC 70001123645, 6ª C.C., TJRS, Rel. Des. João Pedro Pires Freire, j. 08.05.2002.

³⁰⁸ AI 70000088328, 13ª C.C., TJRS, Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 26.04.2001.

³⁰⁹ REsp 107.211/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, 4. T. DJ: 03.02.1997, p. 740. Ainda sobre os deveres de cuidado e de proteção, há interessante parecer da professora Vera Maria Jacob de Fradera, cujo título é “Locação de Carteiras de Ações”. In *Revista Jurídica Empresarial*, n. 9, pp. 247-259.

³¹⁰ AC 70000441865, 9ª C.C., TJRS, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, j. 25.10.00.

³¹¹ AC 70002660207, 5ª C.C., TJRS, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. 20.12.01.

“normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito”.³¹²

O Código, nessa perspectiva, deveria contemplar normas jurídicas abertas, e não normas cerradas, “para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino ‘estrutura hermenêutica’. Porque, no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa. E é por isso que a doutrina é fundamental, porque ela é aquele modelo dogmático, aquele modelo teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam”.³¹³

Com efeito, a utilização das cláusulas gerais pelo Código Civil introduz uma nova forma de enfocar o fenômeno jurídico e passa a instar o magistrado muitas vezes a atuar como árbitro enfocando as expectativas das pessoas envolvidas naquela relação jurídica que deve ser definida.³¹⁴ Sem esquecer, igualmente, os efeitos que esse litígio pode provocar em outros membros da sociedade.

Se o Código Civil almeja “operabilidade”, soa natural que a Comissão tenha procurado reduzir o excesso de formalismo de algumas das regras antigas. Um dos exemplos mais emblemáticos a este respeito é o testamento. Na legislação anterior, o testamento particular deveria ser redigido de próprio punho, lido na presença de cinco testemunhas e o seu valor dependia da sobrevivência de três delas. O Código Reale reconhece que, “em circunstâncias excepcionais, declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho poderá ser confirmado sem testemunhas, a critério do juiz, o qual poderá também reconhecer a validade do testamento apenas assinado pelo testador,

³¹² Como anunciava Miguel Reale, “nessa ordem de idéias, o primeiro cuidado foi eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do código anterior. Exemplo disso é o relativo à distinção entre prescrição e decadência, tendo sido baldados os esforços no sentido de verificar-se quais eram os casos de uma ou de outra, com graves conseqüências de ordem prática. Para evitar esse inconveniente, resolveu-se enumerar, na Parte Geral, os casos de prescrição, em numerus clausus, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece. Assim é, por exemplo, que após o artigo declarar qual a responsabilidade do construtor de edifícios pela higidez da obra, é estabelecido o prazo de decadência para ser ela exigida. Por outro lado, pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo, distinção entre associação e sociedade. Destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos”. Código Civil: operabilidade, o terceiro princípio fundamental. Estadao, edição de 20.8.01.

³¹³ Citações do texto Visão Geral do Projeto de Código Civil.

³¹⁴ O termo ‘árbitro’ é utilizado por Miguel Reale no artigo Espírito da nova Lei Civil. Clóvis do Couto e Silva considerava que “com a edição de conceitos abertos como o da boa fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos”. Op. cit. p. 39.

se um das três testemunhas exigidas o reconhecer”.³¹⁵ Novamente, é destacado o papel atribuído ao magistrado, dentro de nosso momento histórico em que se reconhece uma divisão de poderes distinta daquela vigente ao tempo de Clóvis Beviláqua.³¹⁶

Essa nova postura dos magistrados, no trato do Código Civil, é também visualizada (e reclamada) pela linha investigativa da constitucionalização do direito. A partir de fronteiras entre o público e o privado “não mais tão nítidas, se o direito constitucional passou a tratar também de aspectos classicamente disciplinados pelo direito privado, enunciando princípios e consagrando valores que se aplicam também às relações entre os particulares – se tudo isso é verdade, como é, então parece claro que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto do litígio (v.g. a absoluta igualdade entre os filhos ou entre os cônjuges, a função social da propriedade, a proteção das uniões sócio-afetivas, a defesa do consumidor) ou que enunciam valores e objetivos que devem orientar toda e qualquer atividade estatal, especialmente a jurisdicional, mas também a atividade privada” (como o fundamento e valor da dignidade da pessoa humana, os valores da liberdade, justiça social e solidariedade, da igualdade também substancial).³¹⁷

Nesse contexto, na medida em que o Direito brasileiro passa a considerar o ideal de socialidade no exercício jurídico, abre-se fora de qualquer dúvida espaço para a consideração das ditas doutrinas solidaristas. Todavia, a sua admissão no sistema (absolutamente legítima), não importa em desconsideração de outras doutrinas igualmente relevantes e que também encontram legitimidade no sistema, como a análise econômica do direito. A existência de uma “forma de pensar o fenômeno” não invalida

³¹⁵ Espírito da nova Lei Civil, p. 38.

³¹⁶ Nesse sentido, o Código Reale entusiasma o papel do juiz na realização do direito, oferecendo base legal para uma atividade já realizada sob a égide do Código anterior, embora em menor escala. Por mérito dos juízes, o século passado registra precedentes que contornaram um formalismo sem sentido em nome da realização das pessoas. Por ilustração: “Testamento particular. Requisito do art. 1645, II, do Código Civil. Não havendo dúvida quanto a autenticidade do documento de última vontade e conhecida, indubitavelmente, no próprio, a vontade do testador, deve prevalecer o testamento particular, que as testemunhas ouviram ler e assinaram uma a uma, na presença do testador, mesmo sem que tivessem elas reunidas, todas, simultaneamente, para aquele fim. Não se deve alimentar a superstição do formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda. Embora as formas testamentárias operem como jus cogens, entretanto a lei da forma está sujeita a interpretação e construção apropriadas as circunstâncias. Recurso conhecido, mas desprovido”. (REsp 1.422/RS, Rel. Min. Gueiros Leite, 3. T., j. 02/10/1990, DJ 04/03/1991, p. 1983)

³¹⁷ Eugênio Facchini Neto. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, p. 45.

a outra, se consideramos que a pluralidade de fontes é uma virtude – e não um defeito – de nosso sistema.

Com base nessas considerações, respondemos que sim, a doutrina do solidarismo pode ser reconhecida no direito brasileiro, a partir da análise de suas diversas fontes. O seu grande mérito é reconhecer as contribuições dadas pelas teorias clássicas e propor a revitalização dos institutos, à luz de uma perspectiva relacional, que considere os efeitos sociais projetados, a partir da definição de relações jurídicas. Entretanto, por mais bela que seja a nomenclatura, não serve o solidarismo para autorizar a aleatória interferência judicial no conteúdo do contrato, uma vez que as próprias fontes, dialogando, condicionam a atividade do juiz.

É correta a análise de Michel Villey, quando estimula a confrontação de exemplos e o choque de opiniões contraditórias, a fim de que o juiz aproxime-se de uma boa sentença, pois cada ponto de vista reflete algum aspecto da realidade. Quando partimos de extremos, procuramos o meio-termo, através de projeções em sentido diverso. Com a consideração da argumentação das pessoas com interesses antagônicos, encontrar-se-ia a via mais razoável. O autor considera que, segundo o pensamento aristotélico, o direito se descobre pela observação da realidade social e pela confrontação dos pontos de vista diversos sobre esta realidade, porque o direito é precisamente este meio termo, a boa proporção das coisas repartidas entre os membros do grupo.³¹⁸ Bem refere François Ost que a instituição de juízes pode representar um “indício suplementar de que a lei jamais se enuncia num vazio”.³¹⁹

De nada adiantaria sufragar apenas uma ou outra teoria abstrata e condicionar a resolução de todas as discussões a esta posição preferida. O sistema seria empobrecido pela redução do leque de opções dadas ao juiz para extrair, no caso, a solução mais justa. Seguindo a linha histórica da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, o novo Código Civil ingressa no sistema para dialogar com as demais fontes do direito nacional.

A doutrina do solidarismo, ao visualizar o fenômeno jurídico dentro de sua correta dimensão relacional, pode contribuir para o atendimento das expectativas sociais

³¹⁸ Le Droit e les droits de l’homme, p. 54.

³¹⁹ Lembra François Ost que “é sobre um fundo de expectativas, de múltiplas formulações prévias, de negociações sobre o seu conteúdo (pois, antes de sentenciar, o juiz deverá ter ouvido as teses opostas dos litigantes), que ela acabará por aparecer”. Contar a Lei, p. 80. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

neste novo século. Uma mirada na jurisprudência brasileira confirma que as sementes lançadas por Christophe Jamin e Denis Mazeaud encontram em nossa terra fertilidade para florescer.

No plano normativo, portanto, admitida está a incorporação da doutrina solidarista, a qual conviverá com outras doutrinas igualmente legítimas.

3. As variadas fontes do dever de indenizar no Código Civil de 2002

Não é fácil apontar se o Código Civil de 2002 ofereceu uma grande evolução em sede de responsabilidade civil. Certamente, não houve uma revolução nessa categoria jurídica, a qual não foi desejada pela Comissão, tampouco era conveniente em nosso sentir, afinal o direito de danos é um ramo que deve contar com o trabalho constante de outras fontes jurídicas, muito especialmente da jurisprudência e da doutrina. A lei, como dito na introdução desta tese, é mais um ponto de partida do que de chegada, ao menos no direito privado de reparação de danos.

É por esta razão que consideramos que o sistema oferecido pelo Código Civil de 2002, embora contenha algumas imprecisões, que podem ser explicadas pelo momento histórico em que elaborado o Projeto e por opção ideológica de seus mentores, mais ajuda do que atrapalha o trabalho da comunidade acadêmica e dos Tribunais. É que ele contém normas abertas, como, por ilustração, os arts. 187, 927, parágrafo único e 944, parágrafo único. São textos que apenas encontrarão o seu sentido normativo com o passar dos anos, a partir do trabalho conjunto dos operadores.

Por tal razão, não procede, em nosso sentir, a crítica de autores, tal como Fernando Noronha, pela qual “temos um Código novo mas que, quanto à responsabilidade civil, nasce velho”.³²⁰ Compete as demais fontes jurídicas ampliar a

³²⁰ Direito das Obrigações, v. 1., p. 549.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Em outra passagem, adiante, o próprio autor reconhece que “e pode até ser que as deficiências dele na matéria de responsabilidade civil,

abordagem do fenômeno da reparação de danos. E este trabalho não é prejudicado ou desestimulado pelo que consta no Código atual. Ao contrário, os conceitos abertos nele trazidos podem ser tidos como um fator motivacional para a atuação dos operadores. Logo, não se trata de hastear a bandeira branca e renunciar a responsabilidade de interpretar o Código Civil com os olhos voltados a realidade.

Após a abordagem dos princípios norteadores do Código Civil, realizada no item anterior, indagaremos acerca da possibilidade de encontrar pontos de contato entre as diversas fontes de responsabilidade civil, a partir de algumas previsões importantes que o diploma contempla. Este é o alvo do presente tópico.

Como bem pondera Eugenio Facchini Neto, “dificilmente haverá no direito civil matéria mais vasta, mais confusa e de mais difícil sistematização do que a responsabilidade civil”.³²¹ Com efeitos, há contratos, quase contratos, delitos, quase delitos e um mosaico de situações das quais pode brotar o dever de indenizar, que não se encaixam com perfeição nas categorias históricas. Tal como a sociedade, é um ordenamento complexo, de forma que é fundamental que o intérprete procure conciliar as diversas previsões nele contidas, evitando a interpretação isolada de um ou outro artigo.³²²

Inicialmente, serão apresentadas as principais fontes do dever de indenizar, cotejando-as com precedentes importantes. Bem analisado o Código Civil, observa-se

sendo quase sempre por omissão, acabem, a longo prazo, por ser benéficas: é preferível ter lacunas na lei do que ter de lutar contra regras inadequadas. As lacunas da lei hão de estimular os juízes, sobre cujos ombros continuará recaindo a tarefa de encontrar as soluções normativas em falta, a criar o direito de que a sociedade carecer. E os dados históricos mostram que as grandes fases de evolução do direito se deram em países que não dispunham de normas estabelecidas em leis e durante situações caracterizadas por grandes mudanças sociais, como foram o Império Romano ao tempo da construção do *jus gentium* (que no final veio a constituir o substrato desse monumento jurídico que foi o Direito Romano) e os países da Confederação Germânica do século XIX, depois unido dentro do Império Alemão, que foram o cadinho imprescindível para o florescimento da Escola Pandectística, a partir de um direito comum, que, por não existir outro, era basicamente o velho direito romano das *Pandectas*”. Op. cit. p. 552.

³²¹ Da Responsabilidade Civil no novo Código Civil, p. 174. In O novo Código Civil e a Constituição. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³²² A este respeito, Eugenio Facchini Neto ressalta que “embora não o diga expressamente, e talvez até mesmo de forma não consciente, a sistematização do legislador revela toda a complexidade do abrangente tema da responsabilidade civil. O art. 186, por exemplo, que deve ser lido conjuntamente com o art. 927, caput, assenta a regra geral da responsabilidade extracontratual subjetiva por fato ilícito. Já o preceito do art. 188 deve ser compreendido à luz do que dispõem os arts. 929 e 930. Da sua conjugação percebe-se a previsão de hipóteses de responsabilidade civil extracontratual por fato lícito. O art. 187, por sua vez, contém importante preceito, aplicável tanto a direitos absolutos quanto relativos, contratuais ou não, direito obrigacionais, reais, de família ou outros. O parágrafo único do art. 927, e arts. 931, 933, além de outros, de forma expressa adotam o princípio da responsabilidade civil objetivo – fora aqueles que implicitamente adotam tal posicionamento, como é o caso, a título meramente exemplificativo, dos arts. 936, 937 e 938”. Op. cit. p. 175.

que existem variadas previsões de reparação de danos e que a histórica norma de responsabilidade civil subjetiva, antes insculpida no art. 159, do Código de 1916, foi transformada em uma combinação do art. 186 e do art. 927, o que indica um novo sentido no sistema do dever de reparar.³²³ Desaparece o papel central imortalizado no art. 159, do Código Civil de 1916, com a fragmentação do dever de indenizar a partir de outras fontes, igualmente importantes. Em outros termos, na mentalidade do Código Civil, a responsabilidade civil subjetiva existe e possui méritos. Contudo, ao lado dela, existem outras formas de imputação.

Não é mera coincidência a correspondência do texto do art. 159, do Código Civil de 1916 com a redação histórica do art. 1.382, do Código Napoleônico. Esta última norma simboliza uma evolução verificada ao longo dos séculos anteriores e que culminou na elaboração de um sistema baseado na culpa como principal fundamento do dever de indenizar. A responsabilidade subjetiva, nesses moldes, seria o penhor da liberdade, pois o agir da pessoa apenas poderia ser censurado quando demonstrada a culpa.³²⁴

A este respeito, Geneviève Viney lembra debates ocorridos na Assembleia e que bem espelham o papel a ser desempenhado pelo art. 1.382, no Code Civil, afinal,

³²³ Como percebe Judith Martins-Costa, “o modelo anterior, do Código de 1916, concentrava no art. 159 os pressupostos e a consequência da responsabilidade subjetiva (dever de indenizar)”, “agora, na Parte Geral, dá-se apenas as condições da ilicitude – um dos pressupostos da responsabilidade civil (art. 186 e 187), cujo conteúdo material é renovado, para ser concretizada a noção de ilicitude a partir de conceitos semanticamente abertos, como ‘conduta contrária à boa fé’, ou ‘ato desviado do fim econômico-social do negócio’, assim se alargando extraordinariamente o campo semântico da ilicitude à vista de determinados valores objeto da tutela do ordenamento jurídico (boa fé, adequação entre o negócio e os meios empregados para a sua concretização e o seu fim econômico-social”. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do Código Civil, p. 80. Ou seja, percebe-se que não houve uma mera reprodução de uma norma histórica, mas sim uma releitura do sistema da ilicitude e de suas relações com o dever de indenizar, abrindo espaço para novas investigações acadêmicas, como a realizada nesta tese.

³²⁴ Como sublinham Denis Mazeaud e Alain Bénabent: “fruit d’une longue évolution, héritée du droit romain et inspirée par Domat et Pothier, les pères naturels du Code civil, l’article 1382 énonce le principe de la responsabilité pour faute qui a irradié notre droit de la responsabilité civile au XIX siècle. Conçue comme une limite à la liberté individuelle, la responsabilité civile, dont la vocation consistait à édicter des normes morales et sociales qui tendaient à prévenir la réalisation de dommages et à sanctionner les comportements générateurs de préjudices, reposait logiquement sur l’idée de faute: la liberté individuelle ne devait fléchir que si une faute de l’auteur du dommage pouvait être démontrée. Pendant près d’un siècle, donc, la faute, à forte coloration religieuse et morale, constituait tout naturellement le filtre de la responsabilité.” Les Grands Articles du Code Civil, p. 118. Paris: Dalloz: 2012.

como lembra Mario Bessone, todo o esquema que se descreve deve ser contextualizado historicamente e circunstanciado para que se torne um “strumento corretto di lavoro.”³²⁵

Segundo o discurso do tribuno Treilhard, acerca dos “engagements qui se forment sans convention”, seriam fundamentados sobre os grandes princípios da moral profundamente arraigados no coração de todos os homens, de fazer aos outros aquilo que nós desejamos que eles façam por nós, nas mesmas circunstâncias, e que nós somos obrigados a reparar os danos que nós lhe causamos. A disposição do art. 1.382, portanto, são apenas consequência, mais ou menos distantes, mas necessárias, dessas “vérités éternelles”.³²⁶

Semelhante era a posição de Bertrand de Greuille, quando reconhecia que todo indivíduo é um garante de suas condutas (“tout individu est garant de son fait”), pois essa é uma das primeiras máximas da sociedade. No seu discurso na Assembleia, afirmou que as disposições de responsabilidade civil extracontratual seriam todas obras da razão, da sabedoria, da equidade natural e conformes aos princípios da mais alta moral (“plus saine morale”), bases essenciais de uma boa e duradoura legislação.³²⁷

Nesse contexto, é compreendido o otimismo de Tarrille, ao discorrer sobre o princípio geral de responsabilidade civil expresso no art. 1.382. A disposição, que oferece uma garantia à conservação das propriedades de todos os gêneros, é cheia de sabedoria. Sempre que um dano seja cometido por culpa de alguém, se nós colocarmos numa balança o interesse do lesado em conjunto com o do homem culpado ou imprudente que o causou, a pronta voz da justiça se eleva e responde que esse dano deve ser reparado. Essa disposição abrangeria, em uma vasta latitude, todos os gêneros de danos e os sujeita a uma reparação uniforme, que tem por medida o valor do prejuízo sofrido. Desde o homicídio até um ligeiro arranhão, desde um incêndio até uma avaria de um móvel: tudo é susceptível de uma apreciação que garante integral indenização à pessoa lesada.³²⁸

³²⁵ Casi e questioni di diritto privato, p. 58.

³²⁶ Trecho colhido na obra de Geneviève Viney. *Traité de Droit Civil, Introduction à la responsabilité*, p. 17. 2. ed. Paris : LGDJ, 1996.

³²⁷ Trecho colhido na obra de Geneviève Viney. *Traité de Droit Civil, Introduction à la responsabilité*, p. 17. 2. ed. Paris : LGDJ, 1996.

³²⁸ Trecho colhido na obra de Geneviève Viney. *Traité de Droit Civil, Introduction à la responsabilité*, p. 17. 2. ed. Paris : LGDJ, 1996.

Dentro desse quadro histórico, que refletia as estruturas sociais e econômicas da França no final do século XVIII, ou seja, um país agrário com intensa atividade artesanal, a doutrina apontava o peso moral do art. 1.382, do Code.³²⁹ Teria sido perdida, após dois séculos de vigência, essa característica? Ou melhor, haveria ainda algum valor jurídico, no Brasil³³⁰?

Em nosso sentir, sim. Com a clareza que lhe peculiar, Carlos Alberto da Mota Pinto vincula a ideia da culpa a seu fundamento na responsabilidade moral, asseverando que ele “traduz-se na aceitação de uma liberdade do homem, de um indeterminismo ao menos relativo na execução das suas condutas. Reconhece-se esse dado primário da observação que é o agir do homem em vista de fins e não como mero mecanismo impelido por uma propulsão causal; aceita-se a verdade do sentimento e do dado da experiência que apontam para a possibilidade de o homem escolher entre os fins a atingir e os meios do seu conseguimento. Daí que o agente se identifique com os resultados do seu actuar, que os assuma, por não ter sido um joguete casual do resultado, preso nas malhas de um férreo determinismo, mas alguém que podia ter agido diversamente.”³³¹ José Joaquim Gomes Canotilho, embora reconheça que o fenômeno da responsabilidade civil é imensamente mais amplo do que a fórmula do ilícito culposo, reconhece que o elemento culpa contribui salutarmente para um efeito preventivo na atuação danosa dos agentes públicos, obrigando-os a precisar as ações que devem ser adotadas e os comportamentos censuráveis que se terão de evitar. Para este autor, a culpa do agente é o melhor critério para delimitar o direito de regresso da Administração, visto que é um “expediente idôneo para soluções materialmente justas

³²⁹ Alguns dados da época, expostos por Eric Hobsbawn, ilustram aquela realidade: em 1760, uma viagem Londres-Glasgow levava entre 10 e 12 dias, a notícia da Revolução levou 13 dias para chegar a Madrid, a média de altura dos soldados da Ligúria na última do século XVIII era inferior a 1,50m, a tiragem padrão dos jornais franceses era de 5.000 exemplares em 1814, o serviço postal de Paris a Estrasburgo tomava 36 horas em 1833, o transporte de mercadorias em solo francês era feito à velocidade média de 40 quilômetros por dia, etc. Já se depreende que “el mundo de 1789 era preponderantemente rural y no puede comprenderse si no nos damos cuenta exacta de este hecho”. La Era de la Revolución, p. 17-19. Buenos Aires: Planeta, 2003.

³³⁰ Igualmente a sociedade era agrária, quando da edição do Código de 1916. Miguel Reale destacava ser constante o objetivo do novo código no sentido de superar o manifesto caráter individualista do Código de 1916, “feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual”. Código Civil: diretrizes na elaboração do anteprojeto. Estadão, edição de 19.8.01.

³³¹ Teoria Geral do Direito Civil, p. 133.

ao possibilitar a conotação do grau de culpa do funcionário em face das dificuldades e necessidades do serviço”.³³² Para o autor, “se a administração tem consciência de que qualquer que seja o seu comportamento deve responder pelas consequências dos seus actos, sem ter de temer um juízo sobre eles mesmos, a sua atenção diminuirá inevitavelmente. Assegurada de uma igual impunidade quanto à sua atitude, como de uma igual responsabilidade quanto aos efeitos que origina, não terá que inquietar-se com as normas que deve respeitar. Não se trata de respeito à legalidade pela legalidade: trata-se de garantir os cidadãos contra abusos que uma extensão generalizada da responsabilidade objectiva não pode evitar”.³³³

Contudo, é nítido que o âmbito de incidência do art. 159, do Código Civil de 1916 se reduziu no século XX. Não há como negar, igualmente, os grandes benefícios introduzidos pela teoria do risco e outras formas objetivas de imputação. A evolução social determinou inúmeras mudanças, porém o art. 186, do Código Civil de 2002, norma que parcialmente remonta ao antigo art. 159, é ainda extremamente utilizado (e por isso importante) para dirimir questões banais de nosso dia-a-dia, como ofensas à honra, litígios que envolvem disputas esportivas, agressões em ambiente escolar³³⁴, agressões verbais³³⁵, atuação de advogados³³⁶, arquitetos³³⁷, dentistas³³⁸, etc. Mesmo os fatos contemporâneos, recentemente incorporados à realidade das pessoas, permitem a

³³² O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos, p. 105. A este respeito, a Constituição Brasileira segue a posição de José Joaquim Gomes Canotilho, ao vincular o direito de regresso da Administração Pública a demonstração de dolo ou culpa do servidor (art. 37, parágrafo 6, de nosso texto constitucional). Ou seja, o particular tem a segurança da reparação, pela via objetiva. Contudo, uma vez satisfeito o crédito, a Administração reembolsar-se, quando demonstrada culpa ou dolo. Em tese, parece ser um sistema equilibrado.

³³³ O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos, p. 337.

³³⁴ TJRS, Ag 70051446821, 10. C.C. Rel. Marcelo Cezar Muller, j. 29.11.2012.

³³⁵ TJRS, AC 70050218411, 5. C.C., Rel. Isabel Dias Almeida, j. 29.08.2012.

³³⁶ TJRS, AC 70047724836, 15. C.C., Rel. Angelo Maraninchi Giannakos, j. 14.11.2012; AC 70043055706, 16. C.C., Rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. 25.10.2012.

³³⁷ TJRS, AC 70049489545, 9. C.C., Rel. Leonel Pires Ohlweiler, j. 12.12.2012.

³³⁸ TJRS, AC 70050800291, 9. C.C., Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 14.11.2012

incidência da histórica fonte delitual, como o bullying, mensagens ofensivas pela internet³³⁹, bem como páginas falsas em redes sociais³⁴⁰, erro médico³⁴¹, etc.

Portanto, quando Geneviève Viney indaga sobre a modernidade da previsão do Code, em especial a do art. 1.382, e responde afirmativamente, o mesmo podemos dizer acerca do irmão brasileiro, o art. 186. Todavia, como dito, a portada universal idealizada por Tarrible, Treilhard e Bertrand de Greuille, foi sensivelmente reduzida, mercê da evolução histórica que se verificou nos dois últimos séculos.

É necessário conjugar a responsabilidade civil tipicamente subjetiva, ainda fundada na culpa, com outros meios de imputação, para dotar o sistema de condições para responder aos anseios da sociedade. Sozinha, nem a culpa, nem o risco, nem qualquer outro meio de imputação, conseguirá oferecer resposta satisfatória a uma sociedade que é solidária, porque orgânica, para lembrar a lição de Durkheim. É nítida a diferença entre as pessoas, que se especializam e se interdependem pelas distintas atividades que realizam. Para atender um mosaico de atores sociais, o sistema precisa de outras formas de imputação.

Por tal razão, soa como uma fonte extremamente rica, no Código Civil, o art. 187, CC, norma que incorpora a teoria do abuso do direito em nosso sistema, porquanto o Código de 1916 era praticamente omissa a este respeito.³⁴² A partir das premissas indicadas no texto, o exercício jurídico passa a se condicionar com os objetivos parâmetros de licitude.³⁴³ Na nossa visão, a norma complementa a imputação subjetiva

³³⁹ TJRS, AC 70051434678, 9. C.C., Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 28.11.2012.

³⁴⁰ TJRS, AC 70039220389, 6. C.C., Rel. Luís Augusto Coelho Braga, j. 16.02.2012.

³⁴¹ REsp 992.821/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4. T., j. 14/08/2012. DJe 27/08/2012; TJRS, AC 70049008360, 10. C.C., Rel. Marcelo Cezar Muller, j. 29/11/2012; TJRS, AC 70049868383, 5. C.C., Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 31/10/2012.

³⁴² No Código de 1916, a lembrança ao abuso do direito se dava através de interpretação *a contrario sensu* do art. 160, cuja aplicação pela jurisprudência era discreta: “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, a fim de remover perigo iminente (arts. 1519 e 1520). Parágrafo único - Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”. Atualmente, o discurso jurídico conta com norma que lhe dá fluidez e consistência: “art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

³⁴³ Qualquer ato será considerado ilícito quando o seu exercício demonstrar manifesta ultrapassagem dos limites impostos pelos fins econômicos, sociais, boa fé ou pelos bons costumes. Essas quatro diretrizes permitem o cotejo, *in concreto*, do comportamento adotado e da conduta devida.

materializada no histórico art. 186, dotando a Parte Geral do Código Civil de uma forma de imputação objetiva³⁴⁴, que decorre de contrariedade ao dever-ser preconizado pelo Direito.³⁴⁵

Adotamos a nomenclatura “abuso do direito” por duas razões. Em primeiro lugar, porque a doutrina de Louis Josserand do início do século passado mostra-se extremamente valiosa para preencher o conteúdo normativo do art. 187 e a adoção dessa designação histórica colabora com a aproximação do pensamento do Doyen da Faculdade de Lyon e Conselheiro da Corte de Cassação francesa, o que é extremamente saudável.³⁴⁶ A segunda razão atende ao princípio da operabilidade. Na nossa visão, fere o princípio da operabilidade, idealizado por Miguel Reale, a utilização de nomenclaturas diversas para expressar fenômenos semelhantes, no mundo do direito. Logo, não há razão prática para se diferenciar o abuso do direito de outras figuras sugeridas pela doutrina, à luz do art. 187.

Como dito, a lembrança da teoria arquitetada por Louis Josserand colabora com a interpretação de nosso art. 187, razão pela qual resgatamos brevemente alguns de

³⁴⁴ Portanto, tendemos a concordar com o enunciado n° 37 da 1ª Jornada de Direito Civil promovida pela Justiça Federal, que reza: “art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

³⁴⁵ Sublinha Judith Martins Costa que “essa ligação entre a ação (ou omissão) e a sua consequência é informada por critérios normativos, sendo o mais corriqueiro, no Direito Civil, o critério da culpa. Porém, ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério da culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios (por exemplo, o critério da confiança; o do risco; etc). Como consequência, admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexos de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda, no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido – como acima se explicitou – como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.” Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa fé, p. 71.

³⁴⁶ Exemplifica a revitalização da teoria do abuso do direito, a tese de doutorado de Bruno Miragem, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, alcançaram-se as seguintes conclusões: “1. A cláusula geral do artigo 187 caracteriza o abuso do direito como nova espécie de ilicitude objetiva no sistema de Direito Privado – um ilícito de proteção da confiança; 2. A cláusula geral do artigo 187 constitui permissivo legal genérico para intervenção do juiz na autonomia privada; 3. Os limites previstos no artigo 187 do Código Civil constituem ao mesmo tempo limite e medida para o exercício dos direitos subjetivos; 4. A cláusula geral do abuso do direito tem uma aplicação transversal não apenas às relações reguladas pelo Código Civil, mas em todo o Direito Privado; 5. A cláusula geral do artigo 187 do Código Civil constitui norma para eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas”. Abuso do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

seus traços fundamentais. Uma frase emblemática, de Voltaire, repetida na introdução de sua obra dá o tom de seu discurso: “un droit porté trop loin devient une injustice”.³⁴⁷

Em nosso sentir, três parágrafos retirados de sua obra-prima simbolizam a sua visão relacional do fenômeno jurídico e a necessidade, sentida em sua época, de revitalizar a ciência do direito, a começar pela necessidade de conectar o homem ao mundo em que vive, pois “não é no espaço interplanetário que o homem faz valer e realiza os seus direitos, mas dentro de um meio social, do qual ele constitui uma das suas incontáveis células, a mais frágil e a mais ínfima; uma engrenagem subalterna encadenada dentro de um mecanismo complexo e formidável, ele deve se comportar em função do meio do qual ele saiu, cada vez que ele exerce um direito, ainda que aparentemente o mais individual e egoísta. É uma prerrogativa social que ele deve utilizar, em conformidade com o espírito da instituição, civilizadamente”.³⁴⁸

Outrossim, a cega obediência da literalidade da lei é enfocada mais como uma forma de perturbar a realização do direito do que propriamente um meio de encontrar a justiça. Os direitos *prima facie* reconhecidos no ordenamento precisam ser temperados, quando de sua aplicação concreta, para o respeito e a fruição dos direitos alheios: “a odiosa máxima ‘*dura lex, sed lex*’ que não parece ser verdadeiramente romana é, em todo caso, completamente falsa enquanto expressão do direito romano da boa época; ela deve ceder posto à seu corretivo e a seu antagonista ‘*summum jus summa injuria*’ e o direito pretoriano, no seu admirável e harmonioso desenvolvimento, constitui a mais brilhante ilustração da marcha triunfal da teoria do abuso”.³⁴⁹

Por fim, a oposição a forma de pensar dos “Direitos do Homem”, enquanto expressão natural, inalienável e sagrada das pessoas, por apartá-las de seus semelhantes

³⁴⁷ De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits, p. 5. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue en 1939).

³⁴⁸ No original: “ce n’est pas dans les espaces interplanétaires qu’il fait valoir et qu’il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l’une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infime; rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il sortit; à chaque fois qu’il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste. C’est encore une prérogative sociale qu’il doit l’utiliser, conformément à l’esprit de l’institution, *civiliter*.” De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits, p. 7. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue em 1939).

³⁴⁹ No original: “L’odieuse maxime << *Dura lex sed* >>, qui ne semble pas être vraiment romaine, est, en tout cas, complètement fautive en tant qu’expression du droit romain de la bonne époque ; elle doit céder le pas à son correctif et à son antagoniste << *summum jus summa injuria*>>, et le droit prétorien, dans son admirable et harmonieux développement, constitue la plus brillante illustration et comme la marche triomphale de la théorie de l’abus.” De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits, p. 4. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue em 1939).

e ensejar uma visão que, em última análise, conduziria ao absolutismo do “direito subjetivo”: Dizia o autor que os ‘Direitos do Homem’, “da famosa Declaração de 1789, ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, ‘direitos naturais e imprescritíveis’, ‘direitos invioláveis’, que se impõem aos poderes públicos, sem exceptuar o Legislativo e o constituinte. Uma concepção assim, que se explica historicamente pelo jogo das relações sociais, devia conduzir ao absolutismo dos direitos subjetivos; por ela, o indivíduo se torna um soberano, armado de prerrogativas intangíveis que ele pode usar discricionariamente: projetando ‘ficticiamente o indivíduo fora do meio social’, a escola do direito natural estava fatalmente simpática a lhe permitir de exercer os seus direitos em qualquer direção, mesmo associal ou anti-social”.³⁵⁰

Louis Josserand imortalizou na história do direito dois precedentes franceses da virada do século XIX : o caso da falsa chaminé, julgado pela Corte de Colmar, em 2 de maio de 1855 ; e o caso Clément-Bayard, apreciado pela Corte de Cassação, em 03.08.1915. Na sua visão, a edificação de uma falsa chaminé destinada a prejudicar o seu vizinho constituiu um exemplo célebre da constatação do abuso de direito, tal qual a instalação de espigões de ferro, com altura de 16 metros, com o escopo de constringer a empresa de manutenção de dirigíveis a adquirir o terreno lindeiro.³⁵¹ Em ambas as hipóteses, os Tribunais não poderiam concordar com a atuação dos proprietários, embora as obras tenham sido realizadas no próprio terreno, uma vez que o seu agir era animado por uma perspectiva anti-social.

³⁵⁰ Escreveu Josserand que « Ce sont les << Droits de l’Homme >>, de la fameuse Déclaration de 1789, << droits naturels, inaliénables et sacrés >>, << droits naturels et imprescriptibles >>, droits << inviolables >> qui s’imposent aux pouvoirs publics, sans en excepter le législatif et le constituant lui-même. Une telle conception, qui s’explique historiquement par le jeu inéluctable des réactions sociales, devait aboutir à l’absolutisme des droits subjectifs ; par elle, l’individu devient un souverain, armé de prérogatives intangibles dont il peut user discrétionnairement, fût-ce à l’encontre de l’Etat : en projetant << fictivement l’individu hors du milieusocial >>, (I) l’école du droit naturel était fatalement amenée à lui permettre d’exercer ses droits dans une quelconque direction, même asociale, même antisociale. ‘ De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits, p. 6. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue em 1939).

³⁵¹ Assim descrito o caso Clément-Bayard (1913): «Attendu qu’il ressort de l’arrêt attaqué que Coquerel a installé sur son terrain attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues ; que le dispositif ne présentait pour l’exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n’avait été érigée que dans l’unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d’ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevé, constituer au sens de l’article 647 du code civil, la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes ; que, dans cette situation des faits, l’arrêt a pu apprécier qu’il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d’une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d’autre part, ordonner l’enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois ». Inteiro teor da decisão disponível em <http://actu.dalloz-etudiant.fr>. Acesso em 06.06.2012.

Com os olhos voltados à realidade atual, a jurisprudência vem aplicando a norma brasileira em litígios envolvendo a liberdade de expressão da imprensa³⁵², abordagens de civis por agentes públicos³⁵³ e por seguranças privados³⁵⁴, denúncias de crimes³⁵⁵, abuso direito de recorrer³⁵⁶ e, inclusive, abuso na concessão de crédito para pessoas endividadas³⁵⁷, dentre outras situações. Como se observa, embora inicialmente a atuação da jurisprudência, na concreção do art. 187, tenha sido tímida, atualmente, com o trabalho conjunto da doutrina, que levanta hipóteses e ampara o raciocínio dos juízes, a nova fonte do dever de indenizar produz reflexos práticos interessantes.

Outra fonte que ocupa lugar de destaque no Código Civil é o art. 927, parágrafo único, quando prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida por uma pessoa ocasione riscos a terceiros. Esta diretriz pode ser tida como um complemento da regra do *caput*, adaptando o direito aos novos tempos, pois, como explica Miguel Reale, não poderia o Código Civil ficar refém de uma imputação nitidamente subjetiva, prevista no *caput*: “é claro que, no quadro de uma compreensão ético-social do Direito, não se concebe mais a teoria da responsabilidade civil com base apenas no elemento subjetivo da culpa, sendo aquela considerada devida, objetivamente, quando a natureza mesma da atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica grandes riscos para quem dela participa”.³⁵⁸ Para Judith Martins-Costa, “é justamente aí, no parágrafo único do art. 927, que está mais fortemente marcada a concepção culturalista. O novo Código Civil institui espécie de cláusula geral de responsabilidade objetiva ao determinar o nascimento do dever de

³⁵² REsp 1237401/PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4. T., j. 21/06/2011, DJe 01/08/2011.

³⁵³ TJRS, AC 70046518262, 10. C.C., Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 29/03/2012.

³⁵⁴ Litígio envolvendo paraplégico e Banco Privado, em face da exigência da empresa de apresentação de laudo médico para liberar a sua entrada na agência: TJRS, AC 70046736138, 9. C.C., Rel. Leonel Pires Ohlweiler, j. 29/02/2012. Demanda promovida por consumidora abordada em caixa de supermercado por suspeita de furto de gelatina: TJRS, AC 70048585533, 9. C.C., Rel. Leonel Pires Ohlweiler, j. 27/06/2012.

³⁵⁵ TJRS, AC 70045577004, 10. C.C., TJRS, Rel. Túlio de Oliveira Martins, j. 16/02/2012; TJRS, AC 70043925502, 10. C.C., Rel. Túlio de Oliveira Martins, j. 16/02/2012.

³⁵⁶ EDcl no AgRg no Ag 1315699/SP, 6. T., Rel. Min. Vasco della Giustina. DJe 13/06/2012; REsp 1249356/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T. DJe 31/08/2011.

³⁵⁷ TJRS, AI 70047212519, 17. C.C., Rel. Liege Puricelli Pires, j. 08/03/2012.

³⁵⁸ Espírito da nova Lei Civil, p. 37.

indenizar, independentemente de culpa, não apenas nos casos especificados em lei, mas também quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.³⁵⁹

Com efeito, uma das normas mais interessantes do Código Civil é o parágrafo único do artigo 927.³⁶⁰ Afirma o *caput* que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O complemento ocorre no inovador parágrafo, quando assevera que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A doutrina, debruçando-se sobre o texto legal, reconhece que a incidência da norma não deve estar limitada às situações de perigo, porquanto o termo risco é mais abrangente.³⁶¹ Sob tal enfoque amplia-se a tutela da vítima, que conta com a responsabilidade objetiva do agente em maior número de casos. Entretanto, a doutrina vem sustentando que não é qualquer atividade que justifica a incidência da norma, afinal em maior ou menor escala toda a ação humana envolve risco.³⁶² Logo, seria necessário

³⁵⁹ Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil, p. 81.

³⁶⁰ Mesmo os autores que não observam grande evolução no direito de danos do Código Civil de 2002, reconhecem o mérito da inovação. Veja-se, a propósito, a lição já lembrada de Fernando Noronha: “temos um Código novo mas que, quanto à responsabilidade civil, nasce velho. Não trouxe regulamentação para algumas situações que eram deixadas ao trabalho criador da jurisprudência (ainda que a lacuna agora seja mais facilmente suprida, com recurso a algumas normas bem amplas que meritoriamente foram incluídas, do tipo geralmente designado por ‘cláusulas gerais’ (e que seriam melhor designadas de normas abertas, elásticas ou flexíveis, por contraposição às normas rígidas tradicionais), das quais é exemplo destacado o art. 927, parágrafo único, parte final) e, por outro lado, em certas matérias consagra soluções que, se eram as prevalecentes nos tribunais em 1975, foram posteriormente superadas (como é o caso da responsabilidade puramente objetiva dos pais pelos atos danosos de seus filhos, que no final do século XX já era coisa do passado e que agora é de novo imposta, for força dos arts. 932, I, e 933). Direito das Obrigações, p. 549, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁶¹ Por ilustração, a posição de Cláudio Bueno de Godoy: “evita-se a redução da abrangência da norma à discussão sobre se a atividade é ou não perigosa por natureza, para admitir a responsabilidade sem culpa de quem desenvolve atividade diversa dos exemplos corriqueiros de perigo (mineração, fornecimento de energia, fabrico de explosivos etc.), portanto atividade não raro comum, a qual, porém, acaba ensejando um risco especial a terceiros. Ainda uma vez conforme exemplificação que se procurará efetivar no capítulo seguinte. Certo então que, tanto quanto o perigo, quando a ele se vincule a norma, o risco induzido pela atividade do agente, mesmo que não essencialmente perigosa, e menos ainda defeituosa, precisa ser diferenciado, especial, particular, destacado, afinal, se toda e qualquer prática organizada de atos em maior ou menor escala o produz”. Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade, p. 113.

³⁶² Nesse sentido: Cláudio Luiz Bueno de Godoy. Op. cit. p. 113; Leonardo de Faria Beraldo. A responsabilidade civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em 18.02.2013; Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Responsabilidade civil e extracontratual:

limitar o aproveitamento da inovação às condutas que efetivamente ocasionem um “risco especial”, isto é, superior à normalidade, mediante dados estatísticos e empíricos. Esta pequena limitação, preservaria a liberdade das pessoas, as quais conseguem desenvolver as suas atividades normais, a despeito do risco oferecido aos demais membros da sociedade.

Serve o artigo também para interpretações mais arrojadas, como a de Roger Silva Aguiar. À luz de sua teoria, que aponta o medo como fundamento da responsabilidade civil³⁶³, o parágrafo único, com sua formatação aberta permitiria a imputação de responsabilidade “àqueles casos nos quais se faça necessário preservar a expectativa da sociedade – não apenas da vítima – por uma existência segura”. Ele reconhece que a sua teoria causa “arrepios naqueles que creem na necessidade de se imporem limites mais claros, por razões econômicas”.³⁶⁴ Na nossa visão, a segurança na aplicação do direito poderia ser alcançada, com a utilização do sistema recursal e a formação de uma jurisprudência sobre o tema. Eventuais desvios na aplicação do art. 927, parágrafo único, poderiam ser corrigidos pelos Tribunais, em grau de recurso.

De toda sorte, a partir dessa nova previsão, a jurisprudência – embora ainda de forma tímida em nossa opinião – passou a apoiar procedência de ações de responsabilidade civil propostas em desfavor de: empresas concessionárias de energia elétrica, pelos danos ocasionados por suas instalações³⁶⁵; de instituições bancárias, em

parâmetros para o enquadramento das atividades perigosas. Revista Forense, v. 296, p. 132. Igualmente, o enunciado 448 da V Jornada de Direito Civil: “a regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência”.

³⁶³ Na original abordagem de Roger Silva Aguiar, o fundamento da responsabilidade civil teria inicialmente derivado da culpa ao risco. E, atualmente, do risco ao “medo”, que seria a melhor justificativa para o fenômeno da responsabilidade civil nesta quadra histórica. Para o autor, todas as pessoas têm medos, vivem na busca de uma segurança plena, de sorte que: “como um bom pai de família, o sistema garante aos seus filhos que, em algo ocorrendo de errado, tudo será feito para garantir que a dor e a perda sejam reparadas da forma a mais imediata possível e que, portanto, não há razão para pânico. Na urgência do agir para conter a disseminação desse sentimento no tecido social, encontra-se a resposta do porquê a cláusula desta espécie de mecanismo responsabilizatório vem, em regra, formulada com elementos abertos: a ansiedade social não se resigna diante de processos legislativos, em regra longos e demorados. Parafraseando um *slogan* do combate à fome no Brasil: quem tem medo, tem pressa”. Responsabilidade Civil: A culpa, o risco e o medo, p. 233. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁶⁴ Op. cit. p. 234.

³⁶⁵ Por ilustração: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS PROPOSTA POR FAMÍLIA DE VÍTIMA DE ACIDENTE FATAL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA.

virtude de danos gerados a partir de fraudes, como o uso de documentos falsos para abertura de conta corrente³⁶⁶; ataque de animais ferozes em espetáculos circenses³⁶⁷, transporte de explosivos³⁶⁸, etc.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 2. Inviável a análise da negativa de vigência a dispositivo legal que não estava em vigor à época dos fatos. 3. Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já se reconhecia a responsabilidade objetiva da empresa concessionária de energia elétrica, em virtude do risco da atividade, com fundamento no art. 37, §6º, da CF/88. 4. O risco da atividade de fornecimento de energia elétrica é altíssimo sendo necessária a manutenção e fiscalização rotineira das instalações. Reconhecida, portanto, a responsabilidade objetiva e o dever de indenizar. 5. Conforme a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, sendo incontroverso o óbito, as despesas com o funeral, são presumidas, de modo que é adequada sua fixação limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária. 6. É inofidável a dependência econômica do descendente em relação ao ascendente e do dever deste de prover a subsistência daquele, sendo, consequentemente, devida reparação por danos materiais ao filho menor. 7. Reconhece-se também que a viúva sofreu prejuízos materiais em decorrência da morte do marido, cuja renda era de fundamental importância para o sustento da família. 8. Diante das peculiaridades do caso, razoável a fixação da compensação por danos morais no valor de 300 salários mínimos a cada um dos recorrentes. 9. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido”. (REsp 1095575/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3. T., j. 20/10/2011, DJe 03/11/2011)

³⁶⁶ “RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido”. (REsp 1199782/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 2. S., j. 24/08/2011, DJe 12/09/2011)

³⁶⁷ Trecho de seu voto: “Ressalte-se que a atividade de apresentação de animais ferozes ao público é reconhecidamente de alto risco. Tanto é que existe um projeto de lei, o PL n. 7.291/2006, em fase de tramitação no Congresso, que proíbe animais em circo. Observe-se que, à exceção do interesse de certos empresários, todos os caminhos levam ao fim do uso de quaisquer espécies animais em espetáculos circenses, que, entre outras razões, visa à integridade física das famílias que vão aos circos e que não devem correr o risco de serem atacadas por animais selvagens, pois tal prática já causou a morte e o ferimento de diversas pessoas. A responsabilidade, decorre do risco da própria atividade, sendo inerente à obrigação de zelar pela guarda dos frequentadores-consumidores, assegurada pelo novo Código Civil, em seus artigos 927, parágrafo único, e 931, que reforçou a garantia da vítima ser indenizada pelo risco gerado por uma atividade normalmente desenvolvida por alguém”. (REsp 1100571/PE, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4. T., j. 07/04/2011, DJe 18/08/2011)

³⁶⁸ Trata-se do Recurso Especial n. 1.067.738, da 3. Turma, Relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. 26.5.2009. Em estudo inédito, sobre a responsabilidade civil dos sites de internet, Fabiano Menke comenta o precedente, para amparar a sua conclusão pela interpretação restritiva do risco da atividade previsto no parágrafo único, do art. 927: “Dessa forma, conclui-se que não se podem considerar razoáveis os posicionamentos que consideram os serviços relativos à aproximação de compradores e vendedores no ambiente da Internet como aptos a satisfazer os requisitos do suporte fático da "atividade" que "por sua natureza implique risco", de que trata o Parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. A interpretação mais adequada do dispositivo é a restritiva, no sentido de considerar como implicadoras de risco somente aquelas atividades que por sua natureza intrínseca tenham essa aptidão.”

Em que pese estes pronunciamentos iniciais, ainda se espera maior utilização prática do instituto, com a sua incidência em grupos de casos ainda não discutidos. A este respeito, verifica-se que, nos últimos anos, os Tribunais Brasileiros foram instados a se pronunciar quanto à aplicação do art. 927, parágrafo único, às páginas de busca na internet, bem como aos provedores de e-mails e serviços de internet.

Um caso bastante polêmico foi julgado pela 3. Turma do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo conhecida apresentadora de televisão e a empresa Google Brasil Internet Ltda (REsp 1.316.921/RJ). A demanda fora promovida pela atriz “objetivando compelir esta última a remover do seu *site* de pesquisas via Internet denominado Google Search os resultados relativos à busca pela “expressão 'xuxa pedófila' ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer”. O caso, como dito pela Ministra Relatora, era atual e de extrema relevância, “dada a indiscutível importância assumida pelos *sites* de pesquisa virtual, tendo em vista, de um lado, o estágio de dependência da sociedade contemporânea frente à Internet e, de outro, a impossibilidade de se conhecer todo o diversificado conteúdo das incontáveis páginas que formam a *web*. De fato, o cotidiano de milhares de pessoas hoje depende de informações que estão na Internet, mas que, por desconhecimento da página específica onde estão inseridas, dificilmente seriam encontradas sem a utilização das ferramentas de pesquisa oferecidas pelos *sites* de busca. Em contrapartida, esses mesmos mecanismos de busca podem ser usados para a localização de páginas com conteúdo ilícito, cada vez mais comuns diante do anonimato que o ambiente virtual propicia”.³⁶⁹ Daí a conveniência de se estabelecer os critérios e os limites da responsabilidade dos *sites* de pesquisa.

³⁶⁹ Dentre as inúmeras questões interessantes à luz do direito, encontra-se a sujeição dos serviços de internet ao Código de Defesa do Consumidor. Acertou, em nosso sentir, o Superior Tribunal de Justiça ao reputar que “o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor”. É que “no caso da Google, é clara a existência do chamado *cross marketing* – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outros. Apesar das pesquisas realizadas via Google Search serem gratuitas, a empresa vende espaços publicitários no *site* bem como preferências na ordem de listagem dos resultados das buscas”. Logo, “há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de Internet, ainda que prestados gratuitamente”.

Para dirimir o caso, a Corte meditou sobre a natureza jurídica do serviço de pesquisa via web, considerando que “a *world wide web* (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na Internet, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (*webpages*). Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da *web*”. Em relação aos sites de busca, “verifica-se a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na *web*, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos *links* das páginas onde a informação pode ser localizada. Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses *sites* não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário”.

Com base nesse contexto, indagou-se a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, a qual foi afastada, sob o fundamento de que a sua responsabilidade civil deveria ficar aos limites da atividade por eles desenvolvida, qual seja prover meios de pesquisa, facilitando o acesso dos usuários às informações desejadas. Teriam essas empresas igualmente o dever de garantir o “sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema”. Contudo, delas não se poderia exigir a filtragem de conteúdo, que é postado por milhões de usuários. Não se trataria, pois, de “atividade intrínseca ao serviço prestado”, de forma que não é

atraída a norma do art. 14 do CDC (serviço defeituoso não caracterizado), nem aquela do art. 927, parágrafo único, do CC02, pois não se poderia considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de pesquisa. Para a Relatora, “o risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”.

Com base nesse contexto, “conclui-se, portanto, ser ilegítima a responsabilização dos provedores de pesquisa pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários”.³⁷⁰ Sopesando os direitos envolvidos, a Corte fez preponderar a livre informação.³⁷¹

Coerente com esse entendimento é a posição, pela qual “o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo enviadas pelo usuário via e-mail não constitui risco inerente à atividade dos provedores de correio eletrônico, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do

³⁷⁰ O voto sugere o caminho de harmonização dos interesses envolvidos da seguinte forma: “ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a conseqüente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa. Ora, se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos *sites* de pesquisa. Não se ignora a evidente dificuldade de assim proceder, diante da existência de inúmeras páginas destinadas à exploração de conteúdo ilícito – sobretudo imagens íntimas, sensuais e/ou pornográficas, como é o caso dos autos – mas isso não justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses *sites*, especialmente porque teria as mesmas dificuldades encontradas por cada interessado individualmente considerado. Com efeito, é notório que nosso atual estágio de avanço tecnológico na área da ciência da computação, notadamente no ramo da inteligência artificial, não permite que computadores detenham a capacidade de raciocínio e pensamento equivalente à do ser humano. Vale dizer, ainda não é possível que computadores reproduzam de forma efetiva faculdades humanas como a criatividade e a emoção. Em síntese, os computadores não conseguem desenvolver raciocínios subjetivos, próprios do ser pensante e a seu íntimo. Sendo assim, não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado *site* possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa. Diante disso, por mais que os provedores de informação possuam sistemas e equipamentos altamente modernos, capazes de processar enorme volume de dados em pouquíssimo tempo, essas ferramentas serão incapazes de identificar conteúdos reputados ilegais. Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor de pesquisa, do conteúdo de cada página a compor a sua base de dados de busca eliminaria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da Internet, que é a disponibilização de dados em tempo real”.

³⁷¹ Discorre a Relatora: “A verdade é que não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. Embora seja possível identificar a existência de páginas ofensivas à pessoa da recorrida, seriam imensuráveis os danos derivados das restrições por ela pretendidas para impedir a facilitação no acesso aos respectivos *sites*, prejuízos esses que atingiriam até mesmo a própria recorrida na divulgação do seu trabalho e construção da sua imagem”.

CC/02”.³⁷² A harmonização dos direitos envolvidos seria encontrada pelo cumprimento do dever da empresa de identificar o responsável pelas postagens, mediante um sistema seguro de diagnóstico de IP.

Em artigo específico sobre o tema, Marcos Rogério de Souza bem apanhou a sua complexidade. Desvendar o anonimato demanda a superação de vários obstáculos, tal como (a) sigilo profissional por parte dos respectivos fornecedores de acesso; (b) utilização de falsa identidade; (c) utilização de um IP (Internet Protocol) falso, técnica designada de spoofing; (d) IP permite apenas identificar o fornecedor de acesso; (e) os registros são automaticamente apagados ao final de algum período, etc.³⁷³ Preocupado,

³⁷² “CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL). FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DAS MENSAGENS ENVIADAS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM OFENSIVA. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. BLOQUEIO DA CONTA. DEVER. IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO. INDICAÇÃO DO PROVEDOR DE ACESSO UTILIZADO. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de correio eletrônico (e-mail) é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois propicia o envio de mensagens aos destinatários indicados pelos usuários, incluindo a possibilidade de anexar arquivos de texto, som e imagem. 4. A fiscalização prévia, pelo provedor de correio eletrônico, do conteúdo das mensagens enviadas por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens encaminhados. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo enviadas pelo usuário via e-mail não constitui risco inerente à atividade dos provedores de correio eletrônico, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 6. Ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor de correio eletrônico agir de forma enérgica, suspendendo a respectiva conta de e-mail, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 7. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de correio eletrônico ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 8. Por mais que se intitule um site de seguro, a Internet sempre estará sujeita à ação de hackers, que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações. Assim, a impossibilidade de identificação da pessoa responsável pelo envio de mensagem ofensiva não caracteriza, necessariamente, defeito na prestação do serviço de provedoria de e-mail, não se podendo tomar por legítima a expectativa da vítima, enquanto consumidora, de que a segurança imputada a esse serviço implicaria a existência de meios de individualizar todos os usuários que diariamente encaminham milhões de e-mails. 9. Mesmo não exigindo ou registrando os dados pessoais dos usuários do Hotmail, a Microsoft mantém um meio suficientemente eficaz de rastreamento desses usuários, que permite localizar o seu provedor de acesso (esse sim com recursos para, em tese, identificar o IP do usuário), medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de correio eletrônico. 10. Recurso especial a que se nega provimento”. (REsp 1300161/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3. T, j. 19/06/2012, DJe 26/06/2012)

³⁷³ Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet, p. 683. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. São Paulo: Atlas, 2013.

com o respeito ao direito de informação, postula que a responsabilidade civil dos provedores de hospedagem pelo conteúdo das informações transmitidas pela Internet seja subjetiva, de sorte que “eles serão responsabilizados não pelo conteúdo das informações e, sim, pela culpa em sentido lato (negligência, imprudência e imperícia); esta responsabilidade surge no exato momento em que, tomando ciência do conteúdo ilícito dos perfis e comunidades, nega-se a retirá-los sem justificativa plausível.”³⁷⁴

Concordamos com a sua posição. Os provedores de conteúdo apenas devem ser demandados judicialmente, quando falharem na retirada tempestiva das informações ofensivas. Isto pressupõe, no mínimo, uma notificação por parte da vítima. Desta forma, melhor se amolda, no quadro das fontes do dever de indenizar, a uma espécie de responsabilidade subjetiva, a ser acionada quando demonstrada a negligência da empresa.

Outro ilícito que vem se tornando frequente no Foro diz respeito às compras pela internet. Em estudo sobre a responsabilidade civil dos sites de comércio eletrônico, o professor Fabiano Menke arrola uma série de situações que podem gerar conflito entre os consumidores e as empresas. Enfoca os critérios que devem guiar o debate quanto à responsabilização de “sites que colocam à disposição dos usuários uma plataforma de encontro para a realização de negócios diretos entre os fornecedores, nos moldes do conhecido site *e-bay*”, sendo o mais conhecido no Brasil o “Mercado Livre”. Um dos problemas recorrentes é a fraude praticada por terceiro, que se passa pelo próprio “Mercado Livre” para lesar clientes. O autor assim denuncia o ilícito: “uma pessoa mal-intencionada conclui negócio no Mercado Livre, por meio do qual adquire produtos de determinado vendedor. Ato contínuo, envia mensagem ao vendedor a partir de endereço eletrônico de e-mail falso, na tentativa de se fazer passar pelo serviço de pagamentos do Mercado Livre, denominado Mercado Pago, realizando uma confirmação de pagamento que na realidade não existiu. O vendedor, iludido pela falsa mensagem, e convencido de que o pagamento foi efetuado, envia as mercadorias mas jamais recebe o dinheiro. A este vendedor, dada a quase impossibilidade de localizar o fraudador, não resta outra alternativa senão a de buscar o ressarcimento de seu prejuízo perante o Mercado Livre”.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de julgar caso análogo, em que reconheceu a responsabilidade da empresa pelo ilícito praticado por

³⁷⁴ Op. cit. p. 695

criminoso³⁷⁵. Houve equiparação entre o serviço prestado pelo Mercado Livre e pelos Bancos. Esta posição foi criticada por Fabiano Menke, na medida em que “as hipóteses são totalmente distintas e não permitem comparação, muito menos analogia. É que o fraudador comparece ao banco fisicamente e apresenta documentos cuja falsidade não é percebida pelo funcionário da instituição financeira. E justamente aí, no erro da identificação e conferência dos documentos, localiza-se o nexa causal com o dano sofrido pelo cliente bancário. Portanto, no denominado "fortuito interno" há um ato praticado pelo banco, no qual um de seus funcionários comete um erro de identificação. Já nos casos em que o próprio fraudador envia mensagem eletrônica que aparenta ser oriunda do site de comércio eletrônico, este último em nada contribui para a ocorrência do dano, pois o e-mail parte de sistema que não é seu”. Fato relevante, para Fabiano Menke, é o fato do Mercado Livre exigir de seus clientes a conferência da autenticidade da mensagem gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador.

É um tema altamente complexo. Da análise que realizamos do acórdão, entendemos que o Superior Tribunal de Justiça considerou insuficiente, para a finalidade de adimplemento do dever de informação, a mensagem constante no site Mercado Livre acerca da necessidade dos clientes inteirarem-se da evolução do negócio em uma parte específica do site, um “ambiente seguro”. Na visão da Relatora, esta informação não foi transmitida de maneira clara, o que facilitou a atuação do criminoso.³⁷⁶ Outrossim, a Relatora se impressionou com “fato de que o Mercado Livre

³⁷⁵ Inteiro teor: “DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO. 1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC. 2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor. 3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido”. REsp 1107024/DF, 4. T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01.12.2011. DJe 14/12/2011.

³⁷⁶ Constatou no voto condutor: “o contrato de gestão de pagamento mencionava tão somente que a empresa intermediadora se compromete a notificar a 'recepção dos valores ao Comprador e ao Vendedor dentro do prazo referido na página MercadoPago no site'; a informação acerca da confirmação do pagamento encontrava-se veiculada no sítio eletrônico da empresa ré e, no entender do acórdão, "apesar de não integrar o contrato, deveria ter sido observada pelo autor porque assim refletiria a sua verdadeira atuação de boa-fé." (e-STJ, fl. 322). É verdade que o autor não seguiu rigorosamente o procedimento sugerido no site quanto à confirmação do depósito, mediante verificação na conta respectiva constante em

tenha optado por apenas contestar a sua responsabilidade, alegando, inclusive, a sua ilegitimidade passiva, mas, no entanto, não tenha cuidado de identificar o suposto fraudador ou mesmo de chamá-lo ao processo, uma vez que é o único detentor do cadastro e, portanto, dos dados utilizados pelo criminoso. Obviamente, não obstante, se os dados cadastrais utilizados pelo estelionatário também são falsos, revela-se certa fragilidade do sistema eletrônico utilizado pelo Mercado Livre, que permite a entrada de pessoas inescrupulosas na comunidade de usuários”. Ou seja, foi a falta de cooperação do Mercado Livre, na identificação do criminoso também foi tida como relevante pelo acórdão.

Todavia, o acerto da jurisprudência, ao evitar a automática responsabilização objetiva das empresas provedoras da internet, pelos danos ocasionados pelos ilícitos cometidos pelos internautas, contrasta com uma posição ainda conservadora em relação aos acidentes de trânsito, a despeito de dados alarmantes.³⁷⁷ Ocorrem, anualmente, trinta e cinco mil óbitos em decorrência e no próprio acidente. A contagem oficial deixa de considerar as vítimas que falecem no hospital ou posteriormente em razão do evento. Os acidentes de trânsito são a principal causa de morte acidental de menores de 15 anos em diversos Estados, como Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Maranhão, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Em amplo estudo realizado pelo IPEA, apurou-se um custo de aproximadamente 3,3 e 1,2 bilhões de reais/ano, em razão de acidentes em rodovias estaduais nos Estados de São Paulo e Paraná, respectivamente.³⁷⁸

página do site, antes de enviar o produto. Mas, por outro lado, igualmente é certo que tal exigência de confirmação da veracidade do *e-mail* recebido em nome do site não constava do contrato de adesão. Igualmente não há dúvida de que o sistema de intermediação não ofereceu a segurança que legitimamente dele se esperava, dando margem à fraude (...) sob essa perspectiva, o descumprimento, pelo consumidor, da aludida providência, a qual sequer consta do contrato de adesão - a conferência da lisura e autenticidade da mensagem recebida -, não é suficiente para eximir o recorrido da responsabilidade pela segurança do sistema por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial por ele explorada”.

³⁷⁷ Nesse sentido, retratando a posição histórica de nossa jurisprudência: “Ação indenizatória. Atropelamento de ciclista em rodovia. Demanda que havia de ser julgada sob a óptica da responsabilidade subjetiva. Ausência de prova da culpa do motorista. Pleito reparatório desacolhida. Apelação improvida.” TJSP, AC 0139744-40.2005.8.26.0000, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 18.08.2011, data de registro: 25.08.2011.

³⁷⁸ Dados obtidos no site www.portaldotransito.com.br. Acesso em 10.11.2011.

Como observado, ao contrário de outros países, a jurisprudência brasileira ainda fundamenta as indenizações com base na responsabilidade subjetiva.³⁷⁹ Joga-se, de regra, todo o ônus da prova à vítima, a qual deve convencer categoricamente o magistrado acerca da culpa do réu.³⁸⁰ Em situações raras, nas quais a injustiça do dano sofrido salta aos olhos do julgador, admite-se nominalmente a presunção de culpa, quem sabe escondendo-se uma posição favorável a responsabilidade objetiva fundada no risco.³⁸¹ Alguns acórdãos, aludindo ao dever objetivo de cautela por parte do motorista, raciocinam com base na responsabilidade objetiva, embora façam menção à responsabilidade extracontratual subjetiva.³⁸²

³⁷⁹ Por ilustração, o sistema português, amparado no art. 503, 1 (acidentes causados por veículos), do Código Civil: “1 . Aquele que tiver a direcção efectiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”. Sobre o tema: Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das Obrigações*, pp. 566-570. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000. Ao motorista, incumbe a exclusão do nexos de causalidade, pela demonstração de “facto do próprio lesado”, “facto de terceiro” ou “causa de força maior”. No mesmo sentido, abordando a responsabilidade civil pelo risco, por acidentes causados por veículos de circulação, Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 135. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

³⁸⁰ “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRETENSÃO RESSARCITÓRIA E INDENIZATÓRIA. ATROPELAMENTO. DEMANDANTE QUE SE DESLOCAVA A CAVALO. ÔNUS DA PROVA. ESCASSA PRODUÇÃO PROBATÓRIA ACERCA DO EVENTO LESIVO. Cuida-se de demanda que versa sobre responsabilidade subjetiva, decorrente de acidente de trânsito, em que o modelo probatório de constatação fática deve ser o da preponderância de provas. Nesse contexto, cabe à parte demandante a demonstração do fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC) - atropelamento no acostamento da via enquanto se deslocava com seu cavalo. Escassa produção probatória por parte do demandante acerca da dinâmica do evento lesivo. Insuficiência da prova testemunhal no caso concreto, o que impede a caracterização da culpabilidade e, por conseguinte, a implementação da responsabilidade civil do demandado. Apelo Improvido”. TJRS, AC 70035229061, 12. C.C., Rel. Judith dos Santos Mottecy, j. 24/06/2010; Em sentido semelhante, exigindo uma “prova cabal”: TJRS, AC 70020467270, 12. C.C., Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, j. 13/12/2007)

³⁸¹ “Acidente de trânsito. Atropelamento. Culpa do Motorista Presumida. Reparação Devida. Dano Material e moral. Indenizações devidas. Sentença de procedência mantida. Apelação não provida”. TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, AC 9141628-77.2007.8.26.0000, Rel. Cristina Zucchi, j. 15.08.2011, data de registro: 25.08.2011.

³⁸² Por ilustração: “Ação de Responsabilidade Civil - Pretensão de ressarcimento pelos danos morais e materiais suportados em razão de atropelamento sofrido pela autora quando atravessava faixa de pedestre. Responsabilidade extracontratual subjetiva. Fato incontroverso. Alegação de culpa exclusiva da vítima. Conjunto probatório que aponta para responsabilidade do motorista que conduzia o veículo sem o necessário dever objetivo de cuidado, atingindo a autora, que atravessava em faixa de pedestre, em local desprovido de semáforo Preferência para o pedestre. Artigos 44 e 70 do Código de Trânsito Brasileiro. Lesões corporais descritas no Laudo de Exame de Corpo Delito. Verbas corretamente fixadas. Modificação do decismum tão somente para condenar o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, com observância do artigo 12 da Lei 1060/50, já que não revogado o benefício da gratuidade de justiça deferido no curso do processo. Provimento parcial da Apelação”. TJRJ, 1. C.C., AC 0064645-17.2009.8.19.0001, Rel. Des. Camilo Ruliere, j. 30.08.2011.

A adoção da responsabilidade objetiva para os acidentes de circulação poderia melhor equilibrar as relações entre pedestres e motoristas, aliviando o peso hoje carregado pelo primeiro. Há um precedente do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria do Min. Herman Benjamin que procurou reler a jurisprudência da Corte, embora tratando de tema de direito público, conjugando a histórica interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal com a nova diretriz do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Tratava-se de um atropelamento causado por uma viatura da guarda municipal.³⁸³ Em nosso sentir, o Relator acertou, ao considerar que a atividade normalmente desenvolvida pela polícia, especialmente na condução de viaturas, gera especial risco aos direitos das pessoas e que, quando ocorre o dano a partir dessa atividade, o raciocínio judicial deveria ser realizado pelos parâmetros da responsabilidade objetiva.

A solução aqui sugerida amplia a proteção da vítima, fora de qualquer dúvida. Contudo, não deixa absolutamente sem tutela o indigitado autor do dano, pois logicamente deverá ser abordada a relação de causalidade. O correto é perquirir, também, a conduta da vítima. Não é novidade na jurisprudência nacional a existência de precedentes reconhecendo a culpa exclusiva da vítima por acidentes, especialmente quando preterida a faixa de segurança³⁸⁴, travessia de pista em local inadequado³⁸⁵, desconsideração de semáforo³⁸⁶, etc.

³⁸³ Íntegra da ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL E MATERIAL. ATROPELAMENTO DE MENOR CAUSADO POR VIATURA DA GUARDA MUNICIPAL. CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E CIVIL. QUANTUM DEBEATUR. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, mormente quando se tratar de risco criado por ato comissivo de seus agentes. 2. A comprovação de dano e autoria basta para fazer incidir as regras dos arts. 37, § 6º, da Constituição, e 927, parágrafo único, do CC. 3. Ainda que o agente estatal tenha sido absolvido na esfera criminal, mesmo sob fundamento de ausência de culpa, entende-se haver total independência com respeito ao juízo cível, salvo as hipóteses previstas em lei. Precedentes do STJ. 4. Em caso de atropelamento de cidadão, por viatura do Estado, que ocasione lesões corporais, deve-se arbitrar o quantum indenizatório com maior parcimônia do que geralmente cogitado para situações mais graves (morte da vítima ou sua redução a estado vegetativo). Precedentes do STJ. 5. Recurso Especial parcialmente provido tão-somente para reduzir o quantum indenizatório por danos morais de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mantendo-se os demais dispositivos do aresto objurgado”. (REsp 1140387/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., j. 13/04/2010, DJe 23/04/2010)

³⁸⁴ Nessa linha: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO POR COLETIVO. ART. 17 DO CDC. INAPLICABILIDADE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CTB, ART. 69, CAPUT. INOBSERVÂNCIA - RESPONSABILIDADE AFASTADA. 1. A equiparação do art. 17 do CDC não se aplica, em princípio, à hipótese de atropelamento causado por ônibus. Para que a empresa de transportes responda nos termos do CDC, é necessária a configuração de defeito na prestação do serviço. 2. No caso em apreço, a prova testemunhal comprova que a vítima agiu com culpa. Face à ausência de qualquer indício de que o acidente tenha sido causado pelo condutor do coletivo, não se pode negar que a recorrente logrou

Na realidade, seria incoerente qualquer juízo condenatório (ou de improcedência) sem a consideração da causalidade. É por essa razão que existem julgados que, inclusive, condenam o pedestre a indenizar o proprietário do veículo, afinal “todos os agentes envolvidos na circulação viária (inclusive os pedestres) estão sujeitos às regras do sistema de trânsito”. Portanto, quando caracterizada a responsabilidade do pedestre pelo acidente, no sistema brasileiro é lógica a sua condenação a reparar o dano causado.³⁸⁷

Tais julgados nada mais fazem do que sopesar a contribuição de uma e outra pessoa para o evento, analisando globalizadamente o acidente, a partir das óticas distintas, próprias das partes envolvidas. O ideal seria que ambos os sujeitos contassem com um seguro de responsabilidade civil ou que o sistema de indenização obrigatória fosse um pouco mais desenvolvido, especialmente em relação à reparação dos danos mais graves. Contudo, enquanto não democratizado o acesso ao seguro e aprimorado o DPVAT, o mínimo que se espera dos Tribunais para temperar o individualismo próprio das visões dos litigantes, seria abordar ambos os lados, para verificar em que medida cada qual tem razão.

Como se observa, há variadas formas de imputação de responsabilidade. Além daquelas acima trabalhadas, há que se identificar outras, cujo papel não é tão destacado, por isso eventualmente passam despercebidas. É o caso das situações nas quais um ato lícito igualmente autoriza a compensação dos danos gerados. Esse é o alvo da segunda parte da tese, na qual se busca evidenciar que o nosso direito admite a compensação de danos oriundos de atos lícitos.

Logo a seguir, o estudo tentará estipular critérios mais seguros para a procedência de ações fundamentadas nessa nova fonte do dever de indenizar e as suas peculiaridades.

demonstrar a culpa da vítima. Esta não tomou as precauções de segurança necessárias para atravessar a via. Ao invés de utilizar-se da faixa de pedestre, preferiu arriscar-se a atravessar a avenida, de mão dupla, logo após o ponto de parada dos ônibus, propiciando a ocorrência do acidente. 3. Recurso provido”. TJSP, AC 0159744-18.2006.8.26.0100, Rel. Des. Artur Marques,. 35ª Câmara de Direito Privado, j. 05.09.2011.

³⁸⁵ TJRS, AC 70040678690, 11. C.C., Rel. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 25/01/2012; TJSP, ED 0091053-13-20058.26.0576, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Carlos Abrão, j. 15.08.2001, data de registro: 16.08.2011.

³⁸⁶ TJRS, AC 70029599727, 12. C.C., Rel. Orlando Heemann Júnior, j. 11/03/2010.

³⁸⁷ TJRS, RC 71002387298, 3. T. Recursal Cível, Rel. Leandro Raul Klippel, j. 26.03.2010.

PARTE SEGUNDA: A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO NO DIREITO BRASILEIRO.

CAPÍTULO 3 - A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO NO CCB/2002

“Poderá parecer, *prima facie*, paradoxal que o direito considere um acto como lícito e imponha ao seu autor a obrigação de indemnizar outrem. Tal situação é, sem dúvida, excepcional, mas não é, de forma alguma, contraditória. Pretende-se em tais casos compensar o sacrifício de um interesse menos valorado na composição de um conflito teleológico, porque uma prevalência absoluta e total do interesse oposto seria injusta”. Carlos Alberto da Mota Pinto. Teoria Geral do Direito Privado, p. 136. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

“Entre actos lícitos e ilícitos, afirma HAAS, existe uma grande diferença qualitativa. O acto lícito é conforme e emanado no interesse da colectividade; o acto ilícito significa sempre uma grave ruptura dos princípios constitucionais, violando sempre o interesse público. Haveria uma falsa evolução do Estado de Direito se numa comunidade fosse indiferente que um facto ou acto estadual viole ou não o direito”. José Joaquim Gomes Canotilho. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos, p. 337. Coimbra: Almedina, 1974.

No presente capítulo, a tese tentará demonstrar que o nosso direito privado, especialmente pela atuação do Código Civil e da jurisprudência, admite em algumas hipóteses a reparação dos danos ocasionados pela prática de atos lícitos. Não se observa, na nossa visão, contradição no plano da justiça comutativa ou distributiva em se admitir a compensação do dano gerado por uma atividade lícita, quando o sacrifício do particular for excessivo, como será observado.

Inicialmente, deve ser observado que existem alguns autores, no Brasil, que não admitem a abordagem deste fenômeno como de responsabilidade civil, uma vez que

condicionam os limites deste ramo às condutas anti-jurídicas. Logo, quando caracterizada a licitude de uma conduta e o reconhecimento do dever de indenizar, teríamos um outro fenômeno, alheio à responsabilidade civil.³⁸⁸

Essas opiniões contrárias merecem respeito. Contudo, com elas não podemos partilhar. No fundo, o que ocorre é uma distinção conceitual. Enquanto para Sérgio Cavalieri Filho e Luiz Roldão de Freitas Gomes, o elemento ilicitude é indissociável do fenômeno da “responsabilidade civil”, Antonio Menezes Cordeiro³⁸⁹, Carlos Alberto da Mota Pinto³⁹⁰, Eugenio Facchini Neto³⁹¹, Carlo Buonauro³⁹², Giovanni Torregrossa³⁹³, dentre outros, admitem que o fundamental na ideia de “responsabilidade civil” é a alocação de danos entre as pessoas, cujo fenômeno admite variadas formas de imputação, entre as quais figura a ilicitude, como a principal, porém não a única. Esta segunda posição é a adotada na tese.³⁹⁴

³⁸⁸ É a posição de Sérgio Cavalieri: “entendemos que a aparente contradição entre o ato praticado em estado de necessidade (ato lícito) e a indenização do dano correspondente decorra da idéia enraizada de que toda e qualquer reparação do dano tem por causa o ato ilícito. Mas isso é um equívoco, porque o ressarcimento pode se dar a título diverso da responsabilidade civil, isto é, sem que o agente tenha violado qualquer dever jurídico. Muitas são as hipóteses em que a lei concede um direito mas condiciona o seu exercício, apesar de legítimo, à reparação dos eventuais prejuízos sofridos por terceiros. Assim, por exemplo, na desapropriação, na servidão e no estado de necessidade. Em casos tais não há, a rigor, que se falar em responsabilidade civil, porque, como já ressaltado, o agente não viola qualquer dever jurídico; antes, pelo contrário, age conforme o Direito. Há, sim, reparação do dano fundada na equidade. Essa idéia de equidade é bem mais expressiva no Código Civil Português, cujo art. 339^a, II, tem a seguinte redação. ‘O autor da destruição ou do dano, é, todavia, obrigado a indenizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o *tribunal pode fixar uma indenização equitativa* e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do ato ou contribuíram para o estado de necessidade’. Programa de Responsabilidade Civil, p. 549. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Cita, em seu apoio, a posição de Luiz Roldão de Freitas Gomes. Curso de Direito Civil, p. 271. Rio de Janeiro: Renovar.

³⁸⁹ Tratado de Direito Civil Português, v. II, t. 3, p. 713. Coimbra: Almedina, 2010.

³⁹⁰ Teoria Geral do Direito Civil, p. 136. 4. ed. Coimbra: Coimbra: 2005.

³⁹¹ Da Responsabilidade Civil no novo Código, p. 194. In O Novo Código Civil e a Constituição. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³⁹² Responsabilità da atto lecito dannoso. Milano: Giuffrè, 2012.

³⁹³ Il Problema della Responsabilità da Atto Lecito. Milano: Giuffrè, 1964.

³⁹⁴ Dentre diversos conceitos que poderiam ser adotados para explicar qual a nossa ideia de responsabilidade civil, escolhemos o de Carlos Alberto da Mota Pinto pela singeleza: “a responsabilidade civil consiste, por conseguinte, na necessidade imposta pela lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão.” Teoria Geral do Direito Civil, p. 128. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. No mesmo sentido, primando pela simplicidade, Geneviève Viney: “l’expression ‘responsabilité civile’ désigne, dans le langage juridique actuel l’ensemble des règles qui

Concordamos integralmente com José Joaquim Gomes Canotilho, quando sublinha que “a natureza espúria, velada ou confessadamente conferida à chamada responsabilidade por actos lícitos radica, com efeito, numa recepção acrítica do dogma hipertrofiante da culpa, originador da eliminação do âmbito da responsabilidade dos casos inintegráveis nos esquemas da Lex Aquilia”.³⁹⁵

À luz dos exemplos que serão apresentados, fica claro que o sistema brasileiro também autoriza a recepção da teoria, que é trabalhada no direito português sob o título de “responsabilidade pelo sacrifício”, com características semelhantes às aquelas que são observadas no nosso ordenamento.

Com efeito, em seu Tratado de Direito Civil Português, Antonio Menezes Cordeiro conceitua o fenómeno da seguinte forma: “há responsabilidade pelo sacrifício sempre que o direito admita como lícita a prática de determinados danos, mas, não obstante, confira ao lesado o direito a uma indemnização. Por isso fala-se também em responsabilidade por actos lícitos. A ideia de base é simples: o direito de acordo com critérios nominalmente informados pelo interesse público exige em certos casos sacrifícios selectivos que envolvem a supressão ou a compressão de direitos privados ou o postergar de interesses seus legitimamente protegidos. Quando tal suceda impõe-se compensar o atingido”.³⁹⁶

As duas diretrizes para a aplicação desse novel instituto seriam a permissão legal para causar um dano, através da inobservância de direitos subjectivos ou de interesses juridicamente tutelados e a imposição de um dever de indenizar.³⁹⁷ Entende o autor que essas permissões são seguramente excepcionais, razão pela qual seria admissível falar em uma “tipicidade de situações de possível imputação pelo

obligent l’auteur d’un dommage causé à autrui à réparer ce préjudice en offrant à la victime une compensation.” *Traité de Droit Civil, Introduction a la Responsabilité*, p. 1. 2. Ed. Paris: LGDJ, 1996.

³⁹⁵ O Problema da Responsabilidade Civil do Estado por Actos Lícitos, p. 12. Coimbra: Almedina.

³⁹⁶ Tratado de Direito Civil Português, v. II, t. 3, p. 713. Em outra passagem, sublinha o autor que “a responsabilidade pelo sacrifício é uma responsabilidade sem ilicitude e sem culpa. Mas daí não se pode inferir que, para o Direito, seja indiferente a ocorrência dos danos a que ela conduza. A Ordem Jurídica pretende, sempre, prevenir os danos. Nessa dimensão, podemos fazer apelo à nossa já conhecida ilicitude imperfeita: ao prever obrigações de indemnizar, a lei visa incentivar os agentes a, pelas vias ao seu alcance, evitarem situações que possam, depois, conduzir à necessidade de provar danos”. *Tratado de Direito Civil Português*, v. II, t. III, p. 719. Lisboa: Almedina, 2010.

³⁹⁷ Op. cit. p. 715.

sacrifício”.³⁹⁸ As previsões legais de sacrifício estariam agrupadas em três blocos: (a) o estado de necessidade; (b) a lesão ao direito de propriedade e (c) ao incumprimento de contratos.

O autor apresenta uma série de situações, nas quais o direito português adota a teoria da responsabilidade civil amparada na prática de um ato lícito. Mirando o Código Civil de seu país arrola alguns exemplos interessantes: (a) o proprietário de um enxame de abelhas tem o direito de persegui-las e capturá-las em prédio alheio, mas será o responsável pelos danos que causar (art. 1.332/1); (b) o proprietário de um prédio onde se mantém obras, instalações ou depósitos de substâncias perigosas ou corrosivas, tem o dever de indenizar os vizinhos pelos danos sofridos, independentemente se lícito ou não (art. 1347/3); (c) o dono tem o direito de fazer escavações, desde que estas não privem os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamentos ou deslocamentos de terra, pois, mesmo que tenham sido tomadas as precauções necessárias, o dever de indenizar é garantido (art. 1348/2); (d) para a lícita reparação de um edifício ou construção, o vizinho é obrigado a consentir com a colocação de andaimes, escadas, objetos análogos, na medida em que possui direito a ser indenizado pelo prejuízo sofrido (art. 1349/3); (e) o dono de árvore ou arbusto tem o direito de colher os frutos na propriedade de seu vizinho, desde que indenize o dano causado na apanha (art. 1367); (f) a lícita limitação voluntária aos direitos de personalidade é sempre revogável, mas implica a obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (art. 81/2); (g) a denúncia do arrendamento pelo senhorio depende do pagamento de um ano da renda convencionada (art. 1.102/1); (h) a revogação do mandato pode gerar o dever de indenizar o mandatário ou o mandante (art. 1.172); (i) o dono de obra pode desistir da empreitada a qualquer tempo, contanto que indenize o empreiteiro dos gastos efetuados e do proveito que poderia ter tido (art. 1.229), etc.³⁹⁹

³⁹⁸ Op. cit. p. 716.

³⁹⁹ Tratado de Direito Civil Português, pp. 716-719. Também enfocando as lícitas compressões do direito de propriedade, João de Matos Antunes Varela justifica que “a ideia que está na base destas situações reguladas no direito privado aflora do mesmo modo em outras situações compreendidas no direito público, como as *expropriações*, cuja disciplina cabe ao direito administrativo. A utilidade pública de certos fins legitima a apropriação coerciva dos bens dos particulares por parte do Estado; mas não justifica que a realização do fim de utilidade pública visado pela apropriação coerciva da coisa se obtenha à custa discriminada de um ou alguns particulares, com preterição do princípio básico da igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos. E, por isso, ao contrário do que sucede no *confisco*, se obriga a entidade expropriante a indemnizar o expropriado pelo prejuízo que sofre com a privação do domínio sobre a coisa (art. 1310º)”. Das Obrigações em Geral, v. 1., p. 716. Observa-se, aqui, uma linha para a

Antes de Antonio Menezes Cordeiro, Carlos Alberto da Mota Pinto já havia diagnosticado “alguns casos contados de responsabilidade por actos lícitos ou intervenções lícitas”, com carácter excepcional. Chamava-lhe a atenção que, ao longo do Código Civil, encontram-se algumas disposições esparsas onde se manifestava tal figura, embora não houvesse “qualquer regulamentação geral”. O autor não reconhecia qualquer paradoxo no fato do direito considerar um ato como lícito e impor ao seu autor a obrigação de indenizar outrem, pois “pretende-se em tais casos compensar o sacrifício de um interesse menos valorado na composição de um conflito teleológico, porque uma prevalência absoluta e total do interesse oposto seria injusta”, ilustrando o seu pensamento com os seguintes exemplos: a responsabilidade emergente de certos casos de estado de necessidade (art. 339.º, n.º 2); de escavações (art. 1348.º, n.º 2); da passagem forçada ou momentânea (art. 1349.º, n.º 3); da apanha de frutos (art. 1367.º); a responsabilidade decorrente da revogação do mandato (art. 1172.º); da desistência do dono da obra na empreitada (art. 1229.º).⁴⁰⁰

É interessante observar que, segundo a pena de Antonio Menezes Cordeiro, o Projeto de Código Civil elaborado por Vaz Serra continha um preceito sobre o tema. Em linhas gerais, era garantida a indenização quando o dano gerado pela atuação lícita fosse “suficientemente grave para merecer ser reparado”. Quanto ao cálculo da indenização, o Projeto adotava uma fórmula vaga, permitindo o seu cálculo “nos termos gerais ou de acordo com a equidade, conforme as circunstâncias do caso ou o que resultar da lei”.⁴⁰¹

Contudo, a norma não chegou a entrar em vigor. Nem mesmo foi aprovada, pois, na segunda revisão ministerial, foi suprimida, sem indicação de motivos,

justificativa da responsabilidade civil, qual seja a recepção da doutrina publicista do fenómeno da expropriação.

⁴⁰⁰ Op. cit. p. 136.

⁴⁰¹ Íntegra do artigo proposto por Vaz Serra: “1. Se, em benefício do um direito ou interesse juridicamente protegido de alguém, se lesar, mediante acto lícito, um direito ou interesse juridicamente protegido de outrem, tem este outro um direito de indemnização contra o beneficiário, desde que os danos sejam suficientemente graves para merecerem ser reparados, salvo se da lei, ao abrigo da qual a lesão se efectuou, resultar, expressa ou tácitamente, que quis excluir o direito de indemnização. 2. A indemnização prevista neste artigo deve ser calculada nos termos gerais ou de acordo com a equidade, conforme as circunstâncias do caso ou o que resultar da lei. 3. Ao crédito de indemnização é aplicável a prescrição do crédito de indemnização por acto lícito. 4. O disposto no presente artigo é aplicável ao Estado e às demais corporações públicas, que, mediante acto lícito, lesem direitos ou interesses juridicamente protegidos de particulares, com ofensa do princípio da igual repartição dos encargos públicos”.

provavelmente pela influência de João de Matos Antunes Varela, que teria preferido deixar o tema para ser disciplinado pela legislação extravagante.⁴⁰²

Um estudo semelhante foi elaborado por Marcello Adriano Mazzola, à luz do *Codice Civile*.⁴⁰³ O autor italiano exemplifica cinco situações, nas quais o dever de indenizar brota de um ato tido como lícito pelo ordenamento. São as seguintes previsões: (a) a captura de abelhas (art. 924⁴⁰⁴); (b) perseguição de animais domesticados (art. 925⁴⁰⁵); (c) a ocupação de boa fé de terreno contíguo (art. 938⁴⁰⁶); (d) as servidões coativas (art. 1032⁴⁰⁷) e a revogação da proposta contratual (art. 1328⁴⁰⁸).

⁴⁰² Esta é a justificativa que se encontra na obra de Antonio Menezes Cordeiro, na p. 715. Na obra de João de Matos Antunes Varela esta “omissão legislativa” é aplaudida, quando se afirma que “em lugar de estabelecer um regime comum aplicável à generalidade das situações deste tipo, a lei preferiu deixar a disciplina de cada uma delas entregue ao seu condicionalismo específico. Elas terão, portanto, o regime que mais lhe convém, de acordo com as normas aplicáveis a cada caso”. Contudo, inexistente menção ao tramitar legislativo pretérito. Das Obrigações em Geral, v. 1, p. 717. 10. ed. Coimbra: Almedina.

⁴⁰³ Responsabilità Civile da Atti Leciti Dannosi, pp. 38-40.

⁴⁰⁴ Art. 924, Codice Civile: “Sciami di api. Il proprietario di sciami di api ha diritto di inseguirli sul fondo altrui, ma deve indennità per il danno cagionato al fondo; se non li ha inseguiti entro due giorni o ha cessato durante due giorni di inseguirli, può prenderli e ritenerli il proprietario del fondo”.

⁴⁰⁵ Art. 925: “Animali mansuefatti. Gli animali mansuefatti possono essere inseguiti dal proprietario del fondo altrui, salvo il diritto del proprietario del fondo, a indennità per il danno. Essi appartengono a chi se ne è impossessato, se non sono reclamati entro venti giorni da quando il proprietario ha avuto conoscenza del luogo dove si trovano”.

⁴⁰⁶ Art. 938: “Occupazione di porzione di fondo attiguo. Se nella costruzione di un edificio si occupa in buona fede una porzione del fondo attiguo, e il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione, l'autorità giudiziaria, tenuto conto delle circostanze, può attribuire al costruttore la proprietà dell'edificio e del suolo occupato. Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni”. Sobre o tema da “accessione invertita”, a Corte de Cassação Italiana, pela sua Segunda Seção (sentença de 27.02.2008, nº 5133), considerou que a boa fé relevante, para efeito de análise da “accessione invertita” consiste no razoável convencimento do construtor de estar edificando no seu próprio solo e de não cometer qualquer usurpação em prejuízo do vizinho. A falta de oposição do lindeiro não é suficiente para demonstrar o estado subjetivo de boa fé do ocupante, o qual depende da perquirição das condições nas quais o construtor tenha obrado, para se demonstrar o convencimento de exercitar um direito próprio.

⁴⁰⁷ Art. 1032. Modi di costituzione. Quando in forza di legge, il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere da parte del proprietario di un altro fondo la costituzione di una servitù, questa, in mancanza di contratto è costituita con sentenza. Può anche essere costituita con atto dell'autorità amministrativa nei casi specialmente determinati dalla legge. La sentenza stabilisce le modalità della servitù e determina l'indennità dovuta. Prima del pagamento dell'indennità il proprietario del fondo servente può opporsi all'esercizio della servitù.

⁴⁰⁸ Art. 1328: “Revoca della proposta e dell'accettazione. La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto. L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione”.

Essas normas, na visão do autor, demonstrariam cabalmente que a concepção tradicional, que vincula a responsabilidade civil à prática de um ilícito, não seriam suficiente e que existem outras fontes do dever de indenizar, como o ato lícito.⁴⁰⁹ Se impõe, portanto, uma “rilettura del sistema”.

O panorama, portanto, é semelhante ao brasileiro. Também aqui o Código Civil não se ocupou em destacar uma norma geral específica quanto à responsabilidade civil decorrente de ato lícito. A solução a ser buscada em nosso solo depende, em grande medida, da análise de situações específicas, previstas na legislação e na jurisprudência, a fim de ser adotada uma teoria sobre o tema.

O Código Civil Brasileiro arrola algumas hipóteses de compensação de danos em decorrência da prática de atos lícitos, o que demonstra a ausência de vinculação necessária entre o dever de indenizar e a ilicitude. No capítulo dedicado ao direito das coisas, há situações em que o Código, a fim de harmonizar as relações jurídicas, recorre à reparação dos danos, sem perquirir a ilicitude do ato. É o caso do art. 1.313⁴¹⁰, quando autoriza o vizinho a adentrar em terreno alheio para resgatar animais, coisas, bem como resolver problemas de limpeza, construção, etc. O ordenamento admite a prática de ato lícito e expressamente salvaguarda a compensação do lesado, na hipótese de ser visualizado dano nesse agir lícito.

A seguir, serão abordados três fenômenos que ocupam a atenção dos Tribunais e estão presentes na doutrina, quais sejam: (a) efeitos da rescisão de mandato; (b) regramento do rompimento de noivados e (c) a disciplina do estado de necessidade.

1. Uma primeira aproximação: a quebra unilateral do mandato.

A premissa de que apenas o ato ilícito ocasiona o dever de indenizar é contestada na dita responsabilidade contratual. Neste primeiro tópico do capítulo, tentaremos visualizar como se operacionaliza o dever de reparar danos a partir de ato

⁴⁰⁹ Op. cit. p. 39-40.

⁴¹⁰ Dispõe o art. 1.313: “O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para: I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório; II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente. § 1o O disposto neste artigo aplica-se aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva. § 2o Na hipótese do inciso II, uma vez entregues as coisas buscadas pelo vizinho, poderá ser impedida a sua entrada no imóvel. § 3o Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento”.

lícito em uma das figuras mais antigas na história do direito: o mandato. Veremos que, eventualmente, a sua estrutura demanda a compensação dos envolvidos diante do prematuro encerramento do vínculo, ainda que por ato lícito.

Quanto a suas origens, costuma-se assinalar que, no período clássico, Roma passou a admitir que o *pater* confiasse a uma pessoa de sua confiança a prática de atos de seu interesse. Esta técnica, contudo, possuía um limite importante: a falta de representação jurídica. Apenas o mandatário se engajaria perante terceiros. Por decorrência, o mandato, em Roma, é um contrato sinalagmático imperfeito, pois só uma das partes encontra-se obrigado: o mandatário.⁴¹¹ Circunstâncias históricas auxiliam a compreensão, afinal, na época antiga, diante do caráter agrícola e rural da economia, cada *pater* conseguia gerir os seus próprios bens.⁴¹²

David Derrousin, na sua interessante obra sobre a história do direito obrigacional, explica o funcionamento da *procuratio omnium bonorum*, na qual um amigo era encarregado de gerir todo o patrimônio, na ausência do *pater*. Surgida no século III, a.c., reflete no mundo jurídico um período de conquistas da República.

Nas décadas seguintes, com a complexidade crescente das relações entabuladas pelos romanos, passa-se a admitir a figura do mandato (a ação de mandato é atestada em 123, a.c., porém certamente existia antes deste momento).⁴¹³ Etimologicamente, o mandato pode ser desmembrado em dois ou três vocábulos latinos (*manum dare* ou de *in manum dare*), traduzindo a ideia de confiança, dar um encargo a alguém em quem se confia, o que explicaria a gratuidade baseada na amizade.⁴¹⁴

⁴¹¹ Op. cit. p. 273.

⁴¹² David Derrousin. *Histoire du Droit des Obligations*, p. 271.

⁴¹³ Com base nesse contexto, David Derrousin irá conceituar o mandato romano, nos seguintes termos: “le contrat de mandat peut être défini comme l’opération par laquelle une personne s’engage gratuitement envers une autre à gérer ses affaires ou à gérer pour elle une affaire déterminée. Le mandant s’appelle dominus ou mandant ; le mandataire, mandatarius ou procurator.” Op. cit. p. 271.

⁴¹⁴ *Contratos*, p. 210. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. Nas Instituições de Justiniano fica clara a dificuldade de admitir um mandato oneroso, porquanto estaria alterada a natureza do negócio: “en fin, el mandato, si no es gratuito, se transforma en otro negocio. En efecto; si se constituye en precio, se hace arrendamiento; y para hablar generalmente, en todos los casos en que la aceptación, sin salario, de un oficio que debe desempeñarse, constituye un contrato de mandato o de depósito, en estos mismos casos hay arrendamientos desde que interviene un precio. Si, pues, alguno da vestidos al batanero para limpiarlos o cuidarlos, o al sastre para repararlos, sin constitución ni promesas de precio, hay acción de mandato”. *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*, p. 223. 2. ed. Trad. M. Ortolán. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

Apenas na Idade Média, passam a ser enfocados os deveres que do contrato surgem ao mandante.⁴¹⁵ Por influência do canonismo, é idealizado o princípio de que o direito deve considerar como agente o mandante, ainda que a ação material tenha sido realizada por outrem (*qui facit per alium est perinde ac si faciat per ipsum*). A intermediação não poderia mascarar o verdadeiro autor. Bartolo di Sassoferrato encarrega-se de divulgar a nova lição no século XIV.⁴¹⁶ Esta enorme evolução de pensamento foi naturalmente lenta, tendo sido reconhecida uma fase intermediária, na qual o pensamento jurídico considerou o mandante engajado perante o terceiro, com o fim de oferecer-lhe uma garantia suplementar (“une garantie supplémentaire offerte aux tiers”). A mudança de paradigma apenas se perfectibiliza no século XVI, com a imortalização do brocardo de Loisel: “assez fait qui fait faire”. Esta lição é aceita pelos autores do direito natural que a tratam de consagrar e difundir nos séculos próximos.⁴¹⁷ Serviu de base para a conceituação atual, na qual uma das partes se obriga a praticar, por conta da outra, atos jurídicos.⁴¹⁸

Deste contrato consensual, que se aperfeiçoa com o acordo⁴¹⁹, brotam deveres para ambos os sujeitos. Em relação ao mandatário, destacam-se: (a) atuar com

⁴¹⁵ David Derrousin. Op. cit. p. 271. Graças à técnica da representação, a obrigação contratada pelo mandatário pesará juridicamente ao mandante.

⁴¹⁶ David Derrousin. Op. cit. p. 277.

⁴¹⁷ David Derrousin. Op. cit. p. 278.

⁴¹⁸ Francesco Galgano, p. 585. Diritto Privato. 14. ed. Padova: CEDAM, 2008. Em que pese a elaboração de conceitos deva partir preferencialmente da doutrina, o art. 653, CCB, arvora-se a conceituar o instituto da seguinte forma: “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”. Como não poderia deixar de ser, o conceito sofre críticas doutrinárias. Por ilustração, Caio Mário da Silva Pereira, analisando o conceito contido no art. 1.288, do Código Revogado, considera prudente que a lei tivesse definido quais “fatos jurídicos” poderiam ser abrangidos pelo mandato, se apenas atos jurídicos ou as demais espécies, assim como reputa insuficiente a relação entre representação e o contrato de mandato sugerido no conceito legal, afinal “a representação é essencial e a sua falta desfigura o contrato para locação de serviços”. Instituições de Direito Civil, v. 3, p. 252. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. À luz das lições de Gaio, David Derrousin explica que, na origem, um mandato oneroso transformaria o mandato na locação de serviços. Op. cit. p. 272.

⁴¹⁹ É justamente o consentimento do mandante que permitirá aos romanos diferenciar o mandato do instituto da gestão de negócios. David Derrousin. Op. cit. p. 276. Na doutrina atual, é indiscutível a sua classificação como um contrato consensual. Vide: Pietro Trimarchi. Istituzioni di Diritto Privato, p. 429. 17. ed. Milano: Giuffrè, 2007; Pereira, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. – Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 253; Wald, Arnoldo. Direito Civil: contratos em espécie, vol. 3. – 18. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 216/217; Rodrigues, Sílvio. Direito Civil, vol. 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. – 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 288; Lôbo, Paulo. Direito Civil: contratos. – São Paulo:

atenção à confiança depositada⁴²⁰; (b) desempenhar a atividade com a máxima diligência, consoante as ordens e as instruções recebidas (art. 677); (c) prestar contas de seu trabalho (art. 668); (d) guardar e conservar a coisa, recebida em nome e por conta do mandante e (e) adimplir pessoalmente o encargo, pelo caráter *intuitu personae*, mormente quando não autorizado o substabelecimento (art. 667).⁴²¹ Frente ao mandante, espera-se o cumprimento pessoal das obrigações contraídas pelo mandatário em seu nome, adimplir a remuneração quando convencionada com o mandatário, reparar os prejuízos sofridos pelo mandatário quando não imputáveis a este, indenizar danos suportados a terceiros pela atuação do mandatário, fornecer meios, inclusive financeiros, para o cumprimento do contrato, bem como reembolsar o mandatário (arts. 675 e 676), dentre outras.⁴²²

Esse histórico do mandato ainda repercute no Código Civil Brasileiro. Veja-se, por ilustração, o art. 658, o qual presume a gratuidade do mandato. Embora a realidade demonstre que a onerosidade está frequentemente associada, especialmente quando celebrado com mandatários que se dedicam a profissão lucrativa, o nosso sistema codificado reconhece o mandato gratuito como regra; o oneroso seria exceção.⁴²³ Talvez fosse conveniente inverter a ordem do artigo, para reconhecer a

Saraiva, 2011, p. 411; Gomes, Orlando. Contratos. – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 348; Franco, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 213; Torrente, Andrea e Schlesinger, Piero. Manuale di Diritto Privato. – Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 689.

⁴²⁰ Cecília Carrara e Sonia Khoudia distinguem a obrigação de fidelidade/fidúcia (“*treupflicht*”), própria dos negócios fiduciários, da obrigação de fidelidade/lealdade (“*loyalitätspflicht*”), comum aos contratos em geral. Referem as autoras: “si parla poi di “*Treupflicht*” (obbligo di fedeltà/fiducia) in riferimento all’obbligazione principale che caratterizza la posizione del fiduciario. Secondo parte della dottrina, anch’essa deriverebbe dal § 242 BGB, secondo altri invece trova una propria giustificazione nella stessa natura del negozio fiduciario, valendo il § 242 BGB a definire solo una obbligazione accessoria del debitore, e mai invece l’obbligazione principale. Oltre che di *Treupflicht*, che è obbligo principale del fiduciario, si parla di *Loyalitätspflicht* (obbligo di fedeltà/lealtà), che è un obbligo di tipo accessorio che può caratterizzare anche altri tipi di contratti. Il termine tedesco “*Vertrauen*”, traducibile in italiano con la parola “fiducia”, ma anche con “confidenza”, “affidamento”, esprime piuttosto lo stato psicologico del fiduciante che ripone fiducia nel fiduciario facendo affidamento su di lui, e che misura quindi lo stato di confidenza fra fiduciante e fiduciario. Alcuni autori ritengono che sia proprio il *Vertrauen* del fiduciante a determinare il sorgere della *Treupflicht* in capo al fiduciario”.

⁴²¹ Logicamente, outros deveres poderiam ser apontados: entregar ao mandante os bens recebidos em face do contrato, responder por perdas e danos, quando a atuação for culposa, etc.

⁴²² Arnaldo Marmitt. Mandato, pp. 193-198. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

⁴²³ Em relação à gratuidade do mandato, prevista no Código Civil, ver: Gomes, Orlando. Contratos. – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 348; Pereira, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. – Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 253; Franco, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 213; Wald, Arnaldo. Direito

onerosidade como regra da prática econômica.⁴²⁴ Aliás, esta é a posição do direito italiano, no qual o mandato é, de regra, “un contratto a titolo oneroso”. Sublinha Francesco Galgano que a remuneração que toca ao mandatário, se não for fixada no contrato e não puder ser encontrada nas tarifas profissionais ou nos usos, será arbitrada pelo juiz (art. 1709). Podem as partes, contudo, pactuar que o mandato seja gratuito.⁴²⁵ De toda sorte, no Brasil, quando ocorre o mandato oneroso, o sistema reconhece o direito de retenção ao mandatário. Pode ele reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, quanto baste para pagamento de tudo que lhe for devido em consequência do mandato (art. 664, CCB).⁴²⁶

O mandato envolve uma relação de confiança. Por tal razão, entende a doutrina que pertence à categoria dos contratos fiduciários.⁴²⁷ Dentre as principais perspectivas enfocadas por essa consideração encontram-se: de um lado, a chamada “Einwirkungsmacht” do fiduciário, ou seja, o poder discricionário acompanhado da faculdade do fiduciário de produzir efeitos jurídicos diretamente na esfera do fiduciante. De outro, a dita “Einflussposition”, isto é, uma faculdade do fiduciário de influenciar,

Civil: contratos em espécie, vol. 3. – 18. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 216/217; Rodrigues, Sílvio. Direito Civil, vol. 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. – 30. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 288; Lôbo, Paulo. Direito Civil: contratos. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 410.

⁴²⁴ A respeito dessa aparente dissociação, Araken de Assis reputa que “é frisante tendência de transformá-lo em negócio oneroso, e, portanto, em contrato bilateral. A realidade expõe a regra da onerosidade, pois o trabalho altruísta constitui exceção, na época atual, afeto a alguns abnegados. Preferiu o legislador, portanto, ignorá-la e divorciar-se da opinião geral. Seja como for, o mandato é indiferente ou incolor a tal elemento”, reconhecendo ainda que “o caráter oneroso pode decorrer de convenção tácita, sugerida pela contratação de alguém em razão de seu ofício ou de sua profissão”. A presunção de onerosidade ocorre em relação aos profissionais que costumam cobrar por seus serviços, como o advogado, o despachante, etc. Contratos Nominados, p. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Igualmente, Orlando Gomes: “na prática, o mandato é ordinariamente oneroso”. Contratos. – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 348.

⁴²⁵ Cf. Francesco Galgano. Diritto Privato, p. 586. 14. ed. Padova: CEDAM, 2008. O próprio título do art. 1709, do *Codice Civile*, é explicativo: “presunzione di onerosità”. Diz a norma: “Il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi; in mancanza è determinata dal giudice”.

⁴²⁶ Na mesma linha, o art. 681, CCB: “o mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu”. Analisando em conjunto os artigos 664 e 681, a Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado n. 184, preconizando que: “da interpretação conjunta desses dispositivos, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se a remuneração ajustada e o reembolso de despesas”.

⁴²⁷ Como anota Orlando Gomes, “o elemento subjetivo da confiança governa o comportamento do mandatário desde a formação do contrato até a sua extinção. Só a alguém em quem se confia se concedem poderes para a prática de negócios jurídicos ou administração de interesses. Estipula-se o contrato em consideração à pessoa do mandatário. É, em suma, contrato intuito personae”. GOMES, Orlando. Contratos. – Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 348

acompanhada de um vínculo de escopo (“Zweckbindung”). Além do elemento subjetivo, qual seja a extrema confiança depositada na contraparte (“investiertes Vertrauen”).⁴²⁸

Por tais razões, parece pacífico, na análise das fontes, a conclusão de que não há sentido em mantê-lo, quando desaparece a confiança que uma parte deposita na outra. Como regra, é mandato é revogável *ad nutum*.⁴²⁹ A revogação é algo natural (lícito), desde que exercida consoante os parâmetros sociais costumeiros, com prudência e com a consideração dos interesses alheios.⁴³⁰ Não soa razoável constranger alguém a adimplir compromisso criado pela atuação alheia, quando ausente a fidúcia. Da mesma forma, agrediria o direito pensar no dever do mandatário atuar em nome alheio, quando não acreditasse nas palavras e no exemplo de vida do mandante.

Ao admitir a sua natureza *intuitu personae*, o Superior Tribunal de Justiça acolheu uma orientação discutível, à luz do art. 682, II, do Código Civil, quando preconiza a morte do mandatário como uma causa extintiva do dever de prestar contas.⁴³¹ Com efeito, tendo em vista a natureza personalíssima do contrato de mandato, discute-se se a obrigação de prestar contas também teria natureza personalíssima. Para o precedente lembrado, somente seria legitimada passivamente na ação de prestação de contas “a pessoa a quem incumbia tal encargo, por lei ou contrato, sendo tal obrigação intransmissível ao espólio do mandatário, que constitui, na verdade, uma ficção jurídica”.

⁴²⁸ Cf. O mandato no direito alemão. Cecilia Carrara e Sonia Khoudja. Publicado na Revista de Direito Empresarial, v. 6., jan./fev. 2009.

⁴²⁹ É uma consequência natural da relação *intuitus personae* formada: “cet intuitus personae et la relation de confiance au couer du mandat expliquent, d’une part, que le mandant a toujours le droit de révoquer le mandat. (...) Il explique, d’autre part, que le mandataire peut toujours renoncer à sa mission, du moins si cette renonciation n’est pas intempestive : le mandataire ne doit pas renoncer trop tardivement et empêcher le mandant de sauvegarder ses intérêts”, pois “formé par le consentement, le mandat peut être révoqué librement en principe”. David Derrousin, Op. cit. p. 272 e 276; Vera Helena de Mello Franco. Contratos: Direito Civil e Empresarial, p. 220. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴³⁰ Nas Instituições de Justiniano, já consta a histórica ligação: “cada cual es libre para renunciar un mandato, pero una vez aceptado, debe el mandatario ejecutarlo, o bien renunciarlo en tiempo oportuno para que el mandante pueda desempeñar por sí mismo el negocio o por otro. Porque si la renuncia no se hace de tal modo que se deje al mandante completa facilidad para desempeñar el mismo negocio, tendrá siempre lugar contra el mandatario la acción de mandato, a menos que justos motivos le hayan impedido renunciar, o renunciar a tiempo”. Instituciones de Justiniano: edición bilingüe, p. 222. 2. ed. Trad. M. Ortolán. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

⁴³¹ REsp 1055819/SP, 3. T. Rel. Min. Massami Uyeda, j 16/03/2010, DJe 07/04/2010.

A leitura de seu voto permite identificar o seu principal argumento: a impossibilidade de obrigar terceiros a prestarem contas relativas a atos de gestão dos quais não fizeram parte. Assim foi redigido o voto, em relação aos fundamentos que amparam a sua conclusão: “na realidade, o mandato é um contrato *intuitu personae*, celebrado em razão da pessoa do mandatário, que recebe poderes do mandante para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses (art. 653 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1288 do Código Civil de 1916). Assim, o mandato possui na fidúcia o seu principal requisito, sendo, pois, contrato personalíssimo por excelência. (...) é certo, ainda, que, o dever de "dar contas" (ou prestar contas) está entre as obrigações do mandatário perante o mandante, previstas nos arts. 667 e 674 do Código Civil de 2002 (correspondentes aos arts. 1300 a 1308 do Código Civil de 1916). De acordo com o art. 668 do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 1301 do Código Civil de 1916): "O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja". Dessa forma, sendo o dever de prestar contas uma das obrigações do mandatário perante o mandante e tendo em vista a natureza personalíssima do contrato de mandato, por consectário lógico, a obrigação de prestar contas assumida pelo mandatário também tem natureza personalíssima, de modo que somente é legitimada passiva na ação de prestação de contas a pessoa a quem incumbia tal encargo, por lei ou contrato, sendo tal obrigação intransmissível ao espólio do mandatário. Referido entendimento fundamenta-se na impossibilidade de obrigar-se terceiros a prestarem contas relativas a atos de gestão dos quais não fizeram parte”. Há, contudo, posição doutrinária em sentido contrário.⁴³²

Embora em uma primeira leitura tenhamos considerado equivocada a decisão tomada pela Corte, analisando o tema com mais calma concluímos que ela é adequada para a maioria dos casos. O mandatário foi eleito livremente pelo mandante. Não há como se exigir dos herdeiros, que absolutamente nenhum contato tiveram com o

⁴³² Em sentido contrário, Gustavo Tepedino: “embora o exercício do mandato, por ser essencialmente *intuitu personae*, seja intransmissível *causa mortis*, a obrigação de prestar contas transmite-se aos seus herdeiros e demais sucessores, assim como também são transferidos o direito de exigir a prestação de contas e o direito de obter as vantagens decorrentes do mandato. Tal entendimento assegura efetividade à prestação de contas”. Comentários ao Novo Código Civil, v. X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 116. Registre-se, por lealdade acadêmica, que a presente lição doutrinária foi extraída do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do Recurso Especial n. 1055819/SP.

constituente, prestar contas da atividade alheia, que era personalíssima. Por decorrência, na hipótese de decesso do mandatário, encerra-se o contrato e também os deveres que antes lhe incumbiam.

É interessante indagar, contudo, se o fenômeno inverso – qual seja a morte do mandante – geraria consequências semelhantes, de sorte a isentar o mandatário de prestar contas aos herdeiros daquele. A mesma Corte, por idêntico órgão fracionário, considerou transmissível a legitimidade ativa para exigir contas. Ou seja, a morte do mandante não é óbice para o reconhecimento judicial do dever de prestar contas do mandatário, pois os seus herdeiros ostentariam legitimidade ativa para a propositura da ação.⁴³³ O voto transcreve lição de Francisco Pontes de Miranda pela transmissibilidade do direito de exigir contas.⁴³⁴

Após analisar os acórdãos e os fundamentos que animaram os votos dos relatores, não visualizamos incoerência nas posições adotadas. Com efeito, se vem a faltar o mandatário, os seus herdeiros não ostentam legitimidade para figurar como réus, pois estariam sendo constrangidos a prestar contas por atos alheios, em violação à natureza *intuitu personae* deste tipo contratual. Contudo, quando falece o mandante, os seus herdeiros demandam o próprio mandatário, o qual tem plenas condições de lhes cientificar acerca do cumprimento da missão outorgada. Não há, portanto, contradição lógica, pois ambos os precedentes trilham o raciocínio pelo qual a parte (e não o terceiro) deve prestar contas relativas aos atos de gestão.

O Código Civil anuncia algumas hipóteses de extinção do mandato.⁴³⁵ As causas mais frequentes são a conclusão do negócio, revogação, a renúncia, a morte, interdição ou mudança do estado de uma das partes e a extinção do prazo.

Uma polêmica norma do Código Civil é encontrada no art. 683, o qual afirma que “quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará perdas e danos”. A sua interpretação literal deve ser afastada, pois, em

⁴³³ REsp 1122589/MG, 3. T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe: 19/04/2012.

⁴³⁴ Tratado de direito privado, Tomo XLIII. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 85.

⁴³⁵ Por exemplo, art. 682: “Cessa o mandato: I - pela revogação ou pela renúncia; II - pela morte ou interdição de uma das partes; III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer; IV - pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio.” Art. 682 Cessa o mandato: I - pela revogação ou pela renúncia; II - pela morte ou interdição de uma das partes; III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer; IV - pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio. Em geral, a doutrina considera que o rol é exemplificativo. Nesse sentido, Araken de Assis, op. cit. p. 110.

primeiro lugar, o intérprete deve perquirir a natureza do negócio jurídico, sob pena de comprometer a sua utilidade para as partes e a própria função social desempenhada. Deve a norma, portanto, ser aplicada apenas nas relações em que se mostre justificada e coerente com o sistema, afinal o mandato nasce de uma relação de confiança e, quando esta é abalada, não há sentido em mantê-lo. Mandato sem confiança é uma pessoa sem alma. Como pondera Araken de Assis, “é inconcebível, realmente, que ao outorgante, cessada a confiança no procurador, seja vedado reassumir o mando dos seus interesses, os únicos tutelados na situação”.⁴³⁶

Concorda com essa conclusão Cesare Massimo Bianca, quando afirma que a irrevogabilidade da procuração conferida no exclusivo interesse do representado seria “*priva di causa e come tale nulla*”, afinal essa irrevogabilidade se traduziria na constituição de uma autoridade privada contrária ao princípio da igualdade recíproca. Por tal razão, a lei italiana prevê a ineficácia da irrevogabilidade pactuada no mandato, resguardando o direito do causídico auferir a remuneração convencionada (art. 1723).⁴³⁷

⁴³⁶ Op. cit. p. 120. Prossegue o professor Araken de Assis: “às vezes, a outorga não visa somente os interesses do mandante, contemplando, por igual, os do mandatário e os do terceiro. Nesta contingência, revela-se compreensível que o mandatário se forre à iniciativa unilateral do mandante, seja no interesse próprio, seja para desempenhar a incumbência diligentemente perante o terceiro, continuando executor do programa contratual até sua consumação. É o caso do mandato *in rem suam* (art. 685), do mandato outorgado como condição de um negócio bilateral (art. 684), para confirmar negócio já iniciado ou cumprir obrigação do próprio mandante (art. 686, parágrafo único). Nesses casos, torna-se lícita a cláusula de irrevogabilidade (art. 683), ou seja, a renúncia pelo mandante à prerrogativa constante do art. 682, I, primeira parte, que lhe possibilita pôr fim ao mandato. Na verdade, naqueles casos não há sequer a necessidade de estipulação expressa, pois a irrevogabilidade decorre da natureza do negócio, embora seja lícito aos contratantes reforçá-la com a respectiva cláusula”. Op. cit. p. 121.

⁴³⁷ É coerente a explicação de Cesare Massimo Bianca: “La revocabilità della procura trova fondamento nel principio generale della revocabilità dei poteri concessi dal soggetto nel proprio interesse. Alla procura, come si è visto, si accompagna di regola un contratto col quale il rappresentante si obbliga a svolgere un’attività di gestione nell’interesse del rappresentato. Anche tale contratto deve considerarsi risolubile unilateralmente se esso è concluso nell’esclusivo interesse del rappresentato. Al riguardo si noti come la legge preveda espressamente la revocabilità del mandato, pur essendo questo un contratto (1723 cc). La revocabilità del mandato risponde alla stessa idea di fondo della revocabilità della procura, e cioè che una posizione (di potere o di obbligo) costituita nell’esclusivo interesse di un soggetto, è rimessa alla disponibilità dell’interessato. La procura speciale può tuttavia essere irrevocabile. La prima ipotesi è quella in cui il potere rappresentativo è conferito anche nell’interesse del rappresentante o di terzi (es.: procura conferita al creditore per vendere un bene del rappresentato e soddisfarsi sul ricavato). Tale limite alla revocabilità della procura può argomentarsi in via analogica dalla disciplina del mandato e si giustifica nel rilievo che la revoca verrebbe a ledere un diritto del rappresentante ovvero un diritto del terzo. In tali casi la procura può tuttavia essere revocata se sussiste una giusta causa o se ne è stata prevista la revocabilità”. *Diritto Civile*, v. 3, *Il Contratto*, pp. 103 e 104. Giuffrè, Milano, 2000.

Portanto, mesmo existindo cláusula de irrevogabilidade na procuração outorgada, o mandato judicial deve ser desfeito quando desaparece a confiança.⁴³⁸ Ademais, esta cláusula de irrevogabilidade parece vocacionada para atuar nos chamados “mandatos em causa própria”, relação jurídica em que o mandante transfere todos os seus direitos sobre um bem, passando o mandatário a agir por sua conta, em seu próprio nome e a seu próprio favor. Como bem assinalado no Recurso Especial n. 64.457/RJ, “ao transferir os direitos, o mandante se desvincula do negócio, não tendo mais relação com a coisa alienada, pelo que não há que se falar em extinção do contrato pela morte do mandante. O contrato permanece válido e, em consequência, a procuração, que é sua forma, mesmo depois do decesso do vendedor”. Com tal orientação, o sistema oferece segurança aos participantes de outros contratos, como a promessa de compra-e-venda.⁴³⁹

Contudo, questão diversa é saber se a extinção do mandato, por ato lícito, gera o dever de indenizar. Se a fonte adequada para regular esse tipo de situação for a negocial, então força é reconhecer que a autonomia privada permitiria a pactuação livre, de sorte que a inserção da cláusula de não indenizar seria válida e nada seria devido pela renúncia ou pela revogação, visto que os atos estão em conformidade com o direito. Contudo, se apontarmos para o serviço prestado, como o fato decisivo, haverá caminho para o reconhecimento judicial de alguma compensação, quer pela teoria do enriquecimento sem causa, quer pela compensação do dano oriundo de um ato lícito.

Como poderiam essas fontes responder a uma questão frequente na prática: a revogação do mandato do advogado, pelo fato do cliente perder a fidúcia ou ter encontrado outro profissional que, em sua visão, teria melhores condições de representar o seu interesse. Um precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ajudar a contextualizar o problema.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Sob este enfoque é correta a posição do STJ, dando conta que: “ainda que as partes tivessem convencionado cláusulas de irrevogabilidade, por se tratar de contrato fundado na confiança, tem o mandante a faculdade de revogá-lo unilateralmente a qualquer tempo, a despeito da referida restrição, o que não impedia, por sua vez, que a parte interessada ingressasse com ação idônea, para o fim de discutir as cláusulas do contrato de honorários e, ao juízo de origem, pleiteasse medidas acautelatórias eventualmente necessárias para o fim de discutir-se o contrato supostamente firmado entre as partes”. (Rel 5.685/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1. S., j. 10/08/2011, DJe 17/08/2011)

⁴³⁹ REsp 64.457/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4. T. DJ: 09/12/1997, p. 64.706.

⁴⁴⁰ Ementa: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRETENSÃO VISANDO O PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES, DANOS EMERGENTES E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO VALOR CONTRATATO. CAUSA DE PEDIR EMBASADA NA REVOGAÇÃO UNILATERAL E DESMOTIVADA DO MANDATO NO DECORRER DA AÇÃO. 1. LUCROS CESSANTES E DANOS

Tratava-se de demanda indenizatória proposta por um escritório de advocacia em desfavor de uma antiga cliente. Postulou-se a condenação da ré “ao pagamento dos honorários advocatícios na forma contratada, ao pagamento de lucros cessantes e danos emergentes”, segundo a narração do acórdão. A causa de pedir residia na revogação prematura do mandato judicial, fato que, na visão do autor, impedira-lhe de alcançar o êxito no processo. Diante da revogação unilateral, a ré negou-se a pagar ao autor o percentual contratado sobre o montante da meação que lhe seria reconhecida judicialmente (que seria fruto de eventual êxito na causa).

Com base nesse quadro fático, a Corte distinguiu duas pretensões. De um lado, abordou as fontes do dever de indenizar, em especial o teor do próprio contrato assinado (negócio jurídico) e o serviço efetivamente prestado. De outro, discorreu sobre a extensão dos danos: os lucros cessantes e os danos emergentes.

Inicialmente, reconheceu a Relatora que parcela do trabalho contratado fora prestado e que este serviço mereceria remuneração, a despeito da licitude da revogação do mandato. Para o arbitramento, deveriam ser levados em consideração a extensão do trabalho prestado, a sua qualidade, bem como o tempo de envolvimento do advogado com a causa. A partir destes critérios e com especial atenção às “cópias das ações propostas - revisional de partilha de bens com sobrepartilha; cautelar inominada com pedido liminar de restrição de venda de bens móveis e imóveis; e revisional de alimentos”, a Corte concluiu que houve atuação diligente, com a elaboração de “trabalho detalhado”, sendo necessária, inclusive a contratação de uma tradutora juramentada.

EMERGENTES. Indeferimento mantido. A revogação do mandato, ainda que não haja imputação de culpa do advogado, não acarreta ao mandante o dever de indenizar aquele, porquanto não configurada ilicitude. 2. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DO VALOR ESTIPULADO NO CONTRATO. DESCABIMENTO. CONTRATO DE RISCO. Caso em que revogação da procuração afasta eventual contrato de risco, autorizando o arbitramento de honorários proporcionais ao trabalho realizado. 3. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. CABIMENTO. Havendo elementos suficientes nos autos que demonstram o trabalho desenvolvido pelo autor, este faz jus aos honorários advocatícios proporcionais ao desempenho de seu labor. Fixação dos honorários com base no valor integral da Tabela da OAB. 4. Multa de 1% sobre o valor da causa, aplicada com base no art. 538, do CPC. Afastamento. Intuito protelatório não configurado, na espécie. 5. Critério de fixação da sucumbência mantido. Apelação provida em parte. Unânime”. (TJRS, AC 70022530109, 16. C.C., Des. Rel. Helena Ruppenthal Cunha, j. 04/06/2008)

Como fica claro de sua fundamentação, o acórdão garantiu a indenização postulada em face dos serviços prestados, mesmo admitindo a licitude da revogação imotivada.⁴⁴¹ Em nosso sentir, mais do que a previsão contratual (fonte negocial), o que ampara o direito do advogado é o trabalho efetivamente prestado, de sorte que a indiscutível licitude da denúncia unilateral do negócio jurídico não afasta o dever de compensar, mesmo se houver previsão contratual específica em sentido contrário.⁴⁴² Não se nega que a elaboração de um contrato mais detalhado pode ajudar a resolver parcela dos problemas concretos, especialmente quando os contratantes voluntariamente cumprem o pactuado. Contudo a sua eventual omissão não impede o reconhecimento de direito, que brota – como dito – do serviço prestado e do benefício gerado a outrem.

Todavia, em relação ao segundo tópico, ou seja, a extensão do dano indenizável, para abranger os honorários contratados a título de êxito, bem como lucros cessantes, a resposta jurisdicional não foi satisfatória para o autor.

Foi exigida a presença de ilicitude para o deferimento das persas e danos, a qual não se manifestava no caso presente. Discorreu a Relatora, afirmando que “a revogação do mandato, ainda que não haja imputação de culpa do advogado, não acarreta ao mandante o dever de indenizar aquele, já que tal ato não se afigura ilícito. Tanto é assim que a revogação do mandato está prevista e regulamentada em lei, sendo que pode ocorrer tanto por parte do mandante quanto por parte do próprio advogado

⁴⁴¹ É histórica a afirmação da licitude da revogação, pois o mandato repousa na confiança. Não à toa é arrolado como primeira causa de cessação do vínculo, no art. 682, I, CCB. O fenômeno é bem explicado por Araken de Assis, quando anota que os contratos se formam a partir de declarações de vontade dos seus figurantes, cuja *vox* destina-se ao preenchimento do suporte fático da norma ou conjunto de normas que estabelecem o tipo negocial. De seu turno, “revogar” significaria retirar a *vox*, de sorte que “o contratante derruba o contrato”. É nesse sentido de *revocatio* que o art. 682, I, aponta como causa de dissolução do mandato a “revogação”, pois a nova declaração de vontade, pelo seu sentido oposto à da anterior, destrói o vínculo contratual. Op. cit. p. 111.

⁴⁴² Art. 22, do Estatuto da Advocacia: “Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado. § 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB. § 3º Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final. § 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou. § 5º O disposto neste artigo não se aplica quando se tratar de mandato outorgado por advogado para defesa em processo oriundo de ato ou omissão praticada no exercício da profissão”.

outorgado (arts. 44 e 45 do CPC). Destarte, ausente ato ilícito a ensejar a indenização por lucros cessantes e danos emergentes, não restava outra solução ao digno julgador *a quo* senão afastar a pretensão do autor neste ponto”.

Outrossim, justificou a Relatora que, como se tratava de um contrato de risco, o pagamento dos honorários de êxito estaria vinculado ao benefício patrimonial efetivo, o qual não ocorrera ainda, tendo em vista que a revogação se dera em uma fase ainda embrionária do processo. Disse Sua Excelência que “em se tratando de um contrato de risco, o pagamento dos honorários, nos termos do contrato, só poderia ser exigido na hipótese em que a contratante, efetivamente, obtivesse um ganho patrimonial real, passível de ser apurado, hipótese inócurrenente na espécie. Se a renúncia do mandato ocorreu antes mesmo da prolação da sentença, e ações patrocinados pelo recorrente foram extintas em razão da desistência da autora, ora apelada, descabe a condenação desta ao pagamento de honorários advocatícios sobre um valor “hipotético”, porquanto não obteve nenhum ganho efetivo”.⁴⁴³

Este exemplo corriqueiro na vida forense demonstra a inexistência de uma ou outra fonte exclusiva de responsabilidade civil. Alguns julgadores focam a análise na dita responsabilidade contratual e, ato contínuo, perquirem a imputabilidade dos danos. Outros, preferem resgatar o papel da culpa, jogando luzes na valorização do “justo motivo”. Um terceiro grupo prefere concentrar-se em dados mais objetivos, com a abordagem dos atos praticados pelos contratantes e a sua coerência com o programa contratual. Por fim, e aqui consideramos a melhor escolha, poderia ser invocada a fonte do enriquecimento sem causa, para resolver estes tipos de demanda, afinal se demonstrado o trabalho prestado e algum proveito havido, deixar de atribuir uma compensação pelo esforço em benefício alheio não é a melhor conclusão jurídica.⁴⁴⁴

⁴⁴³ A Câmara seguiu, neste ponto, uma orientação consolidada, como se observa do precedente citado no corpo do acórdão: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORARIOS ADVOCATÍCIOS. Presentes, nos autos, elementos suficientes a demonstrar o trabalho desenvolvido pelos autores, não negado pelo réu, são devidos honorários advocatícios na proporção do que foi realizado. Arbitramento da verba honorária proporcional ao trabalho prestado pelos autores, observado o valor já pago. Pagamento parcial já considerado. Revogação da procuração que afasta eventual contrato de risco, autorizando o arbitramento. Assistência Judiciária Gratuita. Ausência de comprovação da falta de condições para arcar com as custas do processo. Indeferimento do benefício que se mantém porque não demonstrada a situação de ‘pobreza’, requisito para a concessão do benefício. Apelo desprovido”. (TJRS, AC 70016009276, 16. C.C., Des. Rel. Helena Ruppenthal Cunha, j. 06/09/2006)

⁴⁴⁴ Por tal fundamento, não concordamos com a tese de Carlo Buonauro que identifica na revogação do mandato um típico exemplo de ato lícito passível de indenização, pois o caso já obtém adequada resposta jurídica com o emprego do enriquecimento sem causa. *Responsabilità da Atto Lecito Dannoso*, pp. 263-267.

Com razão, o apelo à teoria do enriquecimento sem causa, na nossa visão, é suficiente para resolver este tipo de processo. De um lado, apura-se o trabalho prestado. De outro, o benefício gerado. Com amparo na previsão do art. 884, do Código Civil, pode o magistrado arbitrar a indenização, para remunerar um serviço profissional que trouxe vantagem para o mandante. Serve o exemplo, contudo, para ilustrar que eventualmente os atos lícitos não afastam o dever de indenizar.

A responsabilidade civil decorrente de um ato lícito, com efeito, em muito se assemelha com o enriquecimento sem causa, expressamente positivado em nosso Código Civil. Contudo, com esse histórico instituto não se confunde, como será demonstrado em um outro exemplo frequente de nossos Tribunais - o rompimento de um noivado – no tópico abaixo.

2. A transição dos fundamentos através do rompimento de noivado.

Através da abordagem da rescisão no contrato de mandato, a qual é admitida em favor do mandante ou do mandatário pela simples razão do desaparecimento da fidúcia, procurou-se demonstrar que a responsabilidade civil não raro brota de um ato tido pelo ordenamento como lícito.

É certo, contudo, que outras fontes jurígenas do dever de indenizar poderiam ser utilizadas para se encontrar uma solução satisfatória no caso em comento, como a teoria do enriquecimento sem causa. Caso se vedasse qualquer indenização, estaríamos diante de uma solução injusta: uma parte enriqueceria pelo trabalho prestado por outrem.

Para a resolução do caso, poderia ser adaptada a lição do *Arret Boudier* (15.06.1892), cujas premissas fáticas podem ser assim resumidas: Boudier comercializa fertilizantes com o senhor X. Este os emprega na terra que ele arrenda. Contudo, sem condições de arcar com o arrendamento, devolve a propriedade ao arrendante (Y), que recebe de volta o bem com o campo pronto para a lavoura. Pode Boudier postular a condenação de Y?⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ François Terré resume os fatos relevantes: “un marchand fournit des engrais à un fermier que les utilise pour amender la terre qu’il loue ; devenu insolvable, le fermier ne peut payer même temps que sa terre est enrichi, au détriment du marchand qui a fourni les engrais sans recevoir paiement de ceux-ci, d’une valeur qui a transité par le patrimoine du fermier ». Droit des Obligations, p. 1023.

Para resolver o caso, a jurisprudência francesa fixou as premissas pelas quais poderia ser reconhecida a teoria do enriquecimento sem causa, quais sejam: (1) é necessário ocorrer um enriquecimento no patrimônio do réu (seja um acréscimo, seja uma perda evitada); (2) é necessário demonstrar que o autor sofreu um empobrecimento.⁴⁴⁶ Um empobrecimento deliberado não gera conseqüências jurídicas (p. ex. relações de amizade); (3) o empobrecimento e o enriquecimento devem ser correlativos, isto é, mediante a demonstração de uma relação entre causa e efeito; (4) o enriquecimento não pode ser justificado à luz do direito⁴⁴⁷; (5) a ação "de in rem verso" será subsidiária e não poderá ser recebida quando o ordenamento oferecer outro remédio.⁴⁴⁸

Tendo em vista a adoção da teoria no art. 884, do Código Civil Brasileiro, a nossa jurisprudência vem dela se aproveitando para resolver questões complicadas, como a ilegal contratação de servidores públicos sem concurso público e o seu direito de perceber contraprestação pelos serviços efetivamente prestados⁴⁴⁹, partilha de bens entre o cônjuge e a sua concubina, quando demonstrado o esforço comum⁴⁵⁰, redução de cláusulas penais abusivas⁴⁵¹, dentre outras situações em que não evidenciada uma causa conforme o direito para a transferência patrimonial.

⁴⁴⁶ Foi aprovado um enunciado na Jornada de Direito Civil em sentido contrário. Enunciado n. 35: «a expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

⁴⁴⁷ Esta será provavelmente a nota mais importante da fonte do dever de indenizar, como bem apercebido por Mário Júlio de Almeida Costa: “Quer dizer: reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar. Mas ele é apenas ajurídico, no sentido de substancialmente ilegítimo ou injusto e não formalmente anti-jurídico”. Direito das Obrigações, p. 449.

⁴⁴⁸ Houve enunciado aprovado em Jornada de Direito Civil ampliando a interpretação extensiva da natureza subsidiária: Enunciado n. 36: «O art. 886 do novo Código Civil não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato”.

⁴⁴⁹ REsp 876.886/MG, 2. T., Rel. Min. Campbell Marques. DJe 08/10/2010.

⁴⁵⁰ TJRS, AC 70016434003, 7. C.C., Des. Rel. Sérgio Chaves, j. 28/02/2007.

⁴⁵¹ TJRS, AC 70029507837, 18. C.C., TJRS, Rel. Elaine Maria Canto da Fonseca, j. 29/11/2012.

Como se observa, os requisitos genéricos do enriquecimento sem causa poderiam ser adaptados com êxito no tema da rescisão do contrato de mandato.⁴⁵² Contudo, não será possível realizar este raciocínio analógico para outras situações em que se admite a pretensão ressarcitória a partir de um ato lícito. É por esta razão que, neste segundo tópico do capítulo, será enfrentada uma ação que se tornou corriqueira no Judiciário: a indenização pelo rompimento de um noivado. Não há, no direito brasileiro, uma norma específica a regular o assunto, o que consideramos positivo, afinal as relações de família acompanham de perto a evolução dos costumes sociais.⁴⁵³ A positivação de uma norma escrita, a depender de seu texto, apresentaria o sério risco de tornar-se vetusta, com pouca idade.

É provável que o aumento significativo de demandas indenizatórias fundadas na frustração da “promessa de casamento”, visualizadas nas últimas décadas, reflita um novo hábito social: a contratação de grandes festas. Com efeito, a indústria do casamento movimenta mais de 10 bilhões de reais ao ano, segundo estudos.⁴⁵⁴ Variados serviços são oferecidos aos nubentes, tais como vestuário, decoração, álbuns de fotos, produção de vídeos, bufê, flores, música, DJ, etc. Enfim, o catálogo é amplo e o volume de riqueza gerado demonstra que muitas pessoas investem vultosos valores neste evento, confiando na palavra empenhada pelo par.

⁴⁵² Art. 884, do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

⁴⁵³ Embora entendamos que o sistema brasileiro não pode ser criticado pelo fato de não possuir uma norma expressa sobre o tema, consideramos interessante a previsão do art. 81, do Codice Italiano: “la promessa di matrimonio fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata da una persona maggiore di età o dal minore ammesso a contrarre matrimonio a norma dell’Articolo 84, oppure risultante dalla richiesta della pubblicazione, obbliga il promittente che senza giusto motivo ricusi di eseguirla a risarcire il danno cagionato all’altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa. Il danno è risarcito entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti (2056). Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che con la propria colpa ha dato giusto motivo al rifiuto dell’altro. La domanda non è proponibile dopo un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio (2964 e seguenti)”. Pode ser considerada uma obrigação *ex lege*. Foi a posição adotada pela Corte de Cassação, sez. VI, em decisão de 2 de janeiro de 2012. Ementa: “Promessa di matrimonio. Conseguenze risarcitorie derivanti dal recesso senza giustificato motivo, ex art. 81 c.c. Assoggettabilità ai principi generali in tema di responsabilità civile, contrattuale od extracontrattuale. Esclusione. Obbligazione ex lege di rimborso delle spese fatte e delle obbligazioni contratte dal promissario in vista del matrimonio. Configurabilità. Estensibilità di tale obbligazione al ristoro anche dei danni non patrimonial. Esclusione”.

⁴⁵⁴ Matéria intitulada: “Indústria do casamento movimenta R\$ 10 bi por ano no país”. Disponível em <http://tv.pegm.globo.com/Jornalismo/PEGN/0,,MUL1613533-17958,00.html>. Dados referentes a 2010.

Contudo, a vida é rica e não raro as promessas trocadas com profunda boa fé são esquecidas por acontecimentos futuros, previsíveis ou não. Na hipótese mais romântica, a noiva se apaixona por outra pessoa e com ela vem a comungar a sua vida. Em situações mais teatrais, o noivo consulta uma cartomante que lê a sua futura infelicidade com aquela consorte. Enfim, motivos não faltam para o casamento não se realizar, o que gera grande insatisfação ao par.

Um passeio pela jurisprudência ajudará a colocação dos problemas. Como dito, há inúmeros casos em que a pessoa, insatisfeita com o rompimento de um noivado, postula o reconhecimento da responsabilidade civil do ex-par.⁴⁵⁵ Não há uniformidade nas respostas jurisdicionais, o que pode ser parcialmente explicado pela variação das circunstâncias fáticas e pela distinta compreensão dos julgadores acerca da direito aplicável.

No que toca ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a análise dos acórdãos demonstra uma antipatia pelo reconhecimento de dano moral indenizável e uma simpatia pela repartição do dano material comprovado pela frustração do casamento.⁴⁵⁶ Não há clareza, porém, na identificação de uma fonte de responsabilidade civil apta a justificar a posição.

Há questões preliminares relevantes, tal como a possibilidade do Poder Judiciário valorar relações de afeto. É o caso da discussão travada pela 5. Câmara Cível, abordando caso em que a autora postulou reparação de danos materiais e morais contra

⁴⁵⁵ Dentre dezenas de acórdãos, vale conferir: TJPR, AC 899569-3, 10ª CC, Des. Rel. Nilson Mizuta, j. 31/05/2012, DJ. 19/06/2012; TJSC, AC 2007.022502-9, 1ª Camada de Direito Civil, Des. Rel. Carlos Prudêncio, j. 26/10/2010; TJPI, AC 06.000690-0, 3ª Câmara Especializada Cível, Des. Rel. José Gomes Barbosa, j. 26/09/2007; TJMG, AC 1.0460.10.000433-8/001, 17ª CC, Des. Rel. Leite Praça, j. 13/09/2012, DJ. 25/09/2012; TJMG, AC 1.0024.08.227878-9/001, 11ª CC, Des. Rel. Fernando Caldeira Brant, j. 25/01/2012, DJ. 31/01/2012; TJMG, AC 1.0702.07.401485-4/002, 17ª CC, Des. Rel. Eduardo Mariné da Cunha, j. 07/07/2011, DJ. 17/08/2011; TJMG, AC 1.0028.09.018605-8/001, 16ª CC, Des. Rel. Sebastião Pereira de Souza, j. 06/07/2011, DJ. 15/07/2011; TJMG, AC 1.0456.07.057524-0/001, 15ª CC, Des. Rel. Antônio Bispo, j. 09/12/2010, Dj. 15/02/2011; TJGO, AC 340228-87.2008.8.09.0049, 3ª CC, Des. Rel. Sandra Regina Teodoro Reis, j. 20/09/2011, DJ. 27/09/2011.

⁴⁵⁶ Embora não seja propriamente o objeto do presente trabalho discutir a ocorrência de dano moral indenizável nas hipóteses de rompimento de noivado, consideramos que apenas em casos absolutamente excepcionais deverá ser reconhecido o dano moral, pois as pessoas quando imaginam contrair núpcias sabem plenamente que qualquer delas pode mudar de opinião e que o ato de casar é absolutamente livre. É a incidência do princípio da autonomia privada, quer no momento do noivado, quer quando de seu rompimento, que inibe pretensão ressarcitória. Ambas as partes são co-responsáveis pelo seu destino, de sorte que não é razoável autorizar o Judiciário a desempenhar uma função paternal, redesenhando um capítulo da vida das pessoas que foi redigido pelos próprios protagonistas. Ademais, ao contrário de harmonizar os direitos envolvidos, a ampla da indenização do dano moral pelo rompimento de noivado irá ampliar os efeitos nocivos da desunião, o que não é salutar para a sociedade e para a recuperação das pessoas. Por conseguinte, o dano moral, como regra, não deve ser indenizável.

seu ex-noivo. Relatou que mantiveram relação amorosa de 17 anos, englobando o período de namoro e noivado. Em face da promessa de casamento e das declarações de amor, amealharam patrimônio comum. No que mais interessa a tese, afirmou que parcela de sua remuneração fora destinada à aquisição de material para construção de um imóvel. Além disso, segundo os termos do relatório do acórdão, contribuiu com mão-de-obra, no intuito de economizar para poder concluir a obra e, então, casar. Ao descobrir que o réu mantinha um relacionamento paralelo com outra pessoa, sendo inviável este rompimento, não houve o casamento. Com base nesse quadro, postulou indenização por dano moral, pelo fato de se sentir envergonhada perante a sociedade, na qual seu relacionamento estável era publicamente reconhecido. Além do dano moral, requereu a indenização pelo dano material, com a devolução do investimento feito. O réu, de seu turno, aduziu que o simples término do noivado não acarretaria o dever de indenizar, já que sempre há esse risco.

A solução dada pelo Tribunal, na linha do voto do Desembargador Leo Lima, foi pela improcedência da ação em relação ao dano material, em face da ausência de prova da efetiva contribuição.⁴⁵⁷ Pela fundamentação do acórdão, observa-se que, no plano abstrato, foi reconhecida a viabilidade do pedido. Contudo, à luz das peculiaridades fáticas (ausência de prova de contribuição) não se acolheu a pretensão.

Em relação ao dano moral, matéria altamente complexa, o acórdão reconheceu “incontroverso que havia intenção no enlace matrimonial, tanto que as partes chegaram a noivar. O requerido, porém, rompeu unilateralmente o compromisso e, consoante a prova testemunhal, posteriormente, constituiu nova relação”. Com base nesse quadro fático, o Tribunal reconheceu que houve dano suportado pela autora: “diante de tal atitude, é inegável que a autora suportou dor e sofrimento, porque a ruptura do noivado veio de encontro aos seus sentimentos e planos, que foram frustrados. Entretanto, por mais que o dano seja evidente, não há como imputar ao recorrido a prática de ato ilícito, de modo a justificar a indenização perseguida. Tudo, porque o término de um relacionamento está estreitamente vinculado aos sentimentos de

⁴⁵⁷ Houve a transcrição do seguinte trecho da sentença: “de qualquer sorte, como se verá, a época em que teria efetivamente se dado a ruptura do relacionamento entre os aqui litigantes, para o caso em trato, mostra-se a meu sentir não digna de tanto relevo, eis que não logrou a demandante êxito, como lhe competia (art. 333, inc. I, do CPC) na demonstração de ter, ao menos razoavelmente, contribuído, seja pecuniariamente com a aquisição de materiais, seja pessoalmente com seu labor, para a edificação do imóvel cuja meação pleiteia, sendo que, ainda que se admita tenha realizado algum trabalho, como alega, as provas são no sentido de que teria ele se dado de forma tão eventual, como se fosse um auxílio espontâneo, não dando azo ao ressarcimento pretendido”.

cada pessoa e, nesse plano, não cabe ao Judiciário valorar se a decisão foi certa ou errada, sob pena de interferir na esfera mais íntima do jurisdicionado”.

Ou seja, em que pese ter sido reconhecido o elemento dano, ele não se mostrou indenizável, pelo argumento de que não caberia ao Judiciário censurar uma conduta do cidadão que decorre do exercício de sua autonomia. Esta conclusão é relevante, afinal o ato de casar depende do exercício de uma vontade autônoma, livre de coação (como a ameaça de condenações judiciais). Não visualizada a ilicitude, afastou-se a responsabilidade civil.

Há correta resistência ao deferimento de dano moral, mesmo diante de situações mais graves, como a abordada em outro acórdão, que enfrentou o seguinte pedido da autora que possuía “adiantados trâmites para a realização do casamento. Alega que o rompimento não foi normal, pois decorrente de traição e, mais, deu-se por telefone. Diz que o casamento já estava acertado e os preparativos já estavam todos dentro do cronograma estipulado pelos nubentes. Ressalta que se tratava de um longo noivado de longa data, inclusive com data de casamento marcada, aquisição e reforma de imóvel, bem como da respectiva guarnição de móveis. Aduz que houve a quebra da boa-fé objetiva, razão pela qual inequívoca a ocorrência do ato ilícito”.⁴⁵⁸

A resposta oferecida pela Corte, através de voto do Desembargador Arthur Arnildo Ludwig passa pela consideração de que, muito embora “não se desconheça o sofrimento inerente da ruptura de um noivado, quanto mais já havia ela dado início aos preparativos do casamento”, não há como ultrapassar a previsão do art. 1.514, CCB, uma vez que o casamento deve ser contraído mediante a livre manifestação da vontade, não estando, portanto, o promitente obrigado ao casamento. O rompimento de um noivado, portanto, “não gera o dever de indenizar, porquanto a dor da ruptura é sentimento inerente das relações entre nós seres humanos”. Em outras palavras, o Tribunal reputa que o ato discutido é lícito e que, portanto, não há como reconhecer o efeito indenizatório pretendido.

⁴⁵⁸ Quadro fático reproduzido do relatório do acórdão assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROMESSA DE CASAMENTO. RUPTURA DO NOIVADO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. Com relação aos danos morais, ainda que não se desconheça o abalo sofrido em decorrência da ruptura de um relacionamento, cuida-se de fato que qualquer ser humano, que estiver aberto a se relacionar, está sujeito. O caso dos autos, mesmo que inegável a mágoa da apelante, não há nada que extrapole a normalidade decorrente da ruptura de noivado. Assim, inexistente o dano moral. Por fim, quanto aos honorários advocatícios, correta a fixação na forma do art. 20, §4º do CPC. Recurso de apelação e recurso adesivo desprovido”. (TJRS, AC 70026835371, 6. C.C., Rel. Artur Arnildo Ludwig, j. 27/01/2011)

Contudo, há precedentes, na jurisprudência brasileira, em que foi concedido o dano moral em hipóteses análogas.⁴⁵⁹ A medida conta com apoio em setor doutrinário.⁴⁶⁰ Um desses casos enfrentou ação de indenização sob o argumento de que o rompimento do noivado, sem qualquer justificativa, ocorreu às vésperas do casamento, o que teria maculado a honra da vítima.⁴⁶¹ O Relator considerou que a

⁴⁵⁹ TJSP, Apelação Com Revisão 2771344200, 5ª Câmara de Direito Privado A, Rel. Maury Angelo Bottesini, j. 27/10/2005; TJSP, Apelação Com Revisão 2339574600, 6ª Câmara de Direito Privado A, Rel. Márcio Antonio Boscaro, j. 03/08/2005; TJSP, Apelação Com Revisão 902624300, 6ª Câmara de Direito Privado de Férias, Rel. Testa Marchi, j. 28/03/2000.

⁴⁶⁰ Dentre os autores que defendem o cabimento de dano moral na ruptura de noivados: Gonçalves, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66. Cunha de Almeida, Felipe. Comentários a respeito da responsabilidade civil pelo rompimento da relação e da promessa de casamento. *Revista Jurídica*, n. 404, junho/2011.

⁴⁶¹ Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ROMPIMENTO DE NOIVADO INJUSTIFICADO E PRÓXIMO A DATA DO CASAMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANOS MATERIAIS. 1.Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos materiais e morais suportados em virtude do rompimento injustificado do noivado pelo nubente varão poucos dias antes da data marcada para a celebração do casamento. 2.Faz-se necessário esclarecer que as relações afetivas podem ser tuteladas pelo direito quando há repercussão econômica. No que se refere à promessa de casamento tenho que esta deve ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos. 3.Oportuno salientar que a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes. O casamento deve ser contraído mediante a manifestação livre e espontânea da vontade dos noivos de se unirem formalmente. Inteligência do art. 1.514 do CC. 4.Impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento. 5.A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do "chá de panelas" da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados. 6.Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. 7.Prova testemunhal que foi uníssona em afirmar que a demandante ficou muito abalada e triste com o fim do relacionamento. 8. Ainda, não é difícil depreender a repercussão que tais fatos tiveram na pequena cidade de Tapes/RS. Frise-se que os constrangimentos pelos quais a noiva passou ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. 9. Aliás, mostra-se imprudente a conduta adotada pelo réu, porquanto mesmo estando ciente de todos os preparativos para a festa de casamento, tais como a locação do vestido e do local para a realização do evento, a encomenda do bolo e da decoração, esperou para comunicar a decisão de rompimento poucos dias antes da data aprazada para a celebração. 10. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta abusiva do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 11. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 12. Quanto aos danos materiais, o demandado deverá ressarcir tão-somente os gastos efetivamente comprovados pela autora pelos recibos das fls. 15/18 do presente feito. 13. No que concerne à quantia de R\$ 400,00, que a demandante alega ter fornecido ao autor para a compra de materiais para a construção de uma peça de alvenaria para a moradia do casal, não veio aos autos qualquer prova sobre a entrega do referido montante, ônus que se impunha à demandante e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, I, do CPC. 14. Por fim, quanto ao empréstimo realizado, da mesma forma, não há comprovação de que a integralidade dos valores foi

promessa de casamento deveria “ser analisada sob a óptica da fase preliminar dos contratos”, lembrando doutrina de José de Aguiar Dias⁴⁶², embora tenha considerado corretamente que “a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes”. Invocando a doutrina do saudoso doutrinador, reputou que “colocada sob o amplo domínio do art. 186 do Código Civil de 2002, a questão se facilita consideravelmente. O que competirá, então, à parte que se queixa do rompimento é caracterizar, tal como se se tratasse de ato ilícito, as circunstâncias prejudiciais, em face das providências porventura tomadas em vista da expectativa do casamento. É preciso entender bem: a ruptura em si não é fonte de responsabilidade. Contudo, pode revestir tais aspectos (à parte prejudicada cumpre demonstrá-los) que acabe por merecer essa qualificação. Nesse caso, a reparação há de ser a mais ampla possível, matéria que se regula pelos princípios da liquidação do dano em geral”.⁴⁶³

Encerrando a sua análise abstrata, concluiu que “impende destacar que a ruptura de noivado por si só não determina a responsabilidade do desistente, o que pode ensejar a reparação são as circunstâncias em que a outra parte foi comunicada de seu intento”.

No caso concreto, a celebração civil estava apazada para o dia 26 de maio e a cerimônia religiosa para o seguinte. A autora providenciara “todos os trâmites legais, bem como os preparativos para a festa e para a nova vida em comum, os convites para a comemoração foram distribuídos. Contudo, no dia 21 de abril de 2006, um pouco mais de um mês antes da data escolhida e no dia do “chá de panelas”, o réu telefonou para a autora informando que não queira manter a relação, cancelando o casamento”.

Este fato foi tido como relevante pelo julgador, o qual asseverou que os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram. O evento repercutiu na pequena Cidade em que viviam as

utilizada nos preparativos da festa de casamento, sendo descabida a pretensão da apelante a este respeito. Dado parcial provimento ao apelo”. (TJRS, AC 70027032440, 5. C.C., Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 21/01/2009)

⁴⁶² Citação contida no acórdão: “De fato, a promessa de casamento não vale como contrato efetivamente constituído, mas configura iniludivelmente um período pré-contratual, em que pode bem assentar a responsabilidade do promitente que o não quis celebrar, não a título de sucedâneo pela não realização, mas em face das perdas porventura determinadas pelo rompimento, relativamente a despesas feitas na convicção de que a promessa se concretizaria”. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 172.

partes. Na linha do art. 186, do Código Civil, o Relator concluiu que a conduta do noivo foi “imprudente” e que os efeitos perante a noiva ultrapassam os meros dissabores, comuns aos fatos cotidianos. Foi reconhecido o dano moral, tendo sido arbitrado no valor de R\$ 3.000,00.

Enfim, devidamente situada a matéria à luz desses casos escolhidos, convém indagar qual a fonte do dever de indenizar que poderia guiar a solução.

Inicialmente, é de ser afastada a analogia com o contrato promessa, postulada por José de Aguiar Dias. Consideramos que não há como se “facilitar” a resolução desses casos com o apelo a automática analogia do pré-contrato, pois os valores envolvidos em uma e outra situação são distintos. O contrato preocupa-se com a transferência de riquezas. O casamento é o espaço de realização pessoal, por natureza. Quando se equiparam distintos institutos, na forma preconizada por esta corrente doutrinária, amplia-se em demasia a tutela de uma pessoa em detrimento alheio, o que leva o magistrado simplesmente a transferir o prejuízo de um a outro polo. Dois amantes não podem ser equiparados a estranhos devedores e credores.

Ademais, quando admitido o contrato promessa o direito imagina dotar-lhe de vinculatividade. Luis Manuel de Menezes Leitão qualifica o contrato promessa como um negócio preliminar “que tem por objeto a celebração de um outro contrato, o contrato prometido”. Embora se caracterize como uma convenção autônoma, possui manifesta eficácia obrigacional e se sujeita ao mesmo regime do contrato definitivo.⁴⁶⁴ Por conseguinte, sujeita-se o devedor a prestação específica, de sorte que ao credor é reconhecido o direito de postular sentença que produza os mesmos efeitos da declaração negocial prometida. Portanto, quem, no direito obrigacional, compromete-se a prestar, poderá ser acionado em juízo, algo que não se cogita no caso dos noivos.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Direito das Obrigações, p. 217. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

⁴⁶⁵ É por esta razão que não subscrevemos a posição de Arnaldo Rizzardo, quando compara essas promessas de distinta natureza: “conquanto a resolução da promessa seja conexas à não exigibilidade, em juízo, do seu cumprimento, emergem obrigações. Com efeito, há um compromisso em contrair casamento, ainda que inexigível judicialmente. A resolução implica, normalmente, em violação do dever e produz, em decorrência, obrigação de indenizar, que mais se impõe se há suporte em gastos ou danos em vista do casamento planejado, e, em algumas ocasiões, no prejuízo moral resultante do descrédito social, do ridículo por se ter prolongado durante longos anos o noivado, o que torna, naturalmente, mais difícil de se conseguir novo casamento”. Da Responsabilidade Civil, p. 684. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Também deve ser afastada a fonte delitual. É que, independentemente dos motivos que animam a decisão de não contrair núpcias, não há como deixar de se reconhecer que o casamento é um ato livre, fruto do exercício da autonomia do interessado, de forma que é lícito ao nubente dele desistir. Caso se admitisse uma ilicitude nessa recusa em casar, as pessoas sentir-se-iam constrangidas, o que iria de encontro aos princípios fundamentais do nosso sistema (liberdade, autonomia privada, dignidade da pessoa humana, etc.) E mais, caso efetivamente a promessa gerasse vinculação jurídica, qualquer magistrado poderia conceder uma tutela inibitória, fixando multa para a hipótese do nubente não se apresentar na igreja no dia marcado, por ilustração. Não é o caso do direito brasileiro. Logo, nos parece que inexistem dúvidas quanto à possibilidade da pessoa noivar e posteriormente desistir do casamento. É um fenômeno social comum e que não deve ser tido como ilícito.

Por tal razão, não é correto pretender resolver as demandas a partir da responsabilidade delitual, como querem alguns autores, entre os quais Maria Helena Diniz, a partir da incidência dos arts. 186 e 927, do Código Civil. Vejamos as explicações da autora quanto ao ponto: “O matrimônio, em regra, é precedido de noivado, esponsais ou promessa recíproca que fazem um homem e uma mulher de futuramente se casarem. Não há obrigação legal de cumprir os esponsais e muito menos autorização normativa para propor qualquer ação para cobrança de multa contratual em caso de sua inexecução. Nada há que obrigue um promitente a respeitar seu comprometimento matrimonial a quebra da promessa esponsalícia tem apenas o efeito de acarretar responsabilidade extracontratual, dando lugar a uma ação de indenização por ruptura injustificada, pois, como afirma Jemolo, a atitude imprudente, tola ou malvada de estabelecer esponsais, despertando a confiança de um próximo casamento, a tal ponto que uma pessoa realize despesas com vistas a esse fim, e de retirar-se depois em motivo plausível caracteriza uma atitude culposa e causadora de prejuízos; daí a obrigação da reparação. Na sistemática de nosso Código Civil poder-se-á falar em semelhante responsabilidade em virtude dos seus arts. 186 e 927, segundo os quais fica obrigado a ressarcir aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem (RT, 542:55), ainda que exclusivamente moral”.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 181. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. A situação fica agravada quando a autora condiciona a procedência da ação à perquirição dos motivos que embasam o ato: “que

Caso seja sufragada a posição acima, cada magistrado deveria extrair da prova dos autos o motivo do rompimento. E, após a sua identificação, valorá-lo conforme o “direito brasileiro”, para então pronunciar-se pela procedência ou improcedência da ação. Haveria enorme violação à privacidade das pessoas, recrudescimento do litígio, dificuldade para a administração da prova, perda de recursos públicos, além de ampliação do trauma pela duração do processo, dentre outras consequências ilegais desta opção hermenêutica. Manifestamente, em nosso sentir, não é o caso de incidirem os artigos 186 e 927.

Na pior das hipóteses, poderia ser aventada a teoria do abuso do direito, afinal não se nega que a desistência é um ato absolutamente lícito. Seria o caso, quando muito, de se perquirir a ultrapassagem manifesta dos vetores do art. 187, do Código Civil. Ou seja, cotejar o ato concreto do noivo com os limites impostos pelo fim social, pela boa fé ou pelos bons costumes. Ainda assim, apenas residualmente poderia auxiliar a resolução dos casos o apelo ao abuso do direito, pois o magistrado, uma vez mais, perderia meses ou anos na instrução da causa, a fim de perquirir a conformação do agir do réu, com o fim social, a boa fé ou os bons costumes. O trauma, de novo, recrudesceria.

Por fim, tampouco é o caso de acionar a teoria do enriquecimento indevido, pois o rompimento de um noivado não ocasiona – como regra - vantagem para uma pessoa em detrimento alheio. Ninguém enriquece. Ao contrário, ambos os sujeitos envolvidos costumam suportar prejuízo, o que afasta a teoria do enriquecimento sem causa. Por conseguinte, não deve ser chamado o art. 884 para resolver esses litígios.

Como visto, a maioria dos casos que envolve rompimento de noivado não deve ser dirimida pelo ato ilícito (art. 186), pelo abuso de direito (art. 187) ou pelo enriquecimento sem causa (art. 884). Outra fonte do dever de indenizar deve ser

haja ausência de motivo justo, dando ensejo à indenização do dano, uma vez que, neste caso, não há responsabilidade alguma se não houver culpa grave (erro essencial, sevícia, injúria grave, infidelidade); leve (prodigalidade, condenação por crime desonroso, aversão ap trabalho, falta de honestidade etc.); levíssima (mudança de religião, grave enfermidade, constatação de impedimentos ignorados pelos noivos etc.). O magistrado deverá examinar cada caso de conformidade com os fatos e com o nível social dos envolvidos para decidir qual a causa justa que dará lugar à indenização”. Op. cit. p. 182. No mesmo sentido, Marco Aurélio Viana: “a ruptura deve ter como causa motivo injusto. Ela se funda em fato sem importância. Na apreciação das razões que determinaram a recusa, têm papel importante o nível social dos envolvidos e as circunstâncias que o caso apresenta. O magistrado examinará cada caso em função das suas peculiaridades. É possível, exemplificar: infidelidade, maus-tratos, injúrias a parentes, enfermidade grave, abandono, ruína econômica que possa comprometer o matrimônio”. Esponsais ou Promessa de Casamento, p. 172. In Revista da Ajuris, v. 29, 1983.

buscada, qual seja a responsabilidade civil por ato lícito, para regular os efeitos patrimoniais que brotam da decisão de não casar.

Com efeito, em relação aos efeitos patrimoniais do rompimento do noivado, aqui sim incide a presente tese. É a responsabilidade civil pela prática de um ato lícito que deve ser reconhecida, quando demonstrado sensível prejuízo suportado por um esponsal, com a aquiescência do par. O juízo deve ser equitativo, no sentido de buscar a restauração de um equilíbrio rompido. Uma pessoa, investindo valores para a satisfação do casal, merece ser compensada, fim a de não suportar individualmente o sacrifício por um projeto comum frustrado.

Logo, não é pelo fato de que alguém cometeu ato ilícito, nem por abuso de direito ou pela existência de um enriquecimento sem causa, que deve ser solvida a questão, mas sim pela consideração de que da prática de um ato lícito surgiu um dano sensível ao ordenamento, passível de ser compensado.

3. O estado de necessidade no Código Civil de 2002.

A figura do estado de necessidade é um exemplo emblemático da possibilidade de ser reconhecido o dever de indenizar, a despeito de ser chancelada a licitude do agir. Tanto no Código Civil de 1916, quando no de 2002, houve uma opção legislativa, que privilegia a compensação do dano gerado em razão do salvamento alheio, como se vê da leitura conjunta dos arts. 188, 929 e 930, do atual.

Não há uniformidade no tratamento da matéria nos ordenamentos comparados, embora haja concordância quanto ao fato de que, quando caracterizado o estado de necessidade, desaparece o tradicional requisito da culpa.⁴⁶⁷ Uma das principais diferenças diz respeito à extensão dos danos indenizáveis. Para a doutrina majoritária no Brasil, vige o princípio da reparação integral dos danos ocasionados em

⁴⁶⁷ Na didática lição de Boris Starck, “il y a pas de faut en ce cas, par conséquent pas de responsabilité fondée sur l'article 1382, car l'homme raisonnable, le bonus pater familias, aurait agi de cette façon”. *Obligations*, p. 143. 5. Ed. Paris: Litec, 1996. No mesmo sentido, Francisco Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 53, p. 45; Mário Júlio de Almeida Costa, ao assinalar que apenas quando a situação de necessidade é criada sem a colaboração do atingido, pode-se falar, verdadeiramente, em “estado de necessidade justificativo do facto danoso”. *Direito das Obrigações*, p. 517.

situação de necessidade.⁴⁶⁸ Já no sistema português e italiano, por exemplo, a diretriz é a indenização equitativa.⁴⁶⁹ É uma profunda divergência, a qual será melhor analisada no último capítulo da tese, no qual se postulará uma releitura da dita “solução brasileira”.

Por não se encaixar nas tradicionais fontes do dever de indenizar, normalmente é tido como uma fonte autônoma. Como dito, no Brasil, aparece regulado em três artigos do Código Civil de 2002, de uma maneira próxima àquela do Código Civil de 1916.⁴⁷⁰

A primeira aparição é na parte geral, no título dedicado aos “atos ilícitos”. Conforme a previsão do art. 188, não constituem atos ilícitos os atos “praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”, bem como a “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Ato contínuo, na parte especial, dedicada ao direito das obrigações, no título da responsabilidade civil, se reconhece o direito de indenização quando o lesado não for

⁴⁶⁸ Por ilustração, dentre os autores que interpretam o sistema brasileiro no sentido de que a indenização seja paga pela pessoa que obrou em situação de necessidade e que, em um segundo momento, haja o reembolso, encontram-se: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo Curso de Direito Civil*, p. 145; Sílvio de Salvo Venosa, *Responsabilidade Civil*, p. 68; Flávio Tartuce, *Direito Civil 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*, p. 568. Dentre os autores que rejeitam a ideia legal, encontram-se Caio Mário da Silva Pereira: “na escusativa fundada no estado de necessidade, existe um ato que seria ordinariamente ilícito. No entanto, a lei o justifica eximindo o agente do dever de indenizar, tendo em vista preservar os bens mediante a remoção de perigo iminente”. *Responsabilidade Civil*, p. 297. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁴⁶⁹ No sentido da “indenização equitativa” no direito português (art. 339): Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das Obrigações*, p. 517 e João de Matos Antunes Varela. *Direito das Obrigações*, v. 1, p. 560. Pelo “equo apprezzamento del giudice” (art. 2045): Andrea Torrente e Piero Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, p. 804. 18. ed. Milano: Giuffrè, 2007; Francesco Galgano, *Diritto Privato*, p. 371. 14. ed. Padova: CEDAM, 2008; Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 121. 17. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

⁴⁷⁰ Por ilustração, a posição de Eugenio Facchini Neto: “Em relação à responsabilidade civil pelos atos lícitos, não houve significativa inovação legislativa. De fato, o sistema anterior foi substancialmente mantido, como se constata do exame conjunto dos arts. 188, 929 e 930 do novo Código, comparado com o disposto nos arts. 160, 1.519, 1.520 e 1.540 do Código anterior. Ou seja, quem pratica as condutas previstas no art. 188 (ato praticado em legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade) não comete ato ilícito, como expressamente refere o legislador. Consequentemente, pratica ato lícito. Apesar da licitude da conduta, se a vítima tiver sofrido um dano injusto, por não ter dado causa ao seu infortúnio, o agente causador do dano deverá reparar os danos, uma vez preenchidos os suportes fáticos dos artigos 929 e 930 do novel estatuto”. *Da Responsabilidade civil no novo Código*, pp. 193/194. In: Sarlet, Ingo. (org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

“considerado” culpado pela situação de perigo.⁴⁷¹ À luz desse regramento, entende a doutrina que é cabível a reparação do dano produzido em estado de necessidade.

Em que pese o estado de necessidade possuir um regramento específico no direito privado, foi na seara criminal que a matéria encontrou maior desenvolvimento. Um dos motivos que justifica essa realidade é o fato de que, no século XX, o sistema de reparação de danos no Brasil focou primordialmente o ângulo da vítima, ao passo que o ordenamento repressivo ainda dedica grande atenção para o ângulo do réu, enquanto destinatário de pena.⁴⁷² Quando justificada a sua conduta, não haveria sentido em lhe impor uma sanção, razão pela qual é natural que, nos livros acadêmicos, o estado de necessidade tenha sido aprofundado a partir do Código Penal.⁴⁷³ Não deveria haver crime sem dolo, quanto mais sem culpa. Logo, não há como se cogitar a persecução penal do cidadão envolvido em estado de necessidade. Desta forma, convém ter em mente algumas das conquistas da ciência penal, para a resolução dos casos em matéria civil, as quais serão aqui brevemente lembradas.

No Código Penal Brasileiro (1940), após a reforma de 1984 (Lei nº 7.209), a matéria vem regulada nos artigos 23 e 24, que apresentam causas de “exclusão da ilicitude”.⁴⁷⁴ Antes, aludia-se a “causas de justificação”, o que foi alvo de críticas pela

⁴⁷¹ São as normas contidas nos artigos 929 e 930, os quais rezam, respectivamente, “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”; “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”.

⁴⁷² A recepção do estado de necessidade pelo direito penal (e igualmente pelo civil) aponta para um “sentido humanitário do Direito, não exigindo renúncias heróicas, é o fundamento ético-social para excluir a ilicitude de comportamentos praticados em estado de necessidade”. Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, p. 308. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁷³ Francisco Muñoz Conde irá apontar que, nas últimas décadas, o papel do estado de necessidade no direito espanhol se alargou nitidamente: “a regulamentação do estado de necessidade na codificação penal espanhola tem sofrido uma progressiva ampliação, a qual o tem conduzido de uma causa de justificação, muito estrita a uma eximente muito ampla, que acolhe em seu âmbito tanto o estado de necessidade justificante quanto o estado de necessidade exculpante”. Conde, Francisco Muñoz, p. 104. Tradução de Juares Tavares e Luis Régis Prado. Porto Alegre: SAFE, 1988.

⁴⁷⁴ Rezam as normas: “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. Art. 24 - 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. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”.

doutrina, afinal a ocorrência de uma situação “justificadora” eliminaria a própria ilicitude da conduta.⁴⁷⁵

César Roberto Bittencourt, explicando o papel das causas justificadoras, no direito penal, reputa que o ordenamento jurídico *valora* dois aspectos: de um lado, o “desvalor da ação, digamos, com uma função *seletiva*, destacando determinadas condutas como intoleráveis para o Direito Penal, e, de outro lado, o desvalor do resultado que torna relevante para o Direito Penal aquelas ações que produzem lesões aos bens jurídicos tutelados. Em realidade, o injusto penal somente estará plenamente constituído quando ao desvalor da ação acrescentar-se o desvalor do resultado”.⁴⁷⁶ A soma desses elementos é que, ao final, atinge concretamente a sociedade.

Preocupa-se a ciência penal em conjugar dois aspectos relevantes: (a) a consideração da conduta em si e (b) o resultado objetivo.⁴⁷⁷ Em relação ao primeiro foco, sugere-se ao magistrado atenção às condições pessoais, as quais “podem alterar substancialmente o desvalor da ação e sua relação comparativa com o desvalor do

⁴⁷⁵ Nelson Hungria sublinha o fato de que, com a incidência das “causas de justificação”, o fato jurídico torna-se lícito: “o fato deixa de ser crime, para ser objetivamente lícito. Fala-se, aqui, tradicionalmente, em “justificativas” (ou “causas de justificação”), mas a denominação mais própria é a de discriminantes, ou “causas objetivas de exclusão de crime” (Massari), ou “causas excludentes de ilicitude objetiva” (Angioni), ou “causas de inexistência de crime” (Cavallo). Hungria, Nelson; Fragoso, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, v. 1, t. II, p. 215. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Por decorrência, concordam os criminalistas que “no estado de necessidade, não há crime, o que vale dizer: o fato necessitado é objetivamente lícito”. Op. cit. p. 218.

⁴⁷⁶ Bittencourt, Cesar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, p. 299. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Francisco Muñoz Conde, tratando especificamente do estado de necessidade, considera que a necessidade deve ser valorada de um modo objetivo, “embora logicamente tendo em conta a situação concreta na qual se encontra o sujeito e as circunstâncias e meios de que dispõe”. Op. cit. 106.

⁴⁷⁷ Por ilustração, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul considerou insignificante a prática de estelionato que redundou em prejuízo de R\$ 126,00 à vítima, valor que à época dos fatos era equivalente à 36% do salário mínimo. Os acusados teriam subtraído um cheque, na agência bancária, e com ele pago compras de produtos coloniais. Íntegra da ementa: “APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO. ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE RESULTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. A mera realização de atividade prevista como crime pela lei (tipicidade formal) não enseja condenação se ausente o resultado dessa ação (tipicidade material), sob pena de violação ao princípio da insignificância. A conduta descrita na denúncia e apurada durante o processo, embora reprovável (e a reprovabilidade é inerente a todos os tipos penais), não causou, em momento algum, prejuízo a bens jurídicos significativos para o Estado ou para a vítima, já que o valor total da res furtiva é inferior à metade do salário mínimo à época do fato. Não há, portanto, resultado da ação praticada, de modo que o fato é atípico (ausente a tipicidade na esfera material) pela incidência do Princípio da Insignificância. Por maioria, apelação provida. Absolvição decretada”. (TJRS AC 70050440916, 5. C.Crim., Rel. Francesco Conti, j. 14/11/2012).

resultado”.⁴⁷⁸ Quanto ao segundo, serve para justificar absolvições, sob o fundamento de que “considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados.”⁴⁷⁹

Dentro desse contexto, autores penalistas aludem ao “juízo valorativo objetivo”, que é formado em consideração a todo o sistema jurídico, pois a antijuridicidade não se encontra na expressão gramatical da lei, mas sim na norma de cultura.⁴⁸⁰ Sobre este aspecto, pondera Francisco Muñoz Conde que a análise da antijuridicidade demanda a comunicação entre os vários ramos do Direito, chegando a conclusão de que o seu conceito precisaria ser unitário: “o termo antijuridicidade expressa a contradição entre a ação realizada e as exigências do ordenamento jurídico. Diversamente do que ocorre com outras categorias da teoria do delito, a antijuridicidade não é um conceito específico do direito penal, mas um conceito unitário, válido para todos os ordenamentos jurídicos, embora tenha consequências distintas em cada ramo do direito. O Direito Penal não cria a antijuridicidade, senão seleciona, por meio da

⁴⁷⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, p. 300. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Giovanni Torregrossa chama a atenção para “prospettiva psicologica del fatto necessitato”. O autor oferece exemplos, a fim de demonstrar que o direito penal não pode ficar alheio aos motivos psicológicos que induzem a pessoa. Pense-se na hipótese de um sujeito que, para salvar de morte segura o próprio filho, sacrifique bens ou a vida de terceiros. Não haveria como ignorar a “imponente realtà dei sentimenti che agitano l’animo del padre”, quando salva o filho do perigo que corre e que, alterando de forma cogente a sua volição, tornam a sua ação insuscetível de uma valoração social negativa, a ponto de justificar uma sanção penal. O mesmo vale para a pessoa que atua em favor de um amigo. É evidente que o legame afetivo desempenha um papel relevante que leva a pessoa a agir. In La responsabilità da atto lecito nel diritto privato, p. 144. Milano: Giuffrè, 1964.

⁴⁷⁹ Por ilustração: “HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. OCULTA COMPENSATIO. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta *compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. A subtração de aparelho celular cujo valor é inexpressivo não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. Aplicação do princípio da insignificância, no caso, justificada. Ordem deferida”. (STF, HC 96496/MT, 2. T., Rel. Min. Eros Grau, j. 10.02.2009. DJe: 094, p. 22.05.2009, ement., v. 02361-04, p. 776). Nem sempre um furto de pequeno valor nem sempre será considerado como insignificante, à luz do direito, pois o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça exigem para o reconhecimento da bagatela exigem a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nesse sentido: STF, HC 108117, 1. T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07.06.2011. DJe-119, p. 22.06.2011. No mesmo sentido: HC 108528, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1. T., j. 21/06/2011; HC 106068, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1. T., j. 14/06/2011 e HC 96852, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2. T., j. 01/02/2011. STJ, HC 198.803/MG, 5. T. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, j. 20/09/2011, DJe 14/11/2011.

⁴⁸⁰ Sergio Vela Treviño, Antijuridicidad y Justificación, pp. 157-161

tipicidade, uma parte dos comportamentos antijurídicos, geralmente os mais graves, cominando-os com uma pena. Normalmente, a realização de um fato típico gera a suspeita de que esse fato é também antijurídico (função indiciária da tipicidade); mas essa presunção pode ser desvirtuada pela ocorrência de uma causa de justificação excludente de antijuridicidade. Se não ocorrer qualquer dessas causas, afirma-se a antijuridicidade e o passo seguinte é, então, a constatação da culpabilidade do autor desse fato típico e antijurídico”.⁴⁸¹

O sistema penal brasileiro conhece variadas formas de afastar a antijuridicidade de condutas, nem todas descritas na lei.⁴⁸² Não se aplica, portanto, o princípio da tipicidade neste tema. Além do estado de necessidade, podem ser arroladas: (a) legítima defesa⁴⁸³; (b) estrito cumprimento do dever legal⁴⁸⁴; (c) exercício regular de um direito, ofício ou cargo⁴⁸⁵; (d) inexigibilidade de conduta diversa⁴⁸⁶; (e) consentimento do ofendido⁴⁸⁷; (f) autotutela⁴⁸⁸, etc.

⁴⁸¹ Teoria Geral do Delito, p. 85.

⁴⁸² Para Cezar Roberto Bittencourt, a existência de causas justificantes supralegais é uma “decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam *justificar-se* perante a ordem jurídica, mesmo quando eventualmente venham a se adequar a algum tipo penal. A própria natureza dinâmica das relações sociais e a necessidade de contextualização do Direito Positivo, que deve regular a convivência de uma comunidade em um determinado momento histórico, exigem o abandono de uma concepção puramente positivista das normas permissivas”. Bittencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, v. 1, p. 303. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁸³ Positivada no Código Penal, art. 23, II. Na jurisprudência, por ilustração, absolvição do réu que agrediu com um “golpe com o lado de um facão” uma pessoa que invadira o pátio de sua casa para urinar (TJRS, AC 70049581580, 3. C.Crim., Rel. Nereu José Giacomolli, j. 13/09/2012).

⁴⁸⁴ Positivado no Código Penal, art. 23, III. É o caso do julgado do STJ que concluiu não se poder “extrair crime na conduta de Auditores Fiscais do Tesouro Nacional que, após auditoria realizada nas dependências da empresa, lavraram Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal, encaminhando-o, ainda, ao Ministério Público Federal, nos termos do art. 83 da Lei 9.430/96. Acertadamente, estamos diante de fatos tidos como atípicos, pois agiram com razoabilidade e no estrito cumprimento do dever legal. Recurso a que se nega provimento”. STJ, REsp 631.596/PE, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 07/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 463. No juízo cível, o afastamento de pretensão indenizatória em decorrência de prisão em flagrante: “não comprovado nos autos que os Policiais Militares tenham cometido excessos ou abusos por ocasião da prisão em flagrante de indivíduo que estava em situação de flagrante em face de suspeita de tentativa de roubo recém ocorrida, segundo alegação da vítima, inexistente obrigação de indenizar os alegados danos materiais e morais, ainda que posteriormente o réu seja absolvido em ação penal, mormente porque a atividade dos agentes públicos se deu em razão do exercício regular de um direito e no estrito cumprimento do dever legal”. TJSC, AC 2006.026591-0, 4ª CDPúb., Rel. Des. Jaime Ramos, j. 21-05-2009. Esta é uma orientação histórica da jurisprudência brasileira, que será oportunamente criticada neste trabalho. Poderia, ainda, ser aventada a “obediência devida”, figura muito próxima do estrito cumprimento do dever legal. Figure-se a hipótese do filho ou do fiel, ao adimplir determinação dos pais ou de autoridade religiosa.

⁴⁸⁵ Positivado no Código Penal, art. 23, III.

Todas essas figuras colaboram para aproximar o Direito da Justiça, pois o julgador conta com institutos que desnaturam o ilícito, permitindo-lhe moldar as previsões abstratas à luz das contingências do caso concreto. Outrossim, o histórico reconhecimento das causas de justificação demonstra a aptidão da ciência jurídica para recepcionar os novos anseios e características da sociedade, através da atuação das fontes. Fazendo um paralelo com o Código Reale, a atuação do direito penal atende aos seus três princípios fundamentais, afinal, nas condições anunciadas acima, não é ético condenar um sujeito, pela ausência de desvalor social, sendo que o magistrado possui ampla liberdade para analisar, concretamente, as condutas, pois o rol de situações que excluem a ilicitude não é exaustivo. Eticidade, socialidade e operabilidade são realizadas pelo regramento penal.

Quanto aos requisitos para a configuração do estado de necessidade, a lição de Enrico Ferri, mostra-se didática ao apontar oito exigências para a sua configuração: 1) o constrangimento pela necessidade; 2) intuito de salvação; 3) perigo; 4) grave; 5) iminente; 6) para a pessoa; 7) que não lhe deu causa 8) que não pode ser evitado de

⁴⁸⁶ Reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como uma causa de exclusão da antijuridicidade. HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27. 6 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 223. No mesmo sentido, Damásio de Jesus, para quem “a conduta só é reprovável, quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro proibido”. Direito Penal. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 477/478. Esta justificativa foi acolhida pelo TJMG para o fim de absolver cidadã que enfrentava “graves dificuldades financeiras”, tendo de deixar os filhos sozinhos em casa, “pois precisava se prostituir para alimentá-los.” TJMG, AC 1.0446.08.009058-7/001, 3ª C. Crim., Des. Rel. Antônio Armando dos Anjos. DJ. 04/12/2012.

⁴⁸⁷ Neste sentido: Terré, François; Simpler, Philippe; Lequette, Yves. Droit civil: Les Obligations. 9ª éd. – Paris: Dalloz, 2005, p. 719; Varela, João de Matos Antunes Varela. Das obrigações em geral. vol. I. 10.ª ed., - Coimbra: Almedina, 200, p. 560/561; Cordeiro, Antônio Menezes. Tratado de Direito Civil Português, II Direito das Obrigações, tomo III. – Coimbra: Almedina, 2010, p. 502/505; Viney, Geneviève; Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité. 3.ª éd. – Paris: L.G.D.J., 2006, p. 589. A jurisprudência também reconhece o consentimento do ofendido como uma forma de afastar a antijuridicidade: Ementa: “Furto. Absolvição. Como destacou o Julgador, absolvendo o apelado: “Conforme relatado pela vítima Elisângela esta voltou a conviver com o acusado tendo manifestado em audiência que perdoou-o quanto aos fatos ocorridos, assim embasado na melhor doutrina penal acolho a causa supralegal de exclusão do crime, qual seja, consentimento do ofendido, não olvidando que se trata de ação pública incondicionada em seu aspecto processual não interferindo este contudo em seu aspecto material do crime. Dessa feita não havendo fato típico e ilícito pela causa ora reconhecida pelo consentimento do ofendido, causa supralegal de exclusão do crime, tenho que a denúncia é improcedente. Decisão: Apelo ministerial desprovido. Unânime”. (TJRS, AC 70043815257, 7. C.Crim., Des. Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 11/08/2011).

⁴⁸⁸ Excepcionalmente reconhecido na lei, pela doutrina e pela jurisprudência. Como exemplos de doutrinadores que pregam ser este um fator excludente da antijuridicidade estão: Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações, vol. I, 8.ª ed. – Coimbra: Almedina, 2009, p. 310/311; Costa, Mário Júlio de Almeida Costa. Direito das Obrigações. 8.ª ed.. – Coimbra: Almedina, 2000, p. 512/513.

outro modo.⁴⁸⁹ Adaptando a sua teoria ao direito brasileiro, poderia ser trocado o sexto requisito por uma expressão mais ampla, como perigo grave e iminente em relação a “bens dignos de tutela”, pois no Brasil serve o estado de necessidade para preservar outros direitos além da vida.⁴⁹⁰

Na análise desse arcabouço normativo, surgem algumas conclusões compartilhadas pela doutrina: (a) o que não pode ser razoavelmente exigido a um homem, não lhe pode ser imposto pelo direito positivo⁴⁹¹; (b) o estado de necessidade pode brotar da natureza ou da ação humana⁴⁹²; (c) é necessário que os interesses em litígio se encontrem protegidos pelo Direito⁴⁹³; (d) é indispensável que o perigo seja atual, que exista a probabilidade do dano, presente e imediata, ao bem jurídico⁴⁹⁴; (e) o dano poderá ser patrimonial, pessoal ou moral, pois a lei não distingue, caindo todas as hipóteses na sua letra, no seu espírito e na sua teleologia⁴⁹⁵; (f) a conduta do agente deve constituir meio necessário para preservar o direito ou bem jurídico em causa⁴⁹⁶; (g) o agente deverá observar os estritos limites da necessidade para a remoção do perigo, pois será responsabilizado pelo excesso que provocar⁴⁹⁷; (h) pode a atividade dirigir-se ao

⁴⁸⁹ Princípios de Direito Criminal, p. 438.

⁴⁹⁰ Mais resumidas são as condições elencadas por Francisco Muñoz Conde: (a) que o mal causado não seja maior do que o mal que se pretende evitar; (b) que a situação de necessidade não tenha sido provocada intencionalmente pelo sujeito; (c) que o necessitado não tenha, em razão de seu cargo ou ofício, obrigação de sacrificar-se. Op. cit. pp. 106-108. Nelson Hungria e Heleno Fragoso identificam quatro requisitos: (a) perigo atual não provocado voluntariamente pelo agente; (b) salvamento de direito do próprio agente ou de outrem; (c) impossibilidade de evitar por outro modo o perigo; (d) razoável inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado”. Nelson Hungria e Heleno Fragoso, Comentários ao Código Penal, p. 220.

⁴⁹¹ Nelson Hungria e Heleno Fragoso, op. cit. p. 219.

⁴⁹² Eugenio Zaffaroni, op. cit. p. 488. Júlio Fabbrini Mirabete. *Código Penal Interpretado*, p. 197. São Paulo: Atlas, 1999.

⁴⁹³ Damásio de Jesus, *Direito Penal*, v. 1, p. 370. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁹⁴ Júlio Fabbrini Mirabete, *Código Penal Comentado*, p. 197. São Paulo: Atlas, 1998.

⁴⁹⁵ Antonio Menezes Cordeiro. *Tratado de Direito Civil Português*, v. II, t. 3, p. 495.

⁴⁹⁶ Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das Obrigações*, p. 517. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁴⁹⁷ Cristiano Heineck Schmidt. *Responsabilidade Civil*, p. 90. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

salvamento da pessoa ou bem jurídico de outrem⁴⁹⁸; (i) normalmente, a pessoa que, pelo seu ofício, tem o dever de enfrentar o perigo não pode invocar, em seu favor, a excludente, embora dela não se exijam atos de heroísmo⁴⁹⁹; (j) os limites da exigência de sacrifício devem coincidir com os limites legais ou sociais do exercício de sua profissão⁵⁰⁰; (l) a extrema necessidade não pode ser devida a imprevidência, isto é, quando a pessoa posta em perigo previra ou devera prever que, em tal situação, só poderia salvar os seus interesses á custa de interesses alheios⁵⁰¹, (m) como o estado de necessidade exclui a ilicitude do ato, não há legítima defesa contra a prática deste⁵⁰², etc.

Não há dúvidas de que existem características semelhantes entre o estado de necessidade e a legítima defesa.⁵⁰³ Em ambos os casos, a pessoa atua com o fim de se proteger, de se conservar, razão pela qual o Estado, nos domínios do direito criminal, renuncia à punição dos atos realizados nessas condições.⁵⁰⁴ Como pondera Enrico Ferri,

⁴⁹⁸ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, t. II, p. 297. Como registram Geneviève Viney e Patrice Jourdain, “peu importe la nature de ce péril et l’identité de la personne menacée : il peut s’agir de l’auteur de l’acte ou d’un tiers.” Op. cit. p. 577. François Terré. Les Obligations, p. 717. 9. ed. Paris: Dalloz, 2009.

⁴⁹⁹ Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Direito Civil: Parte geral, p. 201. São Paulo: Atlas, 2006. Na doutrina criminal, Cezar Roberto Bittencourt. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, p. 312. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵⁰⁰ Francisco Muñoz Conde, op. cit. p. 109.

⁵⁰¹ Franz von Liszt, op. cit. p. 241. Em outras palavras, Andrea Torrente e Piero Schlesinger consideram que o perigo deve ser involuntário, ou seja, não poderia ter sido criado voluntária ou culposamente pelo causador do dano alheio. Manuale di Diritto Privato, p. 804. 18. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

⁵⁰² A eximente em face do ato cometido para afastar a atuação alheia em estado de necessidade será encontrada em outras figuras. Para alguns autores estrangeiros, na ação direta (p. ex. João de Matos Antunes Varela, Direito das Obrigações, v. 1, p. 559). Para os nacionais, em novo estado de necessidade: “alguém atingido por uma ação realizada em estado de necessidade não pode reagir em legítima defesa, ante a legitimidade daquela ação, mas pode, igualmente, agir em estado de necessidade”. Bittencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, v. 1, p. 309. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵⁰³ Francisco Pontes de Miranda, por ilustração, considera que “o mais acertado, porém, é considerar-se a legítima defesa simples caso do estado de necessidade, no qual existe a peculiaridade da represália que se impõe, da defesa efetivamente necessária: não se comparam danos, reage-se”. Tratado de Direito Privado, t. 53, p. 40. O que visualizamos de comum nas figuras é a inexigibilidade de conduta adversa à luz das circunstâncias.

⁵⁰⁴ Caio Mário da Silva Pereira alude à uma “similitude ontológica” entre os institutos, afinal o sujeito atua para preservação de seus próprios bens, ao causar dano a outrem. Responsabilidade Civil, p. 297. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

estes atos nem são imorais, nem delituosos, “antes são conformes com o direito supremo da própria conservação”.⁵⁰⁵

Dentre as características levantadas pela doutrina para distinguir essas duas figuras, sobressai a circunstância de que a pessoa em legítima defesa afasta mal injusto e grave, ao passo que o estado de necessidade “prescinde da injustiça (injuricidade) da ofensa em perspectiva (a que se contrapõe o fato necessitado)”.⁵⁰⁶ Ou seja, não se exige do cidadão, no estado de necessidade, qualquer análise da fonte do perigo, pois o importante é salvar-se.⁵⁰⁷ Já na legítima defesa, é fundamental que esteja caracterizada a ofensa grave e injusta, sob pena da pessoa não ter a seu favor a eximente.⁵⁰⁸

Outrossim, “enquanto na legítima defesa quem reage ofende o seu agressor, isto é, o responsável da colisão, no estado de necessidade – como no caso clássico do naufrago que tira o outro da tábua de salvação – quem se salva sacrifica o direito pessoal ou patrimonial de terceiros, que são inocentes e que nada fizeram ou (se foram causa involuntária da ocorrência) não pensaram sequer em provocar o perigo contra que aquele se defendeu. E é por isso que a justificação do estado de necessidade exige avaliação mais rigorosa do que a legítima defesa – porque se a condição subjetiva (motivos determinantes) é igual num e noutro caso, a condição objetiva é diferente, não devendo aquele que fica sacrificado na ocorrência imputar a si próprio o dano sofrido,

⁵⁰⁵ Enrico Ferri bem aponta que “como na legítima defesa, também no estado de necessidade, o ato, que suprime ou ofende um direito de outrem, é determinado pelo instinto de conservação e, portanto, por motivos legítimos, pela necessidade de se salvar a si próprio ou a outros – pelo que o ato nem é imoral, nem criminoso. “Non enim crimen dicitur quod mortis adegit impulsus”. E ‘renuncia’ à punição dos atos realizados em estado de necessidade; mas porque estes nem são atos imorais, nem delituosos, antes são conformes com o direito supremo da própria conservação. Mas, enquanto na legítima defesa a colisão é provocada pela agressão por parte de um homem, no estado de necessidade a colisão é provocada por um perigo produzido por forças naturais ou não humanas (animais) ou também por forças humanas, mas sem ser dirigidas a provocar esse conflito particular, por ex., no caso de quem mata ou fere uma pessoa, danifica ou destrói uma coisa de outrem para se salvar de um incêndio dolosa ou culposamente provocado por outra pessoa, ou também para se salvar de um ato de outrem, que não constitua uma agressão efetiva e, portanto, um caso de legítima defesa”. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime, pp. 346 e 347. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998.

⁵⁰⁶ Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. Op. cit. p. 223.

⁵⁰⁷ Como diagnostica Harald Renout, a pessoa em estado de necessidade de encontra confrontada com um dilema: não agir e sofrer o dano ou atuar para eliminar o perigo, embora atingindo bens alheios. Droit Pénal, p. 239. 13. Ed. Orléans: Paradigme, 2008.

⁵⁰⁸ Esta regra é igualmente sublinhada por Francisco Pontes de Miranda, quando enfatiza que “estado de necessidade é a situação fáctica em que, para se evitar perigo, se tem de invadir a esfera jurídica de outrem, uma vez que o perigo não seja atividade de alguém, contrária a direito. Tanto no estado de necessidade quanto na legítima defesa, há “defesa” de interesses próprios, auto-defesa. Mas, nessa, contra êsses interesses se põe ato contrário a direito; naquele, não: há, contra os interesses, outro interesse; contra direito, outro direito”. Op. cit. p. 295.

como, pelo contrário, o deve fazer o injusto agressor. E também porque o perigo, em virtude do que um indivíduo é constrangido a salvar-se, não deve ter sido por ele “causado voluntariamente”, como diz o nº 3 do art. 49, enquanto será mais justo dizer que não foi “causado” por ele, nem sequer involuntariamente”.⁵⁰⁹ De toda sorte, ambas as causas de exclusão da ilicitude admitem a modalidade putativa, a qual ocorre quando a situação justificante apenas existe na representação errônea da pessoa, que não corresponde com a realidade exterior.⁵¹⁰ Logicamente, para que essa situação seja reconhecida, o intérprete deve ser rigoroso, de sorte que apenas poderá chancelar uma conduta nessas situações, quando inevitável o erro.⁵¹¹

Em razão dessas distinções, que indicam uma diversa valoração social da legítima defesa, em relação ao estado de necessidade, naquela não se cogita qualquer dever de indenizar, pois a “vítima”, na realidade, é quem dá causa aos danos suportados. Diversamente, no estado de necessidade, não raro, bens de terceiros são atingidos com o nobre propósito de salvação de outros bens jurídicos.

⁵⁰⁹ Op. cit. p. 437. No mesmo sentido: Cezar Roberto Bittencourt. Tratado de direito penal: parte geral, v. 1, p. 308. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Por esta razão, sustenta Mário Júlio de Almeida Costa que o estado de necessidade seja subsidiário em relação à legítima defesa: “o traço fundamental de distinção assenta em que, na legítima defesa, se reage contra quem criou a situação de perigo e, no estado de necessidade, se salvaguarda o bem jurídico através da lesão de interesses de terceiro que nada contribuiu para a situação de perigo. Daí que se imponha concluir que o estado de necessidade seja subsidiário em relação à legítima defesa: compreende-se que o agente só possa proteger o seu direito com sacrifício da esfera jurídico de terceiro, quando não possa fazê-lo à custa da esfera jurídica do agressor”. Direito das Obrigações. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁵¹⁰ É bela a metáfora de Aníbal Bruno: “é uma miragem que se forma no seu espírito e o leva a agir em desencontro com a realidade”. Este autor considera que “na eximente putativa, há um fato punível, mas por ele não pesa responsabilidade sobre o agente, por ausência de culpabilidade, excluída por erro essencial que o faz crer na licitude do seu comportamento, mas qualquer co-autor que não tenha incidido no mesmo erro é regularmente responsável. A situação putativa de discriminante não exclui a ilicitude do fato, mas apenas o elemento subjetivo da culpabilidade em quem supunha essa situação”. Bruno, Aníbal. Direito penal, parte geral, pp. 121-122. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. O juiz civil, instado a decidir hipótese de estado de necessidade putativo, poderá diferenciá-lo ao arbitrar a compensação do dano, mensurando as circunstâncias concretas que levaram o réu a atuar em prol de uma fictícia salvação.

⁵¹¹ Francisco Muñoz Conde, Op. cit. 105.

Para a caracterização do estado de necessidade é fundamental uma análise comparativa dos bens jurídicos envolvidos.⁵¹² É da essência da extrema necessidade o conflito de interesses lícitos.⁵¹³ Tal conflito é solvido pela análise do juiz: ou exclui o crime ou reduz a pena, a depender do resultado da abordagem.⁵¹⁴ Na realidade, concordamos com Muñoz Conde quando salienta que não é exatamente uma mera questão de interesses em jogo, mas sim uma comparação global entre o “mal causado” e o “mal evitado”.⁵¹⁵

⁵¹² Revalorizando as pessoas, através da tutela dos bens jurídicos, Winfried Hassemer considera que a conduta humana somente pode ser um injusto penal quando lesiona um bem jurídico. Mais do que a reprovabilidade da conduta a contrariedade à norma, é necessário “apresentar uma vítima desta conduta e indicar quanto a este a lesão de bens, de interesses”. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, p. 56. Superada essa premissa, restaria ainda ao direito penal apontar a lesividade social, isto é, “nem toda lesão de um interesse humano (de um bem jurídico) provoca uma reação do direito penal, senão somente algumas que do mesmo modo também tem caráter socialmente prejudicial, que, portanto, excedem o conflito entre o autor e a vítima, os prejuízos individuais da vítima”. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, p. 57. Tradução de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

⁵¹³ Na visão de Franz von Lizst, o direito deixa em aberto o caminho da salvação, pois não quer puni-la, “limita-se a ter em conta os fatos”. A sua histórica lição explica o fenômeno nesses termos: “a verdadeira concepção deve partir desta consideração: é da essência da extrema necessidade o conflito de interesses lícitos, cada um dos quaes só pode ser conservado á custa do outro. Si ao interesse posto em perigo é sacrificado um interesse de igual valor (vida contra vida), falta ao direito, de um lado, o poder e, do outro, a ensancha para intervir, inflingindo e executando penas. O legislador não prohine a acção que não quer punir; limita-se aqui, como em outros casos, a ter em conta os factos; tolera o que não pode mudar, e regula o que deve tolerar. Não confere ao individuo que corre perigo um direito de necessidade, mas deixa-lhe o campo livre”. Op. cit. p. 235. No mesmo sentido, é a posição de Pontes de Miranda, quando corretamente afasta o reconhecimento de um “direito subjetivo” a agir em estado de necessidade: “o que está na situação prevista no art. 160, II, como o que se acha em situação de legítima defesa, pratica o ato como pode beber, comer, dormir, como ato da vida, ato do mundo fático. Não está a exercer direito subjetivo. O seu ato não vai entrar no mundo jurídico como ato ilícito; e é tudo. Se algum dever de reparação lhe vem a caber, o seu ato entrou no mundo jurídico como ato-fato jurídico, o que é outra coisa”. Tratado de Direito Privado, v. 2, p. 303. Em sentido contrário, entendendo que há um direito subjetivo de liberdade e que dele decorre o estado de necessidade: Damásio de Jesus. Direito Penal, v. 1, p. 366.

⁵¹⁴ A diferença de tratamento no sistema penal, a partir da ponderação dos bens envolvidos é bem descrita por Cezar Roberto Bittencourt: “no entanto, quando o bem ou interesse sacrificado for de maior valor, pela *desproporcionalidade* entre *valor preservado* e *valor sacrificado*, parece-nos que não está abrigado pela previsão do estado de *necessidade justificante*, quando então a ação típica será também antijurídica. Aliás, essa é a interpretação que se pode fazer da previsão do § 2º do art. 24, que não é outra coisa que a *ponderação de bens*, prevendo uma *culpabilidade diminuída*, permitindo a redução de pena, ainda que excepcionalmente (“Art. 24, § 2º *Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços*”). Por essa previsão – *minorante* –, quando houver desproporcionalidade entre os bens em conflito, perecendo o bem mais valioso, afasta-se, legalmente, não só o estado de necessidade justificante, mas também o estado de necessidade”. Bittencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, p. 310. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵¹⁵ Correta é a avaliação do professor espanhol, enfocando o mal causado e o mal evitado: “que não é somente uma questão de ponderação de interesses em jogo, o demonstra também o fato de que no art. 8º, 7º, o requisito primeiro do estado de necessidade não alude a uma comparação dos bens em conflito, senão entre o mal causado e o mal evitado. Por outra parte, nem sempre são comparáveis as entidades dos bens nem dos males em conflito; reflita-se, por exemplo, acerca do aborto por razões éticas (quando a

Veja-se a este respeito o exemplo trazido por Mário Júlio de Almeida Costa. Não há dúvidas de que, em abstrato, a pessoa tem primazia em relação ao patrimônio. Contudo, figure-se a hipótese de um cidadão que, para evitar a destruição de uma valiosíssima coleção de arte, provoca em terceiro ligeiros ferimentos.⁵¹⁶ Haveria razão jurídica para se afastar a eximente do estado de necessidade? Acreditamos que não, embora admitamos que o direito ao corpo, no plano abstrato, possui tutela privilegiada em relação ao direito ao patrimônio.

Outros exemplos interessantes são lembrados por Geneviève Viney e Patrice Jourdain, quando apresentam dois precedentes das Cortes de Nancy e Albi, em que o ato de escolher algumas pessoas para o fuzilamento e prestar informações ao exército alemão, ao tempo da ocupação nazista, a pretexto de salvar a própria vida, não foi tido como suficiente para caracterizar um estado de necessidade.⁵¹⁷ O valor da conduta dos réus foi desqualificado socialmente.

Estes casos demonstram que a análise deve ser feita com os olhos voltados ao caso concreto e que o raciocínio puramente abstrato não é o mais adequado para a resolução dessas questões. Afinal, como bem percebe João de Matos Antes Varela, “as situações podem variar de tal modo e ser tão diferentes a liberdade de determinação e de acção das pessoas, que se entregou ao prudente critério do julgador, mediante a equilibrada ponderação de todos os interesses em jogo, a tarefa de decidir não só sobre o

gravidez fora produto de estupro) ou do aborto por razões eugênicas (para evitar uma prole tarada ou deformada) que, nos ordenamentos que os admitem expressamente, constituem claras causas de justificação, sem que por isso se pense no menor valor da vida do feto. Por isso, embora o princípio da ponderação de interesses informe, sem dúvida, a regulamentação do estado de necessidade, não se deve dar a tal princípio uma importância exclusiva”. Op. cit. p. 105.

⁵¹⁶ Diz o autor: “todavia, a ideia de ponderação de interesses subjacente ao estado de necessidade torna-o susceptível de abranger situações em que se verifique a violação de bens pessoais. Com efeito, se a razão de ser dessa categoria dogmática radica no propósito de preservar bens jurídicos manifestamente mais valiosos em detrimento de outros menos valiosos, não se vê que os termos da equação tenham de alterar-se quando o bem jurídico sacrificado possua natureza não patrimonial. Dada a própria essência de tais bens, trata-se, porém, de situações de verificação rara – uma vez que os bens da personalidade se apresentam, via de regra, mais valiosos do que os patrimoniais. Até por esta circunstância, os casos práticos em que se revele uma supremacia dos bens patrimoniais sobre os pessoais serão de uma tão forte evidência que se tornará difícil deixar de considerá-los abrangidos pelo espírito do n.º 1 do art. 339.º (ex.: A, para evitar a destruição de valiosíssima coleção de arte, provoca num terceiro, C, ligeiros ferimentos). Mesmo assim, há que ter presente a natureza extrema de tais situações, que, se, por um lado, justificam o teor restritivo da lei, por outro lado, só poderão exactamente apreciar-se em função de cada hipótese concreta”. Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, p. 516. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁵¹⁷ *Les Conditions de la Responsabilité*, p. 579, rodapé 1088. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006.

montante da indemnização, mas sobre a própria atribuição dela e a determinação das pessoas responsáveis”.⁵¹⁸

O intérprete, diante do estado de necessidade, é chamado a verificar a utilidade social da conduta do agente. O ato danoso, praticado sob determinadas circunstâncias, precisa ser justificado à luz de sua efetiva utilidade (“acte socialement utile”).⁵¹⁹

Dentro desse quadro normativo, não são poucos os autores que demonstram a sua contrariedade com a postura preconizada pelo Código Civil Brasileiro.⁵²⁰ Nelson Hungria considera que a “solução lógica” seria a ação direta apenas contra o causador do perigo e não contra a pessoa que, por uma infelicidade, necessitou atingir bens alheios para salvar-se.⁵²¹ Enrico Ferri, nessa linha, considera que os atos positivamente justificados não são crimes, mas ações conformes ao direito, de sorte que quem por eles sofre um dano não deveria ter direito a fazê-los reparar. A melhor solução jurídica, na sua opinião, seria equipará-los a uma desgraça, “uma *pauperie* que lhe sucedeu por

⁵¹⁸ Como bem ponderado por João de Matos Antunes Varela, o razoável, nessas condições, seria a possibilidade do tribunal condenar na indemnização, consoante os casos, quer só o autor do acto, quer só o causador do estado de necessidade, quer apenas o terceiro que beneficiou do acto, quer um e outros simultaneamente”. Das Obrigações em Geral, v. 1, p. 560. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁵¹⁹ Geneviève Viney e Patrice Jourdain. Le Conditions de la Responsabilité, p. 579.

⁵²⁰ A exemplificação de Flávio Tartuce bem demonstra o equívoco do legislador brasileiro: “Imagine-se um caso em que uma criança grita em meio às chamas de um incêndio que atinge uma residência. Um pedestre vê a cena, arromba a porta da casa e salva a criança da morte iminente, prestes a acontecer. Nesse caso, se o dono da casa não causou o incêndio, deverá ser indenizado pelo pedestre herói (art. 929 do CC). Somente se o incêndio foi causado pelo dono do imóvel é que não haverá dever de indenizar. No primeiro caso, o herói terá direito de regresso contra o real culpado pelo incêndio (art. 930 do CC). Observa-se, com tais conclusões, que o Código Civil atual, a exemplo do seu antecessor, continua a não incentivar intervenções heroicas! Na verdade, o art. 929 do CC representa um total absurdo, pois, entre proteger a vida (a pessoa) e o patrimônio, dá prioridade a este último. Não há dúvidas de que o comando legal está em total dissonância com a atual tendência do Direito Privado, que coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico, pela regra constante do art. 1º, III, da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil) – Personalização do Direito Civil e consequente despatrimonialização”. Direito Civil, v. 2, p. 46. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. No mesmo sentido: Carlos Roberto Gonçalves, quando alerta que a solução brasileira pode “desencorajar muitas pessoas a tomar certas atitudes necessárias para a remoção de perigo iminente”. Da Responsabilidade Civil, p. 799.

⁵²¹ “É de notar-se que o nosso Código Civil, depois de declarar, no art. 160, II, que “não constitui ato ilícito a deterioração da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente” contraditoriamente, ao tratar das “obrigações por atos ilícitos”, dispõe (art. 1.519) que “se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á indenização do prejuízo, que sofreu”, e (art. 1.520 e seu parágrafo único) que por tal indenização responde o autor do dano, ainda que não culpado do perigo, apenas ressalvado direito regressivo contra o culpado ou o beneficiário do fato. A solução lógica seria tão-somente a ação direta contra o culpado do perigo; mas... *legem habemus*”. Hungria, Nelson; Fragoso, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, v. 1, t. II, p. 226. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

parte de um homem em estado de necessidade (que para se salvar de um incêndio destrói uma coisa, fere ou mata uma pessoa) como lhe sucederia por parte de um raio”⁵²². No mesmo sentido, a crítica de Giovanni Torregrossa, quando traz o exemplo da tábua de salvação e reputa contrário a todos os princípios de ordem moral e jurídica considerar que, por ter jogado um naufrago à sua sorte, com o escopo de afastar o grave perigo de perder a própria vida, o cidadão ficasse constrangido a pagar qualquer tipo de indenização aos herdeiros da vítima.⁵²³

Por ora, o direito brasileiro não segue esta orientação, pois a pessoa que reage em estado de necessidade, ocasionado sem a sua colaboração, pela letra da lei indeniza, embora seja tão vítima quanto à outra pessoa lesionada para a sua salvação. Quem sabe, com o avançar dos anos, possa a sociedade concluir que é melhor socializar a responsabilidade pela reparação dos danos provocados em estado de necessidade, a fim de ser respeitado o instinto de conservação e, principalmente, entusiasmar os seus membros a salvar terceiros.⁵²⁴ Na lição de Francisco Pontes de Miranda, comentando precedente do direito português, se se beneficia toda uma cidade, a responsabilidade

⁵²² Prossegue o autor italiano, sublinhando que “A opinião de alguns civilistas é em sentido contrário, mas não é exata. Admitindo também, como eu creio, uma responsabilidade civil sem culpa, por ex., no delinvente absolvido por enfermidade mental, é necessário, porém, sempre que o ato de que deriva um dano a outrem seja *contra jus* ou pelo menos *sine jure*. Mas, tanto na legítima defesa, como no estado de necessidade e na execução da lei, o ato é legítimo e legal e, portanto, o dano produzido por esse ato a outrem é uma desventura merecida ou imerecida, cuja responsabilidade mesmo civil não pode respeitar a quem tenha agido nos limites do seu direito e por motivos legítimos”. Ferri, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime, p. 439. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998.

⁵²³ La Responsabilità da atto lecito nel diritto privato, p. 129. Milano: Giuffrè, 1964. Prefere o autor trabalhar a ideia de inexigibilidade de conduta adversa, para afastar qualquer pretensão indenizatória: “tenendo presente l’esistenza di impulsi che a volta possono essere affettivi, a volta semplicemente di solidarietà umana, è lecito, a parer nostro, ampliare il concetto di ‘inesigibilità’ e ritenere che allo stesso modo in cui non è giusto nè ragionevole imporre ad un soggetto una determinata condotta quanto è in pericolo la sua persona, così non sarebbe conforme ad equità pretendere da un soggetto la compressione degli indicati impulsi di alto valore umano che possono indurlo a intervenire a favore di una persona esposta a grave pericolo”. Op. cit. p. 143.

⁵²⁴ Algo que é plenamente possível no mundo do direito, afinal ele se caracteriza, enquanto ciência social, pela constante mudança, como bem apontado na lição de Francisco Pontes de Miranda: Francisco Pontes de Miranda: “há evolução intrínseca do direito. Algo que hoje reputamos por bom e estável, tempo virá que o tenha por imprestável e iníquo. Por onde se tira que pouco vale, por si só, o juízo humano, nas contingências das realizações sociais, quando não o segura e encaminha o método científico, tão generoso em nos abrir horizontes e em revelar a possibilidade de outros, que os resultados dos seus cometimentos de hoje não alcançam, não preveem. A relatividade das coisas humanas e das instituições sociais é a mais evidenciada e fecunda das lições da história das sociedades; é ainda, porém, a ideia em que menos crêem os nossos contemporâneos: julgam-se ao topo de um castelo e dele contemplam, como os mais felizes, as gerações que os antecederam. É a ilusão produzida pelo presente; mas dia virá em que consideraremos injustas regras jurídicas de hoje e escrever-se-ão entre iniquidades, como agora o fazemos quanto aos costumes de Santarém e de Cima-Coa, muitos artigos dos melhores Códigos”. Tratado de Direito Privado, v. 53, p. 20.

deveria ser de todos os habitantes.⁵²⁵ Seria o mais justo, embora contrário à interpretação literal de nossas normas.

É mais uma hipótese em que o direito brasileiro no afã de proteger uma pessoa vítima transfere o peso do restabelecimento do equilíbrio a outro indivíduo, cujo azar o fez réu no processo.⁵²⁶ Não deveria ser a sorte o fator de imputação, especialmente pelo fato de se conseguir proteger a vítima de outras maneiras, como pelo acionamento do causador do perigo ou de seguro de responsabilidade ou ainda, em situações excepcionais, pela diluição dos danos entre os membros da sociedade.

De toda sorte, o fato é que o Código Civil reconhece direito à indenização, a ser paga inicialmente pela pessoa que lesiona bens alheios, embora em situação de necessidade. E, apenas em um segundo momento, o direito nacional atinge o causador do perigo ou a pessoa beneficiada pela atuação alheia, em eventual ação de regresso a ser interposta, conforme art. 930.⁵²⁷ Conforme a previsão legislativa, quando evidenciado que o perigo surgiu por “por culpa de terceiro”, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Idêntica demanda compete contra aquele em defesa de quem se causou o dano, na linha do parágrafo único, do art. 930.

No nosso sentir, a opção do Código Civil Brasileiro pode ser tida como correta, apenas e na exata medida em que o julgador atribuir uma “compensação” e não reparar integralmente o dano sofrido pela vítima. Não se aplica, pois, a regra do art. 944, *caput*, CCB, como será observado no derradeiro capítulo desta tese.

De toda sorte, enquanto não alterada a legislação, para se excluir qualquer indenização devida por parte do agente em estado de necessidade, mostra-se de vital importância idealizar uma forma de contemplar o seu direito de regresso, no mesmo

⁵²⁵ Op. cit. p. 45.

⁵²⁶ A crítica de Anderson Schreiber é procedente: “solidariza-se a verificação dos pressupostos da condenação, admitindo-a quase automaticamente, com base no substrato ideológico de que somos todos responsáveis, mas o dever de reparar continua pesando, caso a caso, sobre um responsável único. Deste modo, cada responsabilizado conserva a impressão de que em tal posição foi colocado por álea, por azar, por injustiça mesmo, enquanto a sociedade como um todo deixa de assumir a responsabilidade que, diluída, maior proteção asseguraria à vítima”. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 233. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵²⁷ Pretensão regressiva que pode ser intentada no mesmo processo em que se busca a reparação, através do instituto da denunciação da lide (art. 70, III, CPC).

processo em que é demandado. No ponto, a tese acredita que uma comparação com as demandas indenizatórias pelos danos causados no trânsito se mostra extremamente útil.

Inicialmente, a posição tradicional do direito brasileiro ia no sentido de que competia a vítima acionar exclusivamente o proprietário ou o motorista responsável pelo acidente. Estes demandados deveriam denunciar à lide, com apoio no art. 70, III, CPC, a sua seguradora, para ingressar no processo. Ao final, o magistrado apreciaria as “duas relações de direito material distintas”, na mesma sentença, declarando se fosse o caso o dever de reembolso. Na fase de cumprimento de sentença (na época, era um novo processo de execução), a vítima atingia o patrimônio dos réus e, após a sua satisfação (quando ocorria, pois em muitos casos a insolvência impedia o sucesso prático da reparação), prosseguia o processo entre as partes do contrato de seguro.⁵²⁸

Foi na década de 1990 que surgiram alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça tentando alterar esse estado de coisas. Com o apelo à boa fé e à função social do contrato de seguro, passou a ser admitida a condenação solidária do motorista, do proprietário e da seguradora, viabilizando assim a execução direta contra a última, para a satisfação das vítimas.⁵²⁹

Recentemente, em 2012, instado a definir no plano nacional os limites processuais da denunciação da lide, para equalizar os interesses envolvidos, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a sua jurisprudência, orientando-se pela condenação solidária de motorista, proprietário e – o mais importante - a seguradora.⁵³⁰ À luz dessa orientação, foi autorizada a formação de litisconsórcio entre essas pessoas.⁵³¹

⁵²⁸ Em artigo específico, publicado em livro em homenagem ao professor Araken de Assis, abordamos a evolução da jurisprudência do STJ, concluindo que a mutação permitiu a realização prática dos princípios da boa fé e da função social do contrato de seguro, espelhando melhor o espírito do Código Civil de 2002. Cf. “Novas reflexões sobre a condenação direta do litisdenuciado”. In: Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Tesheiner, José Maria Rosa (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁵²⁹ Dentre os precedentes que permitem a visualização dessa saudável evolução jurisprudencial: REsp 699.090/SP, 6. Turma, Rel. Min. Paulo Medina. DJ: 19.06.2006, p. 215; REsp 982.941/SP, 3. Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ: 25.10.2007, p. 178; REsp 686.762/RS, 3. Turma, Rel. Min. Castro Filho. DJ: 18.12.2006, p. 368; REsp 211119/RS, 2. Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ: 20.06.2005, p. 181.

⁵³⁰ Consolidando a orientação que veio a se tornar majoritária na década de 2000, a Corte editou a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA EM FACE DO SEGURADO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice. 2. Recurso especial

Ainda não foi desta vez, contudo, que foi admitida a ação direta da vítima em desfavor da seguradora.⁵³² O principal argumento utilizado, para barrar esta pretensão, foi a garantia do devido processo legal, lembradas no voto do Relator, Min. Luís Felipe Salomão: “nessa linha de raciocínio, penso que não há como, segundo os ditames do devido processo legal e da ampla defesa, reconhecer a responsabilidade civil do segurado em demanda intentada à sua revelia, envolvendo somente a suposta "vítima" e a Seguradora do suposto "causador do dano". Em demandas desse jaez, fica inviabilizada a investigação de todas as circunstâncias do evento e somente se chega à conclusão acerca da responsabilidade da seguradora 1) pelo fato de constar no contrato de seguro essa obrigação, a qual, como dito, está sujeita a condição suspensiva; 2) por presunção de que quem reclama a indenização ostenta a condição de "vítima", e que o segurado é o "causador do dano", inferências que podem não se verificar após a dilação probatória com a participação de todos os envolvidos”. Em nosso sentir, o fato de uma pessoa não ser parte, não impede de forma alguma o aproveitamento processual da sua percepção dos fatos relevantes, que podem ser obtidos pela sua oitiva como testemunha, por exemplo.

não provido”. (REsp 925.130/SP, 2. S., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 08.02.2012. DJe 20/04/2012). Trata-se de um excelente meio de proteger a vítima e cumprir a função social que se espera do contrato de seguro.

⁵³¹ Admissível, portanto, o litisconsórcio facultativo entre o indigitado causador do dano e a sua seguradora: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO FACULTATIVO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. LEGITIMIDADE DA SEGURADORA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO EM LITISCONSÓRCIO COM O SEGURADO. 1. Em ação de reparação de danos, a seguradora possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda em litisconsórcio com o segurado, apontado causador do dano. 2. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 1076138/RJ, Rel. 4. T. Min. Luís Felipe Salomão, j. 22/05/2012, DJe 05/06/2012)

⁵³² Cristalizando, também, a orientação histórica da Corte, confirmou-se o entendimento que veta a ação direta exclusivamente ajuizada contra a seguradora: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS AJUIZADA DIRETA E EXCLUSIVAMENTE EM FACE DA SEGURADORA DO SUPOSTO CAUSADOR. DESCABIMENTO COMO REGRA. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. Descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada direta e exclusivamente em face da Seguradora do apontado causador do dano. 1.2. No seguro de responsabilidade civil facultativo a obrigação da Seguradora de ressarcir danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa. 2. Recurso especial não provido”. (REsp 962.230/RS, 2. S., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 08/02/2012. DJe: 20/04/2012)

De toda sorte, aplicando essas lições aos casos de responsabilidade civil derivados de estado de necessidade, uma alternativa seria admitir a denunciação da lide do causador do perigo ou da pessoa cujos bens são salvos pelo bom samaritano, com amparo no art. 70, III, CPC. O ingresso dessas pessoas ao processo autorizaria o magistrado a direcionar a condenação conforme a justiça, isto é, livrando o cidadão modelo de responder, sozinho, pelas consequências patrimoniais de sua boa ação. Ao invés de simplesmente condenar aquele que produziu o dano em estado de necessidade e deixar, para incerto processo futuro, o debate quanto ao reembolso, poderia o magistrado desde logo optar pela condenação solidária, o que garantiria à vítima inegável vantagem.

Esta aplicação prática da denunciação da lide ao estado de necessidade, novamente, iria ao encontro do ideal de solidarismo, pois os bens jurídicos alheios apenas foram salvos pela atuação do réu, razão pela qual é de todo conveniente que todas as pessoas envolvidas no evento participem do processo e iluminem o caminho trilhado pelo juiz para o julgamento da causa. A sua sentença, como dito, poderia partilhar o ônus previsto na legislação de compensar o dano causado em estado de necessidade, aproximando o direito positivo da justiça.

CAPÍTULO 4 - PECULIARIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO

“Orbene, proprio sulla base del più recente orientamento in materia di responsabilità civile, si può affermare che, in realtà, ali atti leciti dannosi, di cui si discute, costituiscono una categoria generale, suscettibile di interpretazione analogica e la cui disciplina è, pertanto, applicabile alle fattispecie simili, nelle quali, cioè, ad un comportamento autorizzato dalla legge, quest’ultima ricollega conseguenze di natura risarcitoria”. Giovanni Giacobbe. In Trattato di Diritto Privato: Illecito e Responsabilità Civile, p. 101. Mario Bessone (org.). Torino: Giappichelli, 2000.

“Il s’en faut de beaucoup que la société puisse offrir à ses membres des modes de réparation aussi variés et aussi nombreux que les moyens employés par les délinquants pour leur nuire. Les diverses manières de nuire à autrui sont innombrables, les diverses façons de réparer le mal sont, au contraire, en très petit nombre.” Demogue, René, De La Réparation Civile des Délits, pp. 44-45. Paris : Elibron Classics, 1897 (ré-impresion 2006).

“In conclusione si può dire come emerge comunque, con prepotenza, una contrapposizione netta tra due categorie di responsabilità. La prima è quella consueta, una responsabilità derivante da un atto illecito, eretta su un danno che è necessariamente antiggiuridico (*non iure* e *contra jus*). E proprio perché l’anima di tale responsabilità risulta costituita dalla sua antiggiuridicità è corretto riconoscere ad essa uno strumento risarcitorio integrale (danno emergente, lucro cessante, valutazione del concorso colposo del creditore etc.). La seconda è quella che pur inconsueta, non poteva che essere presente: una responsabilità derivante da un atto non illecito, costruita sulla collisione tra un atto che si è ritenuto necessario consentire e la realizzazione eventuale di un danno non antiggiuridico (poiché esso è *de iure* o anche *ope legis*). L’anima di tale responsabilità risiede nel principio di giustizia distributiva. Entrambe le categorie appartengono ad una stessa macrocategoria, come può quindi definirsi quella della responsabilità civile. È dunque evidente come la responsabilità da atto lecito non possa essere sovrapposta, o ancor peggio regolata, dalla responsabilità da atto illecito. L’origine e la sostanza sono diverse”. Mazzolla, Marcello. Responsabilità Civile da Atti Leciti Dannosi, p. 128. Milano: Giuffrè, 2007.

Como observado nos capítulos antecedentes, a abordagem do fenômeno jurídico neste início de século passa pela consideração dos interesses de todos os sujeitos atingidos. A teoria do solidarismo, idealizada por Léon Bourgeois e renovada pela pena de Christophe Jamin e Denis Mazeaud, demanda a avaliação dos interesses protegidos pelo Direito, inclusive daquelas pessoas que não são diretamente envolvidas no episódio da vida que gerou o debate de responsabilidade civil.

A doutrina, atenta a esta evolução, preconiza a admissão de vários critérios de imputação do dever de reparar. Não apenas a tradicional ilicitude fundamentada na culpa ou no risco, mas também atos lícitos podem gerar pretensões indenizatórias, como observado nos capítulos antecedentes, na abordagem do Código Civil Brasileiro, especialmente nas situações em que é reconhecido o dever de indenizar independentemente do reconhecimento da licitude do agir, tal como na rescisão do mandato, no rompimento do noivado e no estado de necessidade.

Entretanto, não soa razoável simplesmente aplicar mecanicamente os históricos critérios arquitetados no período em que a responsabilidade civil demandava perquirição de culpa ou risco para resolver os casos, imaginando que assim também encontraremos soluções justas para os casos de responsabilidade civil por atos lícitos. Ao contrário, há particularidades nessa fonte subsidiária do dever de indenizar, que serão enfrentadas neste capítulo da tese.

Já advertia Francisco Pontes de Miranda que agrediria o espírito de Talião oferecer a dois sujeitos o mesmo tratamento, quanto um tivesse agido com dolo e o outro com culpa.⁵³³ Com igual razão, ferirá o espírito de socialidade do Código Civil e a proporcionalidade exigida na regulação das relações jurídicas, obter o mesmo resultado, quando uma ação vai contra o ordenamento e a outra se apresenta justificada, embora tenham produzido idêntico dano.

Nesse norte, este derradeiro capítulo tentará demonstrar que a regra da compensação dos danos lícitamente causados precisa ser considerada subsidiária, de sorte que apenas será admitida quando inexistente outro meio para fundamentar a

⁵³³ A abordagem do autor conserva atualidade, ao sinalizar pela necessária distinção de tratamento jurídico entre atos dolosos e meramente culposos: “Porque, afinal, golpe fortuito e golpe premeditado não caem na mesma similitude taliônica. Como, para se executar a pena de talião, e se vingar de ato imprudente reproduzir o mesmo ato sem a imprudência? Se o ofensor procedeu voluntariamente, como se á de ter peso e medida para se saber se a ferida foi mais larga, ou mais funda? Se excede, e do ato de talião resulta outro, ao ridículo junta-se a atrocidade”. Tratado de Direito Privado, t. 53, p. 16.

reparação. Não haveria utilidade prática em se idealizar uma nova justificativa para a indenização de danos que já possuem adequada fundamentação em outra fonte jurígena.

Ato contínuo, será chamada a atenção para a necessária seleção dos danos indenizáveis, bem como para as formas alternativas de compensá-los. A tese critica a prática de nossa doutrina e de nossos Tribunais, no sentido de simplesmente oferecer uma indenização em dinheiro, postulando que o nosso sistema passe a admitir meios alternativos, com o objetivo de reparar ou compensar o lesado.

Por fim, porém não menos importante, será arquitetada uma distinção entre a forma de tratar a reparação do dano ilicitamente causado (pela aplicação do princípio da reparação integral do dano) e a compensação do dano oriundo da licitude comportamental (a indenização equitativa).

1. O necessário caráter subsidiário da compensação do dano lícito.

Como observado no capítulo segundo, existem muitas fontes do dever de indenizar, no direito brasileiro. Algumas, quicá pelo histórico que carregam, tornam-se mais nítidas ao jurista, como a responsabilidade delitual, o abuso do direito e o enriquecimento sem causa. Outras, porque recentemente incorporadas, tem a sua percepção mais difícil. É o caso da compensação do dano causado por ato lícito.

Uma primeira constatação, no que interessa à aplicabilidade da tese, vai no sentido de sua natureza subsidiária. Ela é introduzida no ordenamento com o fim de oferecer fundamentação para aquelas situações excepcionais, nas quais se mostra extramamente injusto deixar uma pessoa lesada sem algum tipo de compensação. Por tal razão, precisa ser usada com cautela e possui natureza subsidiária, afinal iria de encontro aos princípios do Código Reale idealizar uma teoria que nada agregasse na prática. Ao invés de facilitar a vida das pessoas, o resultado seria aumentar a insegurança do já combalido sistema judicial de reparação dos danos. Logo, não há sentido prático em se discutir a compensação de um dano ocasionado, pelo filtro da teoria aqui esposada, quando outra fonte jurígena do dever de indenizar já outorgar resposta adequada às pessoas.

Desta forma, o presente tópico irá arrolar algumas situações concretas, amplamente discutidas na nossa realidade e outras próximas, mas que não se confundem com os exemplos da presente tese, a fim de diferenciá-los.

O caso da responsabilidade civil da indústria fumageira é interessante, a fim de ilustrar o não incidência de nossa tese. É um assunto que motivou amplo debate na doutrina e na jurisprudência da última década, tendo sido Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pioneiro na procedência de ações de responsabilidade civil.⁵³⁴

Em precedente atraiu a atenção da comunidade acadêmica, o voto proferido pelo Des. Adão Cassiano Nascimento procurou somar razões para a procedência de demandas desta natureza, a partir de múltiplas fontes do dever de indenizar. Apenas na ementa, cuja extensão parece ser proporcional à complexidade do assunto, já se observam argumentos que foram exaustivamente trabalhados na motivação de seu voto. Merecem destaque os seguintes dados fáticos: a) a prova dos autos revelou que a vítima teria fumado durante 40 anos, cerca de 40 cigarros por dia, tendo adquirido enfisema e câncer pulmonar que lhe acarretaram a morte; b) é reconhecido, inclusive de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto à do fumante como à do não-fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais; c) a indústria de tabaco, desde a década de 1950, conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa; d) o discurso doloso da indústria “sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não”.

Quanto aos argumentos jurídicos, podem ser destacados: a) a caracterização do nexo de causalidade, “porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido”; b) o agir culposo da demandada evidencia-se na omissão e na negligência, caracterizando-se a omissão na ação, atraindo a incidência do art. 159 do Código Civil de 1916; c) “o criador de um risco tem o dever de evitar o resultado, exatamente porque, não o

⁵³⁴ TJRS, AC 70000144626, 9. C.C., Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 29/10/2003.

fazendo, comete a omissão caracterizadora da culpa, a chamada omissão na ação”; d) a conduta da empresa violaria os “deveres consubstanciados nos brocardos latinos do *neminem laeder, suum cuique tribuere* e no próprio princípio da boa-fé objetiva existente desde sempre no Direito Brasileiro”; e) embora lícita a atividade da indústria fumageira, a par de altamente lucrativa, esta mesma indústria, desde o princípio, sempre teve ciência de que o cigarro vicia e causa câncer, estando cientificamente comprovado que o fumo causa dependência química e psíquica, câncer, enfisema pulmonar, além de outros males, de forma que a omissão da indústria beira as fronteiras do dolo; f) Não se poderia falar em autonomia privada do fumante, pois “a ocultação dos fatos, mascarada por publicidade enganosa, massificante, cooptante e aliciante, além da dependência química e psíquica, não permitia e não permite ao indivíduo a faculdade da livre opção, pois sempre houve publicidade apelativa, sobretudo em relação aos jovens, sendo necessário um verdadeiro clamor público mundial para frear a ganância da indústria e obrigar o Poder Público à adoção de medidas de prevenção a partir de determinações emanadas de órgãos governamentais. Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar”. Enfim, o “ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade”, pois “a licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte”.

O Superior Tribunal de Justiça, de seu turno, embora reconhecendo a periculosidade inerente do tabaco⁵³⁵, considerou indemonstrado o nexo de causalidade entre o câncer desenvolvido pelo fumante e o consumo do produto. Dentre os argumentos destacados pela Corte, consta não ser possível “simplesmente aplicar princípios e valores hoje consagrados pelo ordenamento jurídico a fatos supostamente ilícitos imputados à indústria tabagista, ocorridos em décadas pretéritas - a partir da década de cinquenta -, alcançando notadamente períodos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor e a legislações restritivas do tabagismo”. Antes da Constituição Federal de 1988 e da vasta legislação restritiva do consumo e publicidade de cigarros, aí

⁵³⁵ Segundo o Min. Luís Felipe Salomão, embora produto de periculosidade inerente, “não seria um produto defeituoso pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço”

incluindo-se notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 9.294/96, “não havia dever jurídico de informação que impusesse às indústrias do fumo uma conduta diversa daquela por elas praticada em décadas passadas”. Ademais, foi ressaltada a autonomia de cada pessoa, ao optar pelo fumo, pois “afirmar que o homem não age segundo o seu livre-arbítrio em razão de suposta ‘contaminação propagandista’ arquitetada pelas indústrias do fumo, é afirmar que nenhuma opção feita pelo homem é genuinamente livre, porquanto toda escolha da pessoa, desde a compra de um veículo a um eletrodoméstico, sofre os influxos do meio social e do marketing”. Para afastar a boa fé, asseverou-se que ela não possui um conteúdo “per se” a ela inerente, mas é necessariamente “contextual, com significativa carga histórico-social”. De acordo com as características históricas e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta, não havia, de fato, nenhuma norma, quer advinda de lei, quer dos princípios gerais de direito, quer dos costumes, que lhes impusesse tal comportamento. Por fim, foram reconhecidos vários fatores que contribuíram ao resultado (como a alimentação, álcool, carga genética e o modo de vida), de sorte “somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio (morte), ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexa causal juridicamente satisfatório”.⁵³⁶

Já se observa, apenas do cotejo dos argumentos lançados pelos Tribunais, em um e outro sentido, que a questão é extremamente complexa, a atrair a máxima atenção da doutrina.⁵³⁷ Cada olhar enfoca um ângulo do fenômeno: a) ausência de demonstração de nexa de causalidade, na visão de José Carlos Moreira Alves⁵³⁸; b) a não caracterização de defeito no produto sob a ótica de Álvaro Villaça de Azevedo⁵³⁹; c)

⁵³⁶ REsp 1113804/RS, 4. T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 27.04.2010. Dje: 24.06.2010.

⁵³⁷ Dentre as obras específicas, destacam-se: Estudos e Pareceres sobre Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente: o paradigma do tabaco (coord. Teresa Ancona Lopez). Rio de Janeiro: Renovar, 2009; Controle do Tabaco e o Ordenamento Jurídico Brasileiro (Coord. Clarissa Menezes Honsi). Paraná: Lumen Juris, 2011.

⁵³⁸ Alves, José Carlos Moreira. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵³⁹ Azevedo, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

o agravamento voluntário do risco, focalizado por Nelson Nery Junior⁵⁴⁰, o que permite a caracterização de “culpa exclusiva do fumante”, no magistério de Galeno Lacerda⁵⁴¹; d) a tutela da autonomia privada, para René Ariel Dotti⁵⁴², e) da liberdade pessoal para Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁴³; f) a estrada de mão dupla da boa fé, via de Judith Martins-Costa⁵⁴⁴; g) Enfim, sintetizando essa posição: a ausência de qualquer pressuposto de responsabilidade civil, sob o enfoque de nosso direito⁵⁴⁵.

Em nosso sentir, esses casos concretos que envolvem a indústria fumageira podem ser adequadamente dirimidos com o emprego das múltiplas fontes, valorizadas nos discursos dos autores acima e dos precedentes, sem a necessidade de se introduzir outra fonte, qual seja a compensação do dano licitamente causado. Com efeito, o debate em relação à causalidade, ao risco inerente, à melhor interpretação do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil, ao papel da autonomia de cada pessoa, enfim todos esses temas já contam com base teórica suficiente para viabilizar que o magistrado encontre a melhor solução.

Para ilustrar a nossa posição, podemos oferecer alguns exemplos: a) ao considerar que o ato da pessoa capaz de adquirir cigarros, neste momento histórico, é o

⁵⁴⁰ Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. In *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵⁴¹ Lacerda, Galeno. Liberdade-Responsabilidade: assunção de risco e a culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. In *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵⁴² Dotti, René Ariel. Cigarro, dependência e responsabilidade civil. In *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵⁴³ Moraes, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵⁴⁴ Martins-Costa, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵⁴⁵ Júnior, Ruy Rosado de Aguiar. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In *Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

que acarreta os efeitos futuros, inibimos a procedência de ações, com apelo a consagradas figuras, como o afastamento do nexa causal, a revelância da autonomia privada ou a “culpa exclusiva da vítima”; (b) quando demonstrado que o vício iniciou quando o fumante ainda era adolescente e, portanto, proibida a comercialização do produto, em tese conseguimos justificar a procedência de ação, com amparo no risco e mesmo na culpa; (c) igualmente podemos considerar excepcionalmente procedente um pedido, na medida em que demonstrado que algum risco conhecido pela indústria ou pelo governo, porém omitido da sociedade, gera determinada consequência danosa, etc.

Desta forma, tendo em vista que o ordenamento já conta com instrumentos suficientes para resolver esse grupo de litígios, não haveria sentido em se recorrer a uma fonte subsidiária, como a da presente tese.

Na Itália, alguns autores apontam como um dos exemplos de responsabilidade civil do ato lícito o dano causado pela duração excessiva do processo judicial.⁵⁴⁶ A solução lá adotada, em nosso sentir, não poderia ser copiada em solo brasileiro, especialmente pelo fato de que aqui há como fundamentar a pretensão indenizatória em outra fonte. No sistema italiano de reparação de danos ocasionados pela desatenção à garantia da “durata ragionevole”, incidem ao menos três fontes específicas, as quais não podem ser aplicadas diretamente ao caso brasileiro, salvo para reforçar a argumentação.

Segundo a ordem histórica, a primeira seria a Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em 4 de novembro de 1950, em Roma, e ratificada em 1955. Segundo a previsão do art. 6.1, “ogni persona ha diritto da un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge”.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ É a posição de Marcello Adriano Mazzola: “l’art. 2 della legge Pinto fa riferimento a danni tanto patrimoniali quanto non patrimoniali, da calarsi nell’ottica però del risarcimento indennitario conseguente ad un atto lecito”. *Responsabilità Civile da Atti Leciti Dannosi*, p. 341. Em sentido muito próximo, porém apontando algumas peculiaridades, Carlo Buonauro, *Responsabilità da Atto Lecito Dannoso*, pp. 757-783; Giovanni Torregressa, *Il Problema della responsabilità da atti leciti*, p. 67. Milano: Giuffrè, 1964.

⁵⁴⁷ Cf. Marcelo Adriano Mazzola. *Responsabilità Civile da Atti Leciti Dannosi*, p. 322-329. O autor lamenta que o cidadão italiano tenha permanecido tanto tempo sem o apoio do Judiciário nacional para cobrar a responsabilidade civil deste Estado europeu: “in materia di ‘délai raisonnable’, l’art. 6 della Convenzione obbliga gli Stati ad adottare tutte le misure necessarie per consentire alle proprie giurisdizioni di rendere giustizia il più celermente possibile. La ratio della norma risiede nell’assunto che la celerità dei procedimenti giudiziari è un requisito diretto ad evitare il procrastinarsi di situazioni di perdurante incertezza che, se reiterate nel tempo, possono comportare un vero proprio diniego di giustizia. Per molto tempo, il cittadino italiano, ove avesse ritenuto leso il suo diritto a ricevere giustizia entro un délai raisonnable, ha avuto come unico rimedio il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell’uomo di

Ato contínuo, é lembrada a previsão constitucional, no art. 111, com a redação dada pela Lei Constitucional de 23.11.1999.⁵⁴⁸ O “diritto alla equa riparazione” foi definitivamente regulado com a Legge Pinto (24.03.2001), cujo art. 2 oferece os contornos precisos.⁵⁴⁹ Nas demandas promovidos com dita causa de pedir, costumam ser abordados o comportamento das partes não imputável ao Estado, ao longo do processo com duração excessiva, as condutas das autoridades envolvidas e a complexidade do procedimento.

No sistema brasileiro, a doutrina processualista identifica a ilicitude do Estado, ao denegar a justiça em tempo razoável. Lança mão, entretanto, de variados fundamentos para justificar o fenômeno. Por ilustração, Youssef Said Cahali vem sustentando que o Estado deve responder civilmente pelos danos causados pela excessiva morosidade no desempenho da atividade jurisdicional, “pela incompetência ou desleixo de alguns juízes”⁵⁵⁰; José Augusto Delgado resolve o caso mediante a avaliação de um serviço público imperfeito (quer pela indolência do juiz, quer pelo Estado não prover os meios para o bom funcionamento⁵⁵¹); Marco Félix Jobim vê na hipótese serviço público inadequado, com violação aos artigos 175, IV, e 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal, bem como art. 125, CPC, e art. 35, II e III, da

Strasburgo.” Op. cit. p. 322. A situação na Itália seria absolutamente conhecida da Corte de Estrasburgo, como inclusive destacado no *affair Bottazzi x Italia*, julgado em 28.07.1999: “la répétition des violations constatées montre qu'il y a là accumulation de manquements de nature identique et assez nombreux pour ne pas se ramener à des incidents isolés”. Op. cit. p. 324.

⁵⁴⁸ A parte inicial do art. 111, da Costituzione Italiana, reza que “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. A redação da norma é mais ampla, abordando as garantias do justo processo, especialmente em matéria penal.

⁵⁴⁹ Art. 2. (Diritto all'equa riparazione): “1. Chi ha subi'to un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle liberta' fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione. 2. Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessita' del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonche' quello di ogni altra autorita' chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione. 3. Il giudice determina la riparazione a norma dell'articolo 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti: a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1; b) il danno non patrimoniale e' riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicita' della dichiarazione dell'avvenuta violazione”.

⁵⁵⁰ Responsabilidade Civil do Estado, p. 512. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

⁵⁵¹ O autor adotava esta posição mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu a garantia da duração razoável expressamente no sistema. In *A Demora na Entrega da Prestação Jurisdicional. Responsabilidade do Estado. Indenização*. Disponível no site www.stj.jus.br. Acesso em 20.11.2012.

LOMAN⁵⁵²; Juarez Freitas, à violação ao “direito fundamental da boa administração”⁵⁵³, Sérgio Cavalieri Filho remete ao art. 37, parágrafo sexto, de nossa Constituição. Como se observa, há referencial teórico suficiente para o bom julgamento destas demandas.⁵⁵⁴

Por decorrência, na medida em que há fontes específicas, aptas a bem resolver os litígios entre as pessoas e o Estado em relação à duração excessiva dos processos, tampouco há sentido em se aplicar a presente tese, a qual – como dito – possui natureza subsidiária no quadro das fontes do dever de indenizar. Ademais, todos os enfoques tem algo em comum: a ilicitude imputável ao Estado. Logo, não é o caso, definitivamente, de cogitar a aplicação da presente tese..

O mesmo raciocínio vale para situações análogas em direito processual. É o caso, por ilustração, das demandas temerárias ou da utilização indevida de faculdades admitidas no direito processual, tema que vem merecendo destaque nas pesquisas dos processualistas. É frequente, na prática, a identificação de danos ocasionados em razão de liminares concedidas e, após, revogadas pelo órgão judicial. Alguns autores sustentam a responsabilidade objetiva, inclusive pelo indicativo do texto legal (art. 273). Outros postulam a “superação do paradigma da modernidade”, mediante o reconhecimento de imputação subjetiva, através da demonstração de culpa.⁵⁵⁵ Talvez o

⁵⁵² A Responsabilidade Civil do Estado em Decorrrência da Intempestividade Processual, p. 592. Coord. Denise Estrela Tellini, Geraldo Cordeiro Jobim e Marco Félix Jobim. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

⁵⁵³ Apud Marco Félix Jobim. Op. cit. p. 588-589.

⁵⁵⁴ Dentre a bibliografia a ser utilmente consultada: Eduardo Kraemer. Responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. José Rogério Cruz e Tucci. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. RT 710/225; Ruy Rosado de Aguiar Junior. A Responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. Ajuris. Ajuris, 59/39.

⁵⁵⁵ Fábio Luiz Gomes. Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela. São Paulo: RT, 2006. Para o autor: “a fim de que seja realmente possível atender aos reclamos da maioria da sociedade em prol de uma justiça mais efetiva, especificamente no tocante ao instituto da antecipação de tutela, torna-se necessário eliminar todos os entraves à sua utilização, suprimindo a responsabilização objetiva do sucumbente que executou a medida, enfim, olhando para o instituto em uma perspectiva hermenêutica. A nossa obra tratará, então, da necessidade de superação do paradigma racionalista, com a inserção do jurista em um paradigma hermenêutico, de modo que seja possível, através de uma visão crítica, ultrapassar os entraves, não só legais, mas principalmente filosóficos e políticos, postos pelo sistema para dificultar a efetivação prática do instituto da antecipação de tutela, demonstrando-se que as reformas legislativas realizadas representam, em realidade, mais uma forma do paradigma racionalista, e não propriamente a reforma do mesmo”. Op. cit. p. 16-17. Igualmente considera uma hipótese de responsabilidade subjetiva, embora por outros fundamentos, Daniel Mitidiero: “o juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência. Nesses casos, a responsabilidade civil pela

melhor enfoque seja a coloração pela boa fé e o exercício disfuncional, atraindo a incidência do art. 187, CCB, como sugerido em recente ensaio por Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu.⁵⁵⁶ Com efeito, obter uma decisão provisória, ainda que satisfativa, é um direito reconhecido a qualquer cidadão que ingressa em juízo. Logo, de regra, a reparação deste dano “licitamente causado” demandaria a verificação do abuso e não a caracterização de delito, na nossa visão.

De toda sorte, novamente, já se observam fundamentos suficientes para justificar a responsabilização civil de uma pessoa para indenizar outrem, em virtude da fruição de uma tutela antecipada. Logo, não será um exemplo de nossa tese.

Diferente, em nosso sentir, é a situação quando as fontes atuais não conseguem resolver satisfatoriamente um problema concreto, como, por exemplo, se observa na dificuldade com que os acórdãos justificam a procedência ou improcedência de pedidos de indenização fundamentados na absolvição no juízo criminal, após períodos de prisão cautelar. A jurisprudência, em linhas gerais, considera que “a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição”.⁵⁵⁷ O raciocínio judicial parte do diagnóstico da legalidade do decreto prisional, ao tempo em que deferido. Se presentes os requisitos ensejadores da prisão cautelar, logo inexistente ilicitude, malgrado o imenso dano produzido. O erro judiciário apenas é reconhecido quando ausentes os pressupostos da prisão antecipada ou diante de excessos flagrantes do tempo de encarceramento. Sem ilicitude, portanto, não haveria espaço para indenização.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao menos nos últimos dez anos, são pouquíssimos os casos em que foi reconhecida a indenização em virtude de absolvição de acusados alvos de prisões temporárias ou preventivas. Merece destaque, a este respeito, o Recurso Especial n. 872.630/RJ.⁵⁵⁸

fruição da antecipação de tutela depende da alegação e da prova de dolo ou culpa. Vale dizer: é subjetiva e não objetiva”. Antecipação de Tutela, p. 162. São Paulo: RT, 2012.

⁵⁵⁶ A Responsabilidade pela Fruição da Tutela Antecipada Cassada, p. 402. In O Processo Civil no Estado Constitucional (coord. Daniel Mitidiero). Salvador: Jus Podium. 2012.

⁵⁵⁷ No Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido: AgRg no REsp 1266451/MS, 1. T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20/09/2012. DJe: 03/10/2012; AgRg no REsp 1295573/RJ, 2. T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 27/03/2012. DJe: 16/04/2012; REsp 911.641/MS, 2. T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 07/05/2009. DJe: 25/05/2009.

⁵⁵⁸ REsp 872.630/RJ, 1. T., Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1. T., j. 13/11/2007. DJe 26/03/2008. Outro precedente em sentido semelhante é o REsp 427560/TO, 1. T. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 30.09.2002

Neste precedente, o Min. Luiz Fux se sensibilizou com o dano experimentado por um cidadão, que passou preso 741 (setecentos e quarenta e um) dias “em decorrência da suposta participação do acusado na conhecida, inclusive internacionalmente, Chacina de Vigário Geral, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, na madrugada de 30 de agosto de 1993, que acarretou o homicídio de 21 (vinte e uma) pessoas e lesão grave de mais 4 (quatro)”. Após a instrução probatória, o réu fora impronunciado, “porquanto insuficientes os indícios da sua participação no hediondo crime”, inclusive com a demonstração de álibi. Ou seja, a justiça carioca afastou a autoria e, por decorrência, revogou a prisão preventiva, após a instrução do processo. Com base nesse quadro, o cidadão pleiteou a condenação do Estado do Rio de Janeiro ao pagamento por danos morais e materiais.

O fundamento inicial de sua decisão é a ilicitude, pelo tempo de custódia ter sido “amazonicamente” superior ao previsto na legislação (81 dias).⁵⁵⁹ É este o dado que permitiu ao Min. Luiz Fux ressaltar o caso concreto, à luz da jurisprudência histórica da Corte, afirmando que “a coerção pessoal que não enseja o dano moral pelo sofrimento causado ao cidadão é aquela que lastreia-se nos parâmetros legais”. No caso em tela, “empreendida a prisão cautelar com excesso expressivo de prazo, ultrapassando o lapso legal em quase um décuplo, restando, após, impronunciado o réu, em manifestação de inexistência de autoria, revela-se inequívoco o direito à percepção do dano moral”.

Após essa consideração, a qual já poderia ser considerada suficiente para a caracterização do dever de indenizar, o Min. Luiz Fux tentou somar outros argumentos para justificar a sua posição excepcional. Argumentou a incidência dos arts. 159, 1.550 e 1.551, do Código Civil de 1916, bem como dos arts. 186, 954, do Código Civil de 2002, do art. 630, do Código de Processo Penal.⁵⁶⁰ Lembrou, igualmente, o princípio fundamental da dignidade humana, enquanto “instrumento realizador de seu ideário de

⁵⁵⁹ Disse o voto: “o cerceamento oficial da liberdade fora dos parâmetros legais, posto o recorrente ter ficado custodiado 741 (setecentos e quarenta e um) dias, lapso temporal amazonicamente superior àquele estabelecido em Lei - 81 (oitenta e um) dias - revela a ilegalidade da prisão”.

⁵⁶⁰ Reza o art. 630, do Código de Processo Penal: “O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos; § 1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º - A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada.”

construção de uma sociedade justa e solidária”.⁵⁶¹ Na linha do voto de Luiz Fux, “a vida humana passou a ser o centro do universo jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial”, lembrando a previsão do art. 5º, LXV, pelo qual “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.” Esta garantia teria sido abalada quando o Estado manteve “preso um ser humano por quase 800 (oitocentos) dias consecutivos, preventivamente, e, sem o devido processo legal após exculpado, com afronta ao devido processo legal”.

O seu raciocínio culmina com a incidência do art. 37, § 6º da CF/1988. À luz desta norma, “a responsabilidade estatal é inequívoca porquanto há causalidade entre o *‘faute du service’* na expressão dos doutrinadores franceses, doutrina inspiradora do tema e o sofrimento e humilhação experimentados pelo réu, exculpado após ter cumprido prisão ilegal”. Desta forma, “ocorrendo a prisão ilegal, em desatendimento aos pressupostos que a informam, com notória repercussão negativa pela mídia, cabe ao Estado o dever de indenizar, tendo em vista a responsabilidade objetiva consagrada na Carta Constitucional”.

O enorme esforço argumentativo deste precedente, que recorre a inúmeras fontes do dever de indenizar, demonstra a vinculação de nossa formação acadêmica ao binômio ilícito-dano reparável. Sabe-se que a prisão cautelar, seja preventiva, seja temporária, é um ato lícito, no ordenamento brasileiro. Igualmente, temos ciência que surge um dano a pessoa que é encarcerada. Será este dano jurídico? Poderá sê-lo compensado?

A presente tese pode oferecer uma resposta intermediária aos dois extremos, que são a posição histórica do Superior Tribunal de Justiça e a adoção da reparação integral do dano. Ou seja, nem a “indenização zero”, nem a indenização medida pela extensão do prejuízo, do art. 944, caput. O reconhecimento posterior do equívoco de

⁵⁶¹ Disse, ainda, o voto que: “o reconhecimento da dignidade humana, outrossim, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal dos direitos do homem, inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”.

uma prisão cautelar pode – e deve – gerar uma compensação ao lesado, que manifestamente é alvo de um sacrifício especial, em virtude de ato lícito.

Da leitura dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que as fontes tradicionais não estão conseguindo justificar o fenômeno, pois elas oferecem soluções tudo ou nada. A realidade demonstra que nem todas as prisões indevidas serão passíveis de compensação, pois, na maioria das vezes, efetivamente os requisitos da prisão cautelar estão presentes e as razões da futura absolvição deixam margem para, no mínimo, dúvidas quanto à culpabilidade da pessoa (o exemplo da falta de provas é eloquente). Competirá ao magistrado aferir, caso por caso, eventual compensação a ser atribuída ao cidadão, visualizando com nitidez qual o dano sofrido, qual a colaboração dele para o encarceramento, o motivo da absolvição, o tempo de aprisionamento, etc.

É este raciocínio globalizado, que mira o interesse social, mas também o particular, que merece aplauso, à luz do solidarismo. Por conseguinte, serviria a presente tese para justificar a pontual procedência de demandas indenizatórias promovidas em face de prisões cautelares que, posteriormente, mostraram-se indevidas.

Outra questão a ser enfrentada diz respeito à necessidade de intervenção legislativa para legitimar a utilização da fonte. Dentre os autores que condicionam a atividade do juiz à prévia autorização do legislador, nesta hipótese específica, está Giovanni Giacobbe. Na sua ótica, o ato lícito danoso constitui uma hipótese excepcional, cuja aplicação sempre será limitada ao se comparar com os demais meios de imputação. Por ser excepcional, apenas poderia ser aplicada nos casos previstos pela lei.⁵⁶²

Não é esta a posição de nossa tese, embora reconheçamos que a atuação pontual do legislador pode auxiliar na resolução dos casos. Sucede que, no direito brasileiro, a fonte jurisprudencial sempre se mostrou importante na responsabilidade civil e não seria adequado deixar sem possibilidade de compensação a pessoa que suporta sacrifício desproporcional em virtude do exercício jurídico alheio, até que um dia o legislador atue. A inação legislativa é uma boa opção, pois o trabalho do Congresso Nacional poderá se restringir a edição de leis para podar eventuais excessos, caso a jurisprudência passe a ampliar em demasia a tutela da vítima, desequilibrando o sistema ou, ao contrário, ignore completamente o dano, considerando-o sempre irreparável quando decorrente de “agir lícito”.

⁵⁶² In *Trattato di Diritto Privato: Illecito e Responsabilità Civile*, p. 101. Mario Bessone (org.). Torino: Giappichelli, 2000.

Desta forma, não é pelo fato de que o legislador ainda não meditou e se pronunciou expressamente sobre determinados assuntos, que o julgador estará proibido de raciocinar por analogia, afinal há hipóteses legais e posição jurisprudencial, em relação aos atos lícitos que geram o dever de indenizar. Entretanto, justamente pelo fato de inúmeros assuntos não terem sido ainda enfrentados expressamente na legislação, que haverá um peso maior na fundamentação das decisões, cuja correção poderá ser discutida em sede recursal.

2. A seleção dos danos indenizáveis e dos meios de reparação.

Na medida em que o convívio social gera, necessariamente, danos e dissabores a todos os membros, bem como pelo fato de que para a afirmação da liberdade das pessoas é fundamental que a maior parte dos danos gerados fique sem reparação, surge a necessidade de se controlar o âmbito de operabilidade da fonte do dever de indenizar a partir de ato lícito. A admissão desta fonte excepcional de responsabilidade civil, como dito, não tem por escopo transformar todo e qualquer dano observado por uma pessoa em jurídico. Ao contrário, por ser excepcional, deve ser utilizada com cautela, sob pena de não oferecer o que se espera: maior segurança para as pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, no evento discutido, além de atingir atividades socialmente úteis.⁵⁶³

Preocupado com a realidade italiana, Mario Bessone concluiu que a erosão da escala dos valores das sociedades burguesas do século passado, as mudanças sociais provocadas pela afirmação de uma sociedade de capitalismo avançado, o desenvolvimento do progresso tecnológico modificaram profundamente os pressupostos que permitem a determinação da área do dano ressarcível. Contudo, mostra-se importante a exigência de identificar critérios de seleção dos interesses merecedores de tutela, de delimitação da área do dano ressarcível. Do contrário, haverá uma propagação irracional de mecanismos de tutela, com o fito de ressarcir todos os danos provocados

⁵⁶³ Bem anota Mario Bessone que “lungi da pretendere il risarcimento di ogni danno, la tendenza che si è identificata nell’evolvere della responsabilità civile mira piuttosto ad un ampliamento dell’area del danno, ma sempre entro “confini ragionevoli”. È certo che i criteri di valutazione dei danni “non possono esaurirsi in una troppo angusta prospettiva”, ma “debbono tener conto anche dei... vari e sempre nuovi interessi ai quali l’ordinamento in considerazione del loro emergere come valori socialmente rilevanti accorda la sua protezione”. Ma un sistema troppo “liberale” – incline ad “offrire protezione giuridica a danni di scarsa consistenza e quase impalpabili” – può divenire strumento di domande di risarcimento per danni inesistenti o immaginari”. *Casi e questioni di diritto privato*, p. 57.

pela atividade humana, sem considerações quanto à sua consistência e a qualidade do interesse lesado.

A exigência de tornar as normas da disciplina da ilicitude conforme as aspirações de “segurança” e de proteção aos interesses humanos que regem as sociedades de capitalismo maduro induziu a doutrina (e a jurisprudência majoritária) a superar os esquemas herdados pela tradição, para elaborar modelos de ressarcimento e critérios de seleção contemporâneos. O fundamento normativo dessa nova tendência é oferecido pela expressão “ingiustizia” do dano contida no disposto do art. 2043, do Código Civil italiano. Longe de ser marginal, a conotação da “ingiustizia” do dano tornou-se, nesta perspectiva, fator essencial de todo juízo de responsabilidade e ponto central da própria disciplina do ilícito”.⁵⁶⁴

Aplicando a sua lição ao exemplo brasileiro, poder-se-ia afirmar que eventualmente o dano injusto deriva de atos praticados conforme o ordenamento. Não haverá como se catalogar em um rol, amplo ou reduzido, todas as situações nas quais poderá ser levantada a teoria. Na realidade, a dita seleção dos danos passíveis de indenização decorre da necessária ponderação a ser feita pelo trabalho de variados decisores. Tanto o legislador, com as escolhas abstratas, quanto o magistrado com o seu esforço em concreto, são sujeitos que desempenham papel decisivo na identificação dos casos em que um sacrifício gerará direito a compensação, por se mostrar excessivo.

Com os olhos voltados ao direito italiano, Giovanni Giacobbe entende que o importante é a verificação do dano, cujo ressarcimento não é determinado pela análise da conduta do agente, a qual ocorre *secundum jus*. A *ratio* do ressarcimento dos danos derivados de atividades lícitas deveria ser evidenciada como uma exigência de salvaguardar os interesses que o ordenamento considera merecedores de tutela. Tratar-se-ia de um balanceamento dos interesses opostos, o qual conduziria a privilegiar algumas posições jurídicas subjetivas em detrimento de outras. Como variam as situações nas quais a operação de balanceamento é efetuada, não seria possível individualizar critérios precisos sobre os quais o intérprete deveria se ater ao estabelecer o dever e o limite da reparação do dano causado. Por isso, a lei prevê uma série de hipóteses nas quais seria consentido ao sujeito praticar o ato que, na ausência de previsão justificativa, seria considerado ilícito: adentrar no terreno alheio, revogar a

⁵⁶⁴ Mario Bessone. *Casi e questioni di diritto privato*, p.55

proposta, etc. Em todas as hipóteses, a lei autoriza um comportamento determinado, prevendo, todavia, que, caso surja um dano, o interessado deverá indenizar o lesado.⁵⁶⁵

Concordamos com Giovanni Giacobbe, quando considera que a *ratio* do instituto será preservar posições merecedoras de tutela. Contudo, com a atenção ao sistema brasileiro, consideramos que não apenas o legislador pode criar hipóteses nas quais a adoção da teoria seja legítima. Também ao magistrado poderá identificar situações nas quais deva ser utilizada a teoria, como é o caso do rompimento de noivado e algumas classes de atuação estatal amparada em lei.

Em alguma medida, o raciocínio de Anderson Schreiber também valoriza a injustiça do dano, ou seja, se ele é merecedor de tutela *in abstracto*.⁵⁶⁶ Todavia, o autor fluminense apresenta corretamente outras condicionantes. É o caso da consideração “se o interesse é concretamente merecedor de tutela diante da interferência representada pelo interesse lesivo. Nesta segunda etapa, é dado relevante o fato de ser o interesse

⁵⁶⁵ Diz o autor: “ciò che rileva, quindi, è la verificaçione materiale del danno e del conseguente pregiudizio che viene arrecato. La risarcibilità del danno stesso non viene determinata dalla qualificazione della condotta, sibbene da una valutazione strettamente attinente alla sfera economica e patrimoniale dei soggetti del rapporto. Proprio in considerazione delle suindicate valutazioni si deve ritenere che anche la *ratio* della risarcibilità dei danni conseguenti alle attività cd. cecite debba essere individuata in un’esigenza di salvaguardia delle ragioni che, di volta in volta, l’ordinamento ritiene meritevoli di tutela. Si tratta, quindi, di quel bilanciamento degli apposti interessi, di cui si è detto nei precedenti paragrafi, che induce a privilegiare, in presenza di determinate circostanze, alcune posizioni giuridiche soggettive rispetto ad altre. Naturalmente, poiché varie sono le situazioni nelle quali una simile operazione di bilanciamento deve essere effettuata, non è possibile individuare precisi criteri cui l’interprete si deve attenere nello stabilire se, di fronte ad un comportamento causativo di danno, al danneggiato spetti, ed in che misura, il risarcimento. La legge, infatti, prevede una serie di ipotesi nelle quali è consentito ad un soggetto di compiere un atto che, in mancanza di una espressa previsione che ne autorizzi il compimento, sarebbe illecito. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi, previste dal codice civile, nelle quali il proprietario di un fondo deve consentire l’accesso ad altri in presenza di specifiche circostanze; ai casi in cui è consentito a colui che non è proprietario di una cosa di incidere su di essa; all’ipotesi in cui chi formula una proposta contrattuale può revocarla senza ulteriori conseguenze, con l’unico limite costituito dalla circostanza che il destinatario della proposta stessa abbia già intrapreso in buona fede l’esecuzione del contratto. In tutte le su indicate fattispecie, la legge autorizza un determinato comportamento prevedendo, tuttavia, che, nell’ipotesi in cui da esso derivi un danno, l’autore dello stesso è tenuto ad indennizzare l’altra parte del pregiudizio economico subito”. In Trattato di Diritto Privato: Illecito e Responsabilità Civile, p. 102. Mario Bessone (org.). Torino: Giappichelli, 2000.

⁵⁶⁶ Embora reconheçamos o valor do balanceamento e da discussão acerca da “injustiça do dano”, não chegamos ao ponto de reconduzir o fenômeno à ilicitude delitual, como o faz Guido Belli. O acadêmico de Bolonha considera que o legislador realiza um balanceamento de interesses com o escopo de legitimar uma certa conduta e o dano dela derivado, instituindo uma fonte de responsabilidade, reconduzindo o fenômeno a categoria do ilícito aquiliano. Não é a perspectiva da presente tese. Com os olhos voltados ao sistema italiano, considera que a função da responsabilidade civil é reagir ao dano injusto, de sorte que não é suficiente individualizar um ato autorizado pelo sistema para excluir a responsabilidade: “occorre accertare l’ingiustizia del danno e, nel fare ciò, occorre accertare quale sia il fine sotteso alla norma autorizzatrice di una certa condotta”. L’Atto lecito danoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità? Disponível no site da Universidade de Bologna: <http://amsacta.unibo.it>. Acesso em 12.08.2012.

lesivo tutelado ou não pelo ordenamento jurídico, porque enquanto no primeiro caso, exigir-se-á uma efetiva ponderação judicial, no segundo, parte-se da ponderação previamente realizada pelo próprio legislador, ainda que sobre tal ponderação possa o juiz exercer certo controle de validade e adequação”.⁵⁶⁷

A sua abordagem é correta, por duas razões em especial. Em primeiro plano, a valorização do interesse da vítima (pela consideração *in abstracto*) é condicionada pelo raciocínio acerca da “interferência representada pelo interesse lesivo”. Poderíamos concluir, no que interessa a presente tese, que quando este interesse lesivo não é tutelado pelo Direito (já que efetuada a ponderação prévia pelo legislador), estaria presente um caso de ilicitude. Contudo, quando tutelado o “interesse lesivo”, Anderson Schreiber postula uma ponderação a ser feita pelo julgador, justamente o que é aqui defendido para o reconhecimento da compensação do dano gerado pelo ato lícito.

Vale a pena transcrever o raciocínio de Anderson Schreiber, o qual se amolda às conclusões do presente texto: “a verificação do dano ressarcível resulta da constatação de violação à área de atuação legítima de um interesse merecedor de tutela. Tal área de atuação não pode ser delimitada em abstrato, mas exige sua concreta definição frente à conduta lesiva. Quando a conduta lesiva mostra-se, de pronto, antijurídica, a área de atuação do interesse lesado corresponde à sua área integral, cumprindo à vítima apenas demonstrar a efetiva afetação do interesse de que é titular, para que reste configurado o dano ressarcível. Quando a conduta lesiva não é, a princípio, antijurídica, mas autorizada pelo ordenamento em questão, cumpre ao magistrado estabelecer a relação de prevalência entre os dois interesses em conflito, definindo, à luz do dado normativo, as fronteiras entre a atuação legítima de cada qual nas circunstâncias do caso concreto. Violada esta relação de prevalência, há dano ressarcível. Sob o ponto de vista puramente lógico, é inegável que, em alguma medida, a violação à regra de prevalência, seja ela fixada pelo legislador, seja ela construída pelo Poder Judiciário, transforma a conduta lesiva – que, a princípio, era lícita – em uma conduta antijurídica ou, ao menos, de resultado antijurídico. Retome-se, ainda uma vez, o exemplo da emissora de televisão que emprega a imagem de outrem em um documentário informativo de fato pretérito, decidindo o tribunal que, à luz do baixo

⁵⁶⁷ Já se vê que, ao contrário dos autores italianos, como Guido Belli, que condicionam o “indenizzo” à previsão legal e que, por isso, reclamam a ponderação do legislador, no sistema brasileiro é igualmente reclamada a atuação do juiz, o qual será responsável pela concreção. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 160. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

grau de informação, o direito à imagem e à privacidade do titular devem prevalecer. Verificando que, em concreto, tais direitos não prevaleceram, tendo o documentário sido amplamente veiculado, não resta dúvida de que há dano ressarcível, à luz do modelo de aferição antes analisado. Mas não só. Há também antijuridicidade, na medida em que, embora a conduta seja inicialmente lícita, violou a regra de prevalência, invadindo a área de atuação legítima de um interesse tutelado”.⁵⁶⁸

Embora Anderson Schreiber reconheça a ilicitude a partir da ponderação dos interesses envolvidos, a sua resposta prática ao fenômeno abordado é muito semelhante ao defendido nesta tese.⁵⁶⁹ Por isso, estamos de acordo com o resultado de sua análise, embora não admitamos ilicitude, quando alguém age conforme o Direito.

Entendemos que o raciocínio aqui desenvolvido vai ao encontro da doutrina solidarista estudada na primeira parte do trabalho. Com efeito, o solidarismo de Léon Bourgeois permitiu uma terceira via entre o liberalismo e o socialismo, na virada do século XX na França. A sua lição aplicada a presente tese colabora para uma importante conclusão. É individualista a doutrina que enfoca como requisito primordial o ilícito, descurando do dano, pois privilegia o autor em detrimento da vítima. Contudo, é igualmente individualista a doutrina que concentra a sua análise na figura do dano e, a partir dele, almeja criar uma forma dele ser indenizado. Esses são os ângulos do “eu” e do “tu”. Não é o ângulo do “nós”.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, p. 187. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵⁶⁹ É que “o dano não consiste, em definitivo, na lesão a um interesse tutelado em abstrato, mas na lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela. E tal merecimento de tutela em concreto somente pode ser aferido em comparação com o interesse lesivo, definindo-se a área legítima de atuação de cada interesse tutelado à luz das circunstâncias fáticas em tela. Este caráter dinâmico e concreto do elemento dano mostra-se importantíssimo, sobretudo na responsabilidade objetiva, onde é habitual a colisão de interesses abstratamente tutelados, ao contrário do que ocorre na responsabilidade subjetiva, onde a própria definição de ato ilícito exclui qualquer merecimento de tutela do interesse lesivo. Enxergando-se o dano da forma que aqui se propõe – como lesão a um interesse não apenas abstrata, mas concretamente merecedor de tutela (em face do interesse lesivo) –, abre-se no interior do juízo de responsabilização objetiva um novo espaço de discricionariedade judicial, que permite a seleção dos danos ressarcíveis, sem que o reconhecimento de tutela de um interesse em certa situação implique sua proteção geral e abstrata em face de qualquer outra atividade lesiva”. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, p. 191. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵⁷⁰ Como bem coloca Anderson Schreiber, “recorrer à ponderação significa, em outros termos, abandonar um juízo de ressarcibilidade tradicionalmente restrito ao âmbito abstrato de tutela jurídica por um exame concreto que autorize a identificação de danos ressarcíveis sem contrariar a proteção dos interesses conflitantes em abstrato, recurso que se torna extremamente relevante na medida em que as normas incidentes sobre as relações privadas perdem sua especificidade histórica para apresentar um conteúdo, cada vez mais, aberto e indeterminado”. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, p. 167. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Em 1970, José Joaquim Gomes Canotilho redigiu uma dissertação para o exame do curso complementar de Ciências Político-Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, intitulada “o problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos”.⁵⁷¹ A sua “ideia cardeal” foi a de “impostar problematicamente um assunto que, nas fronteiras do direito público e privado, apresenta as nebulosidades de todas as zonas de recíprocas interinfluências, com delimitações oscilantes e divergentes”.⁵⁷²

Com um pensamento voltado para o seu momento histórico, isto é, dentro de um Estado de Bem-Estar Social, José Joaquim Gomes Canotilho reconhece que “a preocupação e obcecante procura de satisfação das prestações vitais asseguradoras de uma existência humanamente digna pressupõem, sem dúvida, a imposição de sacrifícios mais ou menos graves”.⁵⁷³ Ou seja, é inevitável que a realização do bem-comum demande reiterados sacrifícios das pessoas, os quais nem sempre serão passíveis de indenizações. Haveria um “dever de socialidade” de parte do cidadão, circunstância que inviabiliza a irrestrita pretensão indenizatória.⁵⁷⁴ Todavia, o Direito não poderia ficar alheio a este fenômeno, tornando imprescindível a elaboração de um sistema de prestações indenizatórias “materialmente apoiado em bases de valoração extralegais”.⁵⁷⁵

Para que seja reconhecido o direito à reparação, o conceito jurídico de dano é delimitado. Exige-se um dano especial e anormal, afinal “nos casos de sacrifícios impostos autoritativamente através de medidas legítimas, ou de danos derivados de atividades perigosas mas lícitas, a inadmissibilidade da indenização de danos generalizados e de pequena gravidade seja a regra. Os pequenos sacrifícios, oneradores

⁵⁷¹ A obra viria a ser publicada alguns anos mais tarde: O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974.

⁵⁷² Op. cit. 11. Logo no início de seu estudo, afirma que “um dos *leit motiv* centrais das subsequentes considerações será este: o instituto da responsabilidade surge-nos como materialmente unitário, não havendo também motivo decisivo para uma bipartição radical entre actos lícitos e ilícitos, conducente, entre outras coisas, à atribuição de natureza qualitativamente diferente aos casos de imputação de danos não reconduzíveis a um comportamento ilícito e culposo de um sujeito”. Op. cit. p. 12.

⁵⁷³ Op. cit. p. 134.

⁵⁷⁴ Sublinha José Joaquim Gomes Canotilho o “dever de socialidade do cidadão”: Todavia, também nesta responsabilidade interessa a natureza dos danos, já que nem todos os danos emergentes de situação de perigo são indemnizáveis, mas tão somente aqueles que apresentam gravidade e especialidade suficiente para serem considerados encargos ou sacrifícios não enquadráveis no dever de socialidade do cidadão”. Op. cit. p. 124.

⁵⁷⁵ Op. cit. p. 134.

de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem proporcionadas pela atuação da máquina estatal”.⁵⁷⁶

O dano seria especial quando atingisse um contingente reduzido de indivíduos.⁵⁷⁷ De seu turno, a anormalidade do dano estaria ligada a “importância”, ao “peso que o sacrifício deverá ter para lhe ser atribuída relevância indenizatória”.⁵⁷⁸

Esses dois requisitos tem a função de limitar a amplitude das pretensões indenizatórias. Como explica o autor, eles constituem-se em um “duplo travão ou limite”. De um lado, evitam a sobrecarga do tesouro público, ao limitar o reconhecimento de um dever indenizatório do Estado ao caso de danos inequivocamente graves. De outro, procura ressarcir os danos que, sendo graves, incidiram desigualmente sobre certos cidadãos. Nas palavras do autor, “introduzem-se, assim, dois momentos perfeitamente diferenciáveis: em primeiro lugar, saber se um cidadão ou grupo de cidadãos foi, através dum encargo público, colocado em situação desigual aos outros; em segundo lugar, constatar se o ónus especial tem gravidade suficiente para ser considerado sacrifício”.⁵⁷⁹

A doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho parece ter encontrado eco em alguns julgados brasileiros. Por ilustração, o site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou a seguinte notícia, em 11 de janeiro de 2013: “Empresa de telefonia condenada por transtornos e desvalorização gerados por Estação de Rádio Base”. Da leitura do acórdão, observa-se que o fundamento da condenação teria sido a instalação legal de uma torre, com 72 metros de altura, em terreno vizinho ao da autora.⁵⁸⁰ Dentre

⁵⁷⁶ Op. cit. p. 272. José Joaquim Gomes Canotilho preocupa-se com o custo da reparação, o que é salutar: “se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos benefícios emergentes da existência e funcionamento dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indenização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estadual”.

⁵⁷⁷ Op. cit. p. 273. Por reconhecer que esta definição apenas “ladeia o problema”, propõe delimitar a sua esfera de incidência com a conjugação da anormalidade.

⁵⁷⁸ Op. cit. p. 282.

⁵⁷⁹ Op. cit. p. 282.

⁵⁸⁰ Íntegra da ementa: “Apelação Cível. Direitos de vizinhança. Ação ordinária. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Preliminar rejeitada. Preliminar de ilegitimidade passiva. Não acolhimento. Obra de responsabilidade da ré. Mérito. Indenização por danos materiais e morais. Construção de ERB - Estação Rádio Base - em terreno vizinho e a menos de um metro de distância da casa de moradia da autora. Situação que gerou depreciação do imóvel. Prejuízo material indenizável. Danos morais. Obra destinada à instalação de antena que gerou transtornos de grandes proporções, em especial pela queda de objetos (porcas, barras de aço, ferramentas, etc.) sobre a casa da demandante, vizinha à construção. Dever

os aspectos que interessam a presente tese, concluiu o Tribunal que a construção depreciou o imóvel da autora e que tal prejuízo material seria indenizável.⁵⁸¹

Na sua fundamentação, o Relator, Des. Pedro Celso dal Prá afirmou que “o dever de indenizar pela depreciação do imóvel advém, sobremaneira, do princípio no sentido de que todo aquele que alcança proveito econômico em sua atividade deve responder pelos riscos a ela inerentes. É a aplicação da teoria do risco-proveito (uma das vertentes da teoria do risco), como fundamento, na espécie, para a responsabilização da empresa demandada pelos prejuízos causados à parte autora. A demandada, ora apelante, ao determinar a construção de uma torre de 72 metros de altura, para a operacionalização de uma ERB – Estação Rádio Base, por certo visava à obtenção de lucro, com a ampliação de seus serviços a um número maior de consumidores. Eis, pois, o fundamento para o dever de indenizar, em complemento ao que já fora dito na sentença. Não se está desconsiderando o interesse social, e sim, apenas, atribuindo a responsabilidade a quem de direito”.

Em tese, o acórdão, no afã de ser coerente com a jurisprudência que vincula a responsabilidade civil à prática de um ato ilícito, fez incidir o art. 187, do Código Civil, sinalizando que teria existido ilicitude na construção de uma obra considerada absolutamente legal, sob os parâmetros urbanísticos e de direito civil. Presume-se que a estrutura seja necessária e ideal para a transmissão do sinal de telefonia, algo que é extremamente caro para a sociedade contemporânea. Logo, inexistiria outra escolha, senão construir a torre.

Nesse sentido, é curioso que o acórdão tenha registrado que “dúvidas não pairam quanto ao exercício regular de um direito pela ré (como invocado em sede de

de indenizar reconhecido. Quantum indenizatório. Observância ao binômio reparação x punição . Redução. Preliminares rejeitadas e recurso de apelação parcialmente provido. Unânime”. (AC 70051500122, 18. C.C., Rel. Des. Pedro Celso dal Prá, j. 13/12/2012)

⁵⁸¹ Houve condenação para reparar dano moral, a qual foi fundamentada na ilicitude, razão pela qual não aparece neste momento relevante para a tese. Constatou no acórdão: “pertinente à ocorrência de danos morais, uma vez mais entendo que não tem razão a recorrente. De fato, inegável, da leitura dos autos, que a construção da ERB, de responsabilidade da apelante, nos modos em que se deu, efetivamente gerou transtornos que extrapolaram a normalidade, em especial os causados pela queda de objetos (pedaços de metal da antena, porcas, ferramentas, barras de aço e outros materiais) sobre a área de propriedade da demandante e sobre o local onde se encontra a piscina, como amplamente restou demonstrado nos autos, até mesmo por fotografias (fls. 31 a 40). Sequer, como bem sinalado na sentença, foi exposto à parte autora algum cronograma da obra, gerando óbice à livre disposição e fruição do bem, já que a construção ocorreu justamente no período de alta temporada no litoral, quando são utilizados os imóveis lá localizados. Acresça-se que o dano decorre do permanente estado de perturbação e insegurança vivenciado pela parte autora, conforme demonstrado pela prova carreada, colocando-a em situação de desconforto e incômodos desnecessários, os quais desbordaram, em muito, daquilo que se tem considerado meros dissabores da vida cotidiana”.

razões de apelo). Todavia, não se pode olvidar do comando expresso no art. 187 do Código Civil, segundo o qual “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”. Prescreve, pois, o Código Civil, em adoção direta da teoria objetivo-finalista (que afasta a exigência de qualquer investigação a respeito da intenção daquele que exercitou abusivamente o seu direito), ser irregular toda a conduta que, muito embora, em sua aparência, esteja inicialmente subsumida à lei formal, não esteja adequada aos limites impostos pelas cláusulas gerais, encerradas no art. 187 do Código Civil. Evidente, pois, que a conduta da empresa demandada, ao erguer uma torre de setenta e dois metros, distando apenas um (01) metro da residência da autora (conforme claramente se observa das fotografias das folhas 46 e 373), gerando, como consequência direta, a desvalorização do imóvel, como atestado pela prova pericial (fl. 617), transbordou daquilo que se tem como permitido, para adentrar na seara do ilícito, pois que excedeu “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Em nosso sentir, a fundamentação apresenta-se contraditória, pois ora afirma que “dúvidas não pairam quanto ao exercício regular de um direito pela ré”, ora permite a incidência do art. 187, o qual retrata o fenômeno da ilicitude pelo agir abusivo (um exercício irregular). A leitura do acórdão, em verdade, dá conta de que a obra foi tida como lícita. E é legítimo construir uma ERB, pois ela é fundamental para a transmissão do sinal de telefonia móvel.

Em verdade, o Tribunal de Justiça se sensibilizou com um dano anormal produzido em desfavor de um particular, em razão da atividade lícita de uma empresa. Melhor teria sido se a motivação adotada apontasse o dever de indenizar fundamentado na licitude, atribuindo uma compensação para equilibrar os direitos envolvidos. Não houve ilícito. Mas, ainda assim, uma compensação mereceria deferimento, pela consideração do dano anormal e especial gerado. Daí a valia da utilização da doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho para dirimir o caso.

Após abordar o método operativo desta fonte residual de responsabilidade civil, restaria sublinhar a importância de uma interpretação mais ampla do princípio da reparação integral do dano, o qual vem sendo aplicado pela jurisprudência de uma forma extremamente patrimonialista, mediante o mero arbitramento de indenizações.

Com efeito, já em 1897, René Demogue destacava, em clássica monografia, a insuficiência dos meios de proteção oferecidos pelo Direito à vítima de dano.

Postulava que a sociedade oferecesse aos seus membros “modos de reparação tão variados e numerosos quanto os meios empregados pelos delinquentes”. Lamentava, naquele momento histórico, que as formas de reparar o mal fossem tão reduzidas, em comparação com as inumeráveis maneiras de ocasionar danos.⁵⁸² A imensa evolução da responsabilidade civil, portanto, ainda não tinha alcançado o seu ápice, pois as teorias não se mostravam suficientes para dar conta das necessidades sociais de sua época.⁵⁸³

Transcorreram-se mais de cem anos. Estivesse René Demogue entre nós, provavelmente estaria repetindo a lamentação, afinal discutir responsabilidade civil no Judiciário brasileiro equivale a indagar se uma quantia monetária é ou não devida. O sistema ainda possui enorme dificuldade para encontrar formas distintas e adequadas às vítimas, a fim de lhes garantir a “reparação integral”. O sistema atual é tão patrimonialista quanto o forjado no século passado, sob a égide do Código anterior.

As causas desse estado das coisas são múltiplas. Uma delas, de enorme importância, reside nos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil, os quais adotariam o princípio da adstrição ao pedido, segundo posição doutrinária conhecida. Logo, o magistrado estaria atado ao pedido formulado pelo autor, a despeito de considerar mais adequado o oferecimento de outro provimento jurisdicional.⁵⁸⁴ É mais um capítulo da novela intitulada “direito material e processo civil: um diálogo impossível”, em cartaz nas principais universidades e tribunais brasileiros há mais de décadas.

⁵⁸² De La Réparation Civile des Délits, pp. 44-45. Paris: Elibron Classics, 1897 (ré-impresion 2006).

⁵⁸³ Este “imenso avanço” pode ser atestado de muitas maneiras. Em geral, a doutrina destaca que, na origem, enquanto não estabelecido solidamente um poder social, a vingança privada aparecia como a única sanção. Era um sentimento espontâneo e uma forma de evitar a reiteração das agressões, pois “celui qui n’aurait pas montré la même ardeur à défendre son droit, à poursuivre son agresseur, aurait eu plus de chances d’être victime d’un nouveau délit. Ses biens auraient été plus souvent l’objet des rapines de voisins avides et peu scrupuleux”. Demogue, René, De La Réparation Civile des Délits, p. 5. Paris : Elibron Classics, 1897 (ré-impresion 2006). Cada um se vinga, atende o seu impulso, sem se importar com o resultado material, « on rend le mal pour le mal, et cela sans espérance de recouvrer ce qu’on a perdu ». Quando se renuncia a vingança em troca de uma composição material, imagina-se que esta trará uma satisfação equivalente àquela, porém progressivamente vai se exigindo alguma proporção entre ressentimento e o dano sofrido. Op. cit. pp. 6-7.

⁵⁸⁴ Precisariamos reler a redação dos artigos prestando mais atenção ao bem jurídico cuja proteção é reclamada pelo autor. Em nosso sentir, ao se proteger o bem jurídico da forma considerada adequada não estaremos oferecendo sentença de “natureza diversa da pedida”. Reza o art. 460, CPC: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. É o que ocorre, por exemplo, no direito ambiental, quando o autor postula o encerramento de uma fábrica em face da poluição gerada e a instrução processual conclui que a instalação de um aparelho tem o condão de eliminar o dano. Qual o sentido de se ordenar o fechamento da empresa, se uma medida menos gravosa, embora não pedida expressamente pelo autor na sua petição inicial, protege o bem da vida?

As alternativas deveriam ser pensadas. Veja-se, por ilustração, o fenômeno do desagravo, utilizado por entidades de classe para prestigiar vítimas de ilícitos no seu exercício profissional. A Ordem dos Advogados do Brasil, por ilustração, determina a realização de sessões públicas de desagravo, quando reconhece a violação das prerrogativas profissionais, em prejuízo da cidadania.⁵⁸⁵ É uma forma não patrimonial de se reparar o dano.

Algo parecido poderia ocorrer em determinados grupos de casos, no próprio processo judicial. Não haveria nem mesmo necessidade de reforma legislativa, pois já está previsto no direito processual uma técnica de pouca utilização prática. Nesse sentido, o Código de Processo Civil preconiza a leitura em audiência, após o encerramento dos debates (art. 456, CPC), hipótese na qual se inicia o prazo para a interposição do apelo (art. 506, CPC). É absolutamente lícito, portanto, que o julgamento da causa ocorra de forma pública (art. 93, IX, CF), mediante a leitura da sentença.⁵⁸⁶ Essa possibilidade já é oferecida, embora, na prática, se observe uma preferência pelo memorial escrito, certamente em face do enorme volume de trabalho do Poder Judiciário. Justamente em face dos milhões de processos que tramitam, a maior parte dos autores considera pouco produtivo o aprazamento de audiência específica para a leitura da sentença, sendo suficiente a intimação da parte.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Por ilustração, em 29.10.2012, houve sessão de desagravo em razão da expulsão de advogado da sala de audiências, efetuada por seguranças do foro a pedido da magistrada; em 09.11.2012, por força de entender que um despacho judicial fora extremamente desrespeitoso, o Conselho da OAB/RS, autorizou o desagravo do ofendido; em 12.09.2012, tendo um escrivão indevidamente, na visão do Conselho, comparado a atividade de um profissional a de um criminoso, em face do “patrocínio escuso”, igualmente foi tutelado o profissional. Quando utilizado com sabedoria, o desagravo é uma excelente forma de se reparar o dano causado. Notícias disponíveis no site da OAB/RS, www.oab-rs.org.br. Acesso em 10.11.2012.

⁵⁸⁶ Correta, nesse sentido, a posição de José Carlos Barbosa Moreira: “apesar do silêncio do art. 456 e da revogação do primitivo parágrafo segundo do art. 242, pela Lei n. 8.952, continua a parecer-nos – contra a orientação dominante na prática judiciária – que, não proferindo a sentença na própria audiência de instrução e julgamento, deve o juiz marcar dia e hora para a audiência de leitura e publicação da sentença”. Esta observação consta no rodapé n. 152, p. 359. Comentários ao Código de Processo Civil, n. v. 5. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Dentre farta jurisprudência REsp 92.154/ES, 3. T., Rel. Min. Nilson Naves, j. 10.06.1997, DJ: 01.09.1997, p. 40827.

⁵⁸⁷ Nesse sentido: “não bastasse a conduta do legislador que extirpou a providência do ordenamento de então, mais se justifica, diante da necessidade, cada vez maior, de abreviar a prestação jurisdicional no tempo e, sem dúvida, em época de pauta congestionada, a simples intimação se revela bem mais efetiva e razoável do que a burocrática designação de uma nova audiência, o que, certamente, se assim fosse, contribuiria ainda mais para a procrastinação da prestação jurisdicional”. Sérgio Gilberto Porto. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 6, p. 83. São Paulo: RT, 2000.

Dentro desse contexto, consideramos positiva a opção pela leitura da sentença em sessão pública, nos casos em que, por força da repercussão social do litígio, a honra das pessoas tenha sido indevidamente atingida, o que é muito comum nas Cidades menores. Não se trata de ressuscitar a prática judicial do Código de Processo Civil de 1939 (art. 271, parágrafo único), pois os tempos são outros e os magistrados de regra não tem a menor disponibilidade de tempo para ordinarizar a leitura da sentença em audiência. O expediente deve ser usado com cautela e excepcionalmente. Na nossa visão, é uma forma de reparação do dano autorizada pelo sistema e que foge da lógica da mera compensação patrimonial, a qual é importante, porém não pode ser a única na resolução de litígios. Ao visualizar a potencialidade dessa medida reduzir o dano, o magistrado poderá eventualmente ser menos severo no arbitramento da indenização, o que não raro atenderá o interesse do agente. Desta forma, a abordagem mais ampla deste fenômeno, com o envolvimento de outras pessoas e meios de reparação, colabora com o ideal de Léon Bourgeois, quando evita colocar o peso em uma medida ou em uma pessoa, apenas.

Um dos atos lícitos que geram o dever de indenizar mais consolidado no direito brasileiro igualmente oferece um exemplo de destaque. Suponha-se que ocorra a desapropriação de uma área por motivo de utilidade pública, com o desapossamento imediato de várias famílias e uma duração excessiva do processo, no qual se discute a “justa e prévia indenização”, fenômeno corriqueiro no Judiciário brasileiro. Após ampla cognição probatória, surge o momento de proferir sentença. Além da reparação do dano econômico, não seria razoável que o Estado, mediante uma carta pessoalizada às famílias atingidas, agradecesse e atestasse que a construção daquela estrada ou daquele hospital apenas foi possível em razão do sacrifício do particular? Tal medida em nada oneraria os cofres públicos e poderia gerar em inúmeras pessoas o sentimento de realização por ter ajudado na consecução dos fins públicos que atendem à sociedade (novamente o solidarismo de Léon Bourgeois: a escola que atende a comunidade foi apenas erguida com o sacrifício de muitas pessoas, sem o qual não seria possível atender o público).

Outra alternativa aventada foi a possibilidade do magistrado acolher pedido para a publicação de sua sentença em jornal local, a pretexto de reparar o dano,

conforme discutido no julgamento do Recurso Especial n. 885.248/MG, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi.⁵⁸⁸

Neste precedente, a Ministra Relatora discutiu a possibilidade de ser deferido o pedido de publicação da sentença que condena veículo de imprensa por publicação de notícia lesiva à parte, “notadamente tendo em vista a não-recepção da Lei de Imprensa decretada recentemente pelo STF. São peculiaridades deste processo que: (i) o pedido de publicação da sentença foi formulado, não só com fundamento na Lei de Imprensa, mas também com base nos dispositivos do Código Civil; (ii) o motivo pelo qual a publicação foi indeferida pelo TJMG era o de que a própria Lei de Imprensa o vedaria”. Ou seja, neste caso, houve pedido expresso de publicação da sentença, formulado em desfavor de um jornal e não apenas com amparo na Lei de Imprensa, “mas também com base nos dispositivos do Código Civil”.

Uma questão prefacial foi adequadamente resolvida, qual seja a possibilidade de serem acionados direitos previstos pela Lei de Imprensa, a despeito de sua não-recepção pela Constituição Federal (disse o acórdão, acertadamente, que “cabe ressaltar que a não-recepção da Lei de Imprensa não implica, necessária e diretamente, a impossibilidade de gozo de todos os direitos que nela estavam previstos em favor dos particulares ou dos veículos de comunicação. Se outros dispositivos legais válidos tutelarem esses mesmos direitos, é possível, em princípio, que o Judiciário os permaneça reconhecendo, com mera correção do fundamento legal”).

Após distinguir o direito de resposta do direito à publicação da sentença, a Corte ingressou no tema que interessa ao presente capítulo. O voto da Relatora, inicialmente, reconheceu que “o direito à publicação da sentença no veículo de

⁵⁸⁸ Íntegra da ementa: “Lei de Imprensa. Não-recepção. Sobrevivência do direito de resposta. Precedente do STF. Direito à publicação de sentença. Distinção. Ausência de dispositivo legal que, após a não-recepção da Lei de Imprensa, ampare essa pretensão. Recurso especial improvido. - Com o julgamento da ADPF 130, pelo STF, restou estabelecida a não-recepção da Lei de Imprensa pelo atual panorama constitucional. Dada a impossibilidade de modulação de efeitos de decisões de não-recepção, consoante precedentes do STF, a Lei de Imprensa deve ser considerada inválida desde a promulgação da CF/88. - O direito constitucional de resposta, antes previsto na Lei de Imprensa, continua passível de proteção jurídica, contudo não mais nos termos em que era previsto na lei não-recepcionada. Para amparar tal direito, os Tribunais deverão se valer da regra da analogia, invocando o art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 58 da Lei 9.504/97. A Lei de Imprensa previa a possibilidade de se determinar a publicação das sentenças cíveis e criminais proferidas em causas nas quais se discutissem ofensas perpetradas pela imprensa, no mesmo veículo de comunicação em que a ofensa tivesse sido veiculada. Esse direito não se confunde com o direito de resposta, de modo que ele não encontra fundamento direto na constituição federal. A sobrevivência do direito à publicação da sentença, portanto, deve ser apreciada com os olhos voltados à legislação civil. - O princípio da reparação integral do dano não tem alcance suficiente para abranger o direito à publicação da sentença cível ou criminal. Recurso especial a que se nega provimento”. (REsp 885248/MG, 3. T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/12/2009, DJe 21/05/2010)

comunicação materializa um dos aspectos inerentes à *reparação civil* do dano causado à parte pela notícia publicada, consoante antigo precedente do STF (Apelação Ordinária 7-6MT, RT 652/367), de modo que sua sobrevivência no sistema, a partir da não-recepção do art. 75 da Lei de Imprensa, somente poderia ser extraída do art. 159 do CC/16, cuja violação foi expressamente alegada no recurso especial”. Ato contínuo, discorreu sobre o papel das normas gerais de ilicitude e de reparação do dano, no sistema civil, afirmando que “o art. 159 do CC/16, a exemplo do que faz, hoje, o art. 186 do CC/02, contém regra geral de reparação civil dos danos causados por ato ilícito. Especificamente no que diz respeito à reparação de delitos de calúnia, difamação ou injúria (a publicação de notícias desabonadoras naturalmente se incluirá, sempre, em uma dessas categorias-base), há norma específica, tanto no CC/16, como no CC/02, estabelecendo a forma de composição dos danos. Trata-se dos arts. 1.547 do CC/16 e do art. 953 do CC/02, que dispõem: CC/16 Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550). CC/02, art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

A partir dessa moldura legal, alcançou a conclusão de que “de nenhuma dessas normas se extrai o direito à publicação, na íntegra, da sentença no veículo que promoveu a ofensa. Trata-se, portanto, de providência que tinha, exclusivamente, seu fundamento na Lei de Imprensa, hoje não recepcionada. Assim, se não é possível conhecer, nesta sede, da violação ao art. 75 da Lei 5.250/67, também não é possível constatar violação ao art. 159 do CC/16. Até que seja aprovada a nova Lei de Imprensa, atualmente em discussão no Congresso Nacional, resta assegurado aos cidadãos apenas o exercício do direito de resposta, não a faculdade de requerer a publicação, na íntegra, das sentenças cíveis ou criminais que julgarem processos relacionados a ofensas perpetradas por veículos de comunicação. Não é possível argumentar, neste ponto, que o princípio da reparação integral do dano (previsto, de maneira expressa, apenas no art. 944 do CC/02, mas também presente, como cânone de interpretação, no CC/16) indique solução diversa. Isso porque, não obstante a publicação da sentença possibilite uma maior amplitude na reparação do dano de imagem causado ao ofendido, não se pode

estabelecer, a partir de uma regra geral de *indenização por ato ilícito*, o permissivo para impor uma *obrigação de fazer* ao devedor, salvo se tal obrigação se encontra previamente ajustada em contrato. Abrir-se tal precedente permitira que, no futuro, qualquer ato de injúria, independentemente de sua prática por veículo de imprensa, ou qualquer ato privado que implique lesão ao direito à imagem (como o apontamento indevido de título a protesto, a reprodução indevida de marca etc), fosse punido, pelo juízo cível, com a imposição de pedidos públicos de desculpas, publicação de retratação em pequenos periódicos e assim por diante. Seria temerário permitir, sem lei prévia, que toda essa amplitude fosse extraída da mera interpretação da regra geral contida nos arts. 159 do CC/16, 189 e 944 do CC02”.

Esta orientação segue sendo aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁸⁹ Contudo, nos parece que ela contém um equívoco que merece correção. Ao aproveitar um determinado caso concreto para apreciar em abstrato o direito à publicação da sentença no sistema civil brasileiro, a Corte ampliou os efeitos de sua decisão, o que é natural. Todavia, pelo teor da linguagem empregada no acórdão e na redação da ementa, o Superior Tribunal de Justiça praticamente eliminou a chance de que a sua regra geral, corretamente apontada, possa vir a ser excepcionada em algum outro caso concreto.

Com efeito, ao afirmar que “seria temerário permitir, sem lei prévia, que toda essa amplitude fosse extraída da mera interpretação da regra geral contida nos arts. 159 do CC/16, 189 e 944 do CC02”, o Superior Tribunal de Justiça restringiu a jurisprudência enquanto fonte jurígena justamente em uma área que, historicamente, foi construída pela atuação dos juízes.⁵⁹⁰ Ao apelar para o legislador, com a edição de lei

⁵⁸⁹ Por ilustração: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE CONTEÚDO OFENSIVO. CONDENAÇÃO DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA NO PERIÓDICO COM FUNDAMENTO NA LEI DE IMPRENSA. OMISSÃO VERIFICADA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Consoante dispõe o art. 535 do CPC, destinam-se os Embargos de Declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição. 2. Em razão da não-recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, fica impossibilitada a condenação, baseada tão-somente na Lei nº 5.250/67, à publicação de sentença condenatória no sítio da editora ré. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeito infringente, para conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial”. (EDcl no AgRg no Ag 1047230/RJ, 4. T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14/08/2012, DJe 28/08/2012)

⁵⁹⁰ Patrice Jourdain chega a afirmar que a responsabilidade civil é um campo “essentiellement jurisprudentiel”, em face da enorme colaboração dos juízes na sua evolução. Les Principes de la Responsabilité Civile. 7. ed. Dalloz: Paris, 2007. A contribuição da jurisprudência é igualmente destacada pela doutrina brasileira, como se vê da lição de Paulo de Tarso Sanverino: “A jurisprudência e a doutrina da França encarregaram-se, então, de construir um sistema de reparação de danos a partir da cláusula geral de responsabilidade civil do art. 1382 complementada pelo princípio da reparação integral extraído

nova regulando eventual direito à publicação da sentença, a Corte indicou aos magistrados do país a sua orientação no sentido de que não seria lícito, ao menos neste momento histórico, reconhecer à vítima como um meio alternativo de reparar o dano sofrido a publicação da decisão judicial em veículo de comunicação.

Em nosso sentir, melhor teria sido afirmar que, em linha de princípio, a publicação da sentença não é o meio preferencial para a reparação do dano produzido através da atuação irregular da imprensa. E, ato contínuo, estabelecer que apenas excepcionalmente essa medida pode ser autorizada, quando, por exemplo, o réu fosse o próprio veículo de imprensa. Logicamente, nessa hipótese, deveriam ser esclarecidos os critérios que permitiriam enquadrar um caso como excepcional (dolo do agente, natureza do dano, bem como a sua intensidade, grande vantagem patrimonial auferida com o ilícito, etc.).

De toda sorte, a simples existência desse debate em sede jurisprudencial demonstra que a sociedade também se interessa em buscar outros meios alternativos de reparação de danos. Resta, nesse quadro, o trabalho inovador de algumas decisões judiciais que buscam, a seu modo, oferecer melhores soluções para os problemas da sociedade.

É o caso da previsão da Legge Pinto italiana, antes citada, quando, em seu art. 2, preconiza que “il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione”, atendendo assim ao interesse da vítima, quando for o caso.

Nas situações de responsabilidade civil por ato lícito, com ainda maior razão deveriam ser perquiridas formas mais adequadas para a harmonização dos interesses envolvidos, pois, quando arbitrada uma indenização, ela terá a natureza compensatória, como será visto no próximo tópico.

do art. 1149, ambos do *Code Civil*. Construíram, assim, não só uma cláusula geral de responsabilidade civil, com um conceito aberto de faute, como também a determinação de que a indenização deverá corresponder do modo mais amplo e completo aos prejuízos sofridos pela vítima do ato ilícito. A jurisprudência tratou de valorizar a importância de uma avaliação concreta dos danos, entregando-a ao poder soberano dos juízes (*juges du fond*) com controle restrito pelos tribunais superiores”. Princípio da Reparação Integral, pp. 24-25. São Paulo: Saraiva, 2010.

3. O arbitramento da compensação.

Outra distinção – talvez a de principal efeito prático – entre as indenizações calcadas na ilicitude e as compensações fundadas no agir lícito é a própria natureza da condenação judicial. Enquanto a indenização fundada na ilicitude tem como norte o art. 944, *caput*, a fim de garantir a reparação integral do dano experimentado, a compensação do dano produzido por ato lícito é arbitrada equitativamente pelo juiz, encontrando base legal no parágrafo único do mesmo artigo.⁵⁹¹

Uma questão que inicialmente se coloca diz respeito a necessidade de reforma legislativa, porquanto a doutrina imensamente majoritária considera aplicável o princípio da reparação integral dos danos aos casos de estado de necessidade. Quando muito, doutrinadores postulam a atuação do legislador, sensibilizados com a injustiça que a interpretação literal do dispositivo gera⁵⁹².

Contudo, entendemos desnecessária a atuação legislativa, embora concordemos que ela poderia ser útil, a depender dos seus termos. A melhor justificativa encontra-se na distinção entre os fundamentos do dever de indenizar, a partir de atos lícitos e ilícitos, como será observado, mediante o apelo à *Ética a Nicomaco*. Nela, observa-se uma visão relacional, bem apreendida por José Fernando de Castro Farias, ao considerar que, no pensamento aristotélico, a justiça é exercida na relação com o outro, a partir da análise do comportamento do homem no *kosmos*.⁵⁹³

⁵⁹¹ Art. 944, do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

⁵⁹² É a posição, por ilustração, de Carlos Roberto Gonçalves: “sem dúvida, melhor ficaria se fosse permitido ao juiz, por arbitramento, fixar uma indenização moderada, e não aquela indenização do prejuízo que sofreu o lesado, tal como consta do art. 929 do Código Civil e que pode conduzir a injustiças”. Da Responsabilidade Civil, p. 800.

⁵⁹³ Concordamos com a abordagem de José Fernando de Castro Farias: a justiça é um valor moral ela não é tratada como um imperativo de norma de conduta. A justiça é, antes de tudo, uma *virtude*. O que é virtude? A virtude é uma força que age ou pode agir. (...) Aristóteles diz que os homens se distinguem dos animais não só através da vida racional; a razão não basta. A virtude do homem é histórica. Num homem virtuoso, a humanidade e a virtude sempre coincidem. A virtude de um homem é o que o faz humano; o que determina o poder específico e o valor próprio do homem é a sua humanidade. Na ética de Aristóteles, a virtude é uma maneira de ser adquirida e é duradoura. Ela é o que somos e o que nos tornamos, é também o que podemos fazer. A virtude pressupõe um *ser* e um *agir* com os outros, ou seja, ela pressupõe indivíduos se relacionando entre si, constituindo ao mesmo tempo um fato biológico e cultural. Assim, a virtude é a nossa maneira de ser e de agir humanamente, isto é, nossa capacidade de agir conforme o *bem*. (...) A justiça é vista como um ideal moral da totalidade harmônica. Ela é encarada como o princípio da ordem e da hierarquia no *kósmos*. Sendo uma lei moral, a justiça é a “soma de todas as virtudes”. Ela é a “virtude universal” que comanda todas as outras leis. Na ética aristotélica, a justiça é

Nessa obra memorável, Aristóteles diagnosticou a existência de duas classes de justiça parcial: (a) justiça distributiva e (b) reparadora e repressiva, também chamada de corretiva nas traduções brasileiras. A primeira preocupa-se com a valorização da honra, das riquezas e de todos os demais benefícios que possam obter todos os membros da sociedade, podendo ser tolerada a repartição desigual dos bens, a depender do mérito. A segunda, de seu turno, regula as condições legais das relações civis e dos contratos, as quais podem ser voluntárias ou não. Citava o autor o empréstimo, a fiança, o arrendamento, o salário, o depósito, a compra e venda, como atos tipicamente voluntários. As relações involuntárias, por sua vez, decorreriam de situações alheias ao nosso controle, como o furto, o falso testemunho, a corrupção, a fuga de escravos, o adultério, o assassinato e outras formas de ilícitos que são exercidos com o apelo da força, como o sequestro, as palavras ofensivas, etc.⁵⁹⁴

Como é intuitivo, a visão do justo, em cada uma dessas classes, irá variar. Na primeira classe de justiça, existem pelo menos quatro elementos que devem ser sopesados, quais sejam as pessoas envolvidas (A e B) e os benefícios ou prejuízos que elas irão suportar (C e D). Essa distribuição é feita consoante o mérito de cada um, muito embora as pessoas divirjam a respeito do verdadeiro mérito, segundo Aristóteles. Os partidários da democracia explicam-no pela liberdade, os da monarquia no nascimento ou na riqueza, ao passo que os aristocratas identificam-no na virtude.⁵⁹⁵

Independentemente do critério utilizado para medir o mérito, para Aristóteles, fica claro que o justo é algo proporcional e a justiça será encontrada no meio-termo entre os extremos que, de outro modo, não estariam em proporção. Injustiça será a desproporção: aquele que consuma uma injustiça estabelece para si mais do que devia ter e o que dela padece recebe menos do que lhe corresponde.⁵⁹⁶

Já na segunda classe de justiça (reparadora, repressiva ou corretiva, a depender da tradução), o justo nos assuntos civis é igualmente uma classe de igualdade e o injusto uma forma de desigualdade, porém não de acordo com a proporção do mérito

uma virtude moral inerente à pessoa, sendo encarada como uma qualidade subjetiva de comportamento, no sentido de que ela se refere à ação do indivíduo face à lei geral e particular, ou seja, o valor qualitativo das ações está intimamente relacionado à qualidade moral do sujeito. O bom cidadão é virtuoso não só pelo fato de cumprir a letra da lei, mas por causa de sua disposição interior permanente de cumprir seus deveres legais no seio da *polis*⁷. A Origem do Direito de Solidariedade, pp. 44-45.

⁵⁹⁴ Ética, p.127.

⁵⁹⁵ Op. cit. 128.

⁵⁹⁶ Op. cit. 129.

(da justiça distributiva) mas segundo uma proporção aritmética. Explica Aristóteles que não importa que tenha sido um nobre que lesou um plebeu ou este que tenha prejudicado um nobre, pois a lei se concentra na natureza do delito e trata todas as pessoas como absolutamente iguais. Ela apenas se preocupa em averiguar quem foi o culpado e quem foi a vítima, visualizando quem produziu o dano e quem o sofreu. Ao fim, o juiz trata de equilibrar esta injustiça, que é uma desigualdade, uma vez que uma pessoa sofre à custa de outrem, implicando-lhe uma pena, retirando-lhe o proveito obtido. A medida é aritmética, pois quando o magistrado consegue sopesar o dano padecido e esse corresponde ao benefício alheio, a igualdade é o médio entre um e outro. Proveito e perda devem ser entendidas como o mais e o menos em sentido oposto. O justo cujo fim é reparar os danos é o meio entre a perda de um e o proveito de outro.⁵⁹⁷ No pensamento aristotélico, proveito e dano decorrem de trocas e transações voluntárias.⁵⁹⁸

Será injusto, nesse passo, tanto o excesso, quanto a escassez, pois ambas as medidas ofendem a relação de proporcionalidade. A equidade pessoal, refere Aristóteles, é o meio entre uma injustiça cometida e uma injustiça padecida, pois, de um lado, se obtém mais do que o devido e, de outro, menos. Visualizando as injustiças (extremos), pode-se colocar a justiça em seu meio.⁵⁹⁹

Aristóteles considera fundamental verificar a intencionalidade, a fim de estabelecer uma distinção quanto ao tratamento oferecido pelo Direito. Com efeito, para Aristóteles, há três formas de ocasionar danos nas relações sociais. Em primeiro lugar, há danos que se originam na ignorância, sem a deliberação. Em segundo lugar, há danos que se produzem com pleno conhecimento de causa, mas sem premeditação. São situações em que se comete um ato injusto, como aqueles acidentes produzidos em razão da cólera e de todas as paixões que são naturais. Lembra Aristóteles que a cólera habitualmente apenas se manifesta diante de uma injustiça sofrida ou que se crê verdadeira. Na última categoria, o autor arrola os delitos premeditados, que tornam o agente completamente culpável e indicam a sua perversidade.

⁵⁹⁷ Op. cit. 130.

⁵⁹⁸ Merece transcrição: “agregaré también que los términos de provecho e perdida que utilizamos al estudiar la injusticia, provienen del cambio y de las transacciones voluntarias. Cuando se tiene más de lo que se tenía al comienzo, se dice que se ha obtenido un provecho y en cambio cuando ocurre que se tiene menos, se lo denomina experimentar una perdida”. Op. cit. p. 131.

⁵⁹⁹ Op. cit. p. 135.

A perspectiva relacional do direito, tão valorizada pelo solidarismo, encontra as suas sementes na *Ética a Nicômaco*. Nela, se observa a preocupação de Aristóteles com a coesão social, quando sublinha que a sociedade não se mantém senão quando as pessoas reciprocamente oferecem favores, devolvendo, de forma proporcional, aquilo que receberam. Essa devolução se dá de duas formas: ou se devolve o mal por mal, “pois a sociedade seria uma sorte de escravidão se não se pudesse devolver o mal que se sofreu”; ou se devolve o bem, em troca do bem recebido. Somente com este mútuo intercâmbio, as pessoas sobrevivem.⁶⁰⁰ O laço comum da sociedade é justamente a necessidade que temos uns em relação aos outros, afinal se os homens não tivessem necessidades, não haveria relações entre eles ou essas seriam muito distintas.⁶⁰¹

As classes de justiça identificadas por Aristóteles servem para justificar o princípio da reparação integral (que normalmente deve ser adotado para resolver a responsabilidade civil derivada de ilicitude), bem como a indenização equitativa (cuja aplicação demanda individualizar as pessoas, para visualizar o mérito daquela ação realizada e o prejuízo alheio suportado). As ponderações da *Ética a Nicomaco* auxiliam a distinguir o tratamento jurídico de duas situações distintas, quais sejam o dano derivado de ato ilícito e o ato lícito danoso.

Com a incidência do parágrafo único, do art. 944, aos casos de estado de necessidade e nas demais hipóteses de compensação de danos pelos atos lícitos, o ordenamento brasileiro aproxima-se do italiano, cujo Código Civil contém norma expressa enfocando a indenização equitativa.⁶⁰² E, embora não alcance a amplitude do direito português, que autoriza a condenação não só do agente, mas daqueles “que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade”, torna-se

⁶⁰⁰ Op. cit. p. 133.

⁶⁰¹ Op. cit. p. 134.

⁶⁰² Art. 2045, Codice: “Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice”. Andrea Torrente e Piero Schlesinger: “Diversamente da quel che accade in ipotesi di <legittima, difesa> (ove il pregiudizio è arrecato a colui che pone in atto un'aggressione anti-giuridica nei confronti del danneggiante o di un terzo), in caso di <stato di necessità> il danno viene arrecato ad un terzo <innocente>: ciò spiega perché –mentre, in ipotesi di legittima difesa, il danneggiante è esonerato da qualsiasi obbligo riparatorio- in ipotesi di danno arrecato in stato di necessità, il danneggiante deve al danneggiato (non già l'integrale ristoro del pregiudizio sofferto, ma) un' <indennità>, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice (art. 2045 cod. Civ.)”. Manuale di Diritto Privato, p. 804. Milano: Giuffrè.

semelhante pela opção da “indenização equitativa”.⁶⁰³ De resto, no sábio sistema português, há permissão de que, nos ilícitos culposos, em geral, a indenização possa ser arbitrada equitativamente, a fim de oferecer tratamento distinto aos atos dolosos, cuja caracterização implica a necessidade de reparar todos os danos causados.⁶⁰⁴ Logo, ao invés de reduzir a margem do juiz na análise do caso, a doutrina brasileira deveria postular maior âmbito de incidência do parágrafo único, do art. 944.

Afirmar que a indenização será fixada com apelo à equidade não significa dizer que ela sempre será inferior ao dano produzido.⁶⁰⁵ É provável que, na maioria dos casos, isso ocorra. Mas nem sempre. Eventualmente, soará equânime ao magistrado condenar a parte que praticou o ato lícito danoso a indenizar o lesado na exata medida de seu prejuízo. Tal sentença será chancelada, desde que as condições das partes assim o recomendem. Excepcionalmente, pode ocorrer que o arbitramento através de juízo de equidade, alcance valor superior ao do próprio dano. Bastará que o magistrado, na quantificação, leve em consideração danos não diretos e imediatos. São raras as hipóteses, porém não podem ser descartadas.⁶⁰⁶

Contudo, é interessante notar que muitos doutrinadores no Brasil pretendem reduzir a aplicação do parágrafo único, sob variados argumentos. Seduzidos pelo dano suportado pela vítima, reclamam a reparação integral, olvidando-se dos reflexos que a

⁶⁰³ Art. 339.º - (Estado de necessidade): “1. É 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. 2. 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”. João de Matos Antunes Varela, referindo-se aos casos em que o agente não colabora para a formação do estado de necessidade, salienta que “as situações podem variar de tal modo a ser tão diferentes a liberdade de determinação e de acção das pessoas, que se entregou ao prudente critério do julgador, mediante a equilibrada ponderação de todos os interesses em jogo, a tarefa de decidir não só sobre o montante da indenização, mas sobre a própria atribuição dela e a determinação das pessoas responsáveis. O tribunal pode condenar na indemnização, consoante os casos, quer apenas o terceiro que beneficiou do acto, quer um e outros simultaneamente.” Direito das Obrigações, p. 560.

⁶⁰⁴ Carlos Alberto da Mota Pinto. Teoria Geral do Direito Civil, p. 130. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

⁶⁰⁵ Como anota Giovanni Torregrossa, “il ricorso all’equità non importa necessariamente una determinazione quantitativa dell’indennizzo in misura minore dell’ammontare del risarcimento.” La responsabilità da atto lecito nel diritto privato, p. 150.

⁶⁰⁶ É a posição de Giovanni Torregrossa: “è da ammettere, altresì, che l’evoluzione degli stessi principi di equità potrebbe portare a dar rilevanza a beni od interessi che ricevono una protezione giuridica; con la conseguenza che appunto in funzione dell’allargamento dell’ambito della sfera patrimoniale di un soggetto protetta dall’ordinamento giuridico attraverso l’applicazione delle regole dell’equità, l’equa indennità può assumere un ammontare superiore al risarcimento”. Op. Cit., p. 151.

limitação ao arbitramento judicial pode gerar na esfera do réu.⁶⁰⁷ Olvida-se, assim, a nota da proporcionalidade, que é ínsita no relacionamento jurídico entre as pessoas.

Houve, inclusive, um enunciado aprovado na I Jornada de Direito Civil, excluindo do âmbito de incidência da norma os casos de responsabilidade objetiva, os quais são os mais comuns no dia-a-dia do Foro.⁶⁰⁸ Felizmente, em outra Jornada, o enunciado foi retificado, autorizando-se a mitigação do princípio da reparação integral dos danos, como forma de melhor harmonizar os interesses envolvidos, quando presente o requisito da manifesta desproporção entre culpa e dano. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino explica esse avanço, postulando que a expressão “gravidade da culpa”, prevista no artigo, seja interpretada como “relevância da causa, de modo que, se houver excessiva desproporção entre o fato causador imputado ao demandado e a extensão dos danos, na responsabilidade objetiva, pode o juiz reduzir equitativamente a indenização”.⁶⁰⁹

Com tal conclusão, a tese concorda. Entretanto, o mesmo não se pode dizer em relação a posição doutrinária que exclui do âmbito do parágrafo único danos que atingem a “dignidade humana”, sugerida por setores da doutrina. Por ilustração, observa Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que “é a garantia de uma existência digna, outorgada pelo art. 170, da CF, o postulado normativo a ser considerado na interpretação do

⁶⁰⁷ No direito estrangeiro, José Joaquim Gomes Canotilho entende ilógico separar as duas classes de responsabilidade quanto aos seus efeitos. Refere o autor: “Tentar resolver o problema apelando para a medida da indemnização constitui uma nosso ver uma via ainda menos satisfatório. Com efeito, a afirmação de que no caso de responsabilidade por risco haverá ressarcimento integral dos danos, enquanto os encargos emergentes de actos lícitos só dão origem a uma indemnização, é duplamente criticável: liga o ressarcimento integral à ideia de ilícito e, conseqüentemente, reconduz a responsabilidade por acto ilícito; Parte do preconceito inadmissível de que os danos provocados por actos lícitos podem ser apenas parcialmente indemnizados”. Op. cit. p. 124. Uma análise sistemática de sua obra, contudo, nos faz concluir que esta observação parte de uma discussão específica, qual seja a extensão do dano indenizável na expropriação. Este é o seu principal exemplo no capítulo dedicado à “licitude do ato e a limitação da indenização”. Op. cit. pp. 321-326.

⁶⁰⁸ As razões levantadas para a aprovação do Enunciado são lembradas por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “na época da elaboração da proposição encaminhada à Jornada de Direito Civil, havia a preocupação com dois aspectos relevantes que conduziram àquela conclusão. De um lado, o paradoxo de se aceitar a incidência de cláusula geral de redução na medida da culpabilidade na responsabilidade objetiva, pois estar-se-ia a admitir a reabertura da discussão no processo judicial em torno do elemento culpa para efeito de quantificação da indenização, o que se mostraria contraditório. De outro lado, havia a preocupação de restringir o alcance da cláusula geral de redução, por representar uma restrição significativa ao princípio geral da reparação integral, especialmente no que concerne às indenizações por danos pessoais (morte e ofensas à integridade físico-psíquica) produzidos por acidentes de trânsito, acidentes de trabalho ou erros médicos, em que frequentemente a condenação judicial se funda no reconhecimento de culpa leve no fato imputável ao agente responsável”. Princípio da Reparação Integral do Dano, p. 122.

⁶⁰⁹ Op. cit. p. 123.

parágrafo único do art. 944, do CC. Isso significa, na prática judicial, que, se os interesses envolvidos em disputa forem meramente patrimoniais, relativos a danos materiais provocados por um ato danoso (v. g. acidente de trânsito provocado por culpa leve com prejuízos extensos, mas apenas materiais), mostra-se plenamente aplicável a norma de redução da indenização, não havendo espaço para a atuação do postulado normativo da existência digna. Entretanto, se tiverem concorrido danos pessoais (v.g. morte decorrente de um acidente de trânsito ou incapacidade permanente provocada por um acidente de trabalho), atua, por inteiro, o postulado normativo da existência digna, em face da necessidade de se garantir, em nossa ordem jurídico-econômica, a prevalência do respeito a vida e à integridade físico-psíquica de uma pessoa, cuja proteção, seja como direitos fundamentais, seja como direitos da personalidade, é prioritária em nosso sistema jurídico”.⁶¹⁰

Algumas razões militam em desfavor da posição acima aludida.

Inicialmente, ao vetar no plano abstrato a incidência do art. 944, parágrafo único, quando o dano alegado no processo esteja relacionado com a dignidade da pessoa humana ou apelo aos direitos fundamentais ou da personalidade, a posição retira do magistrado a possibilidade de, à luz do caso concreto, fazer justiça.⁶¹¹ Nas palavras de Miguel Reale, o papel do juiz enquanto árbitro estaria irremediavelmente comprometido, pelo indevido prestígio de uma atuação mecânica, distante das peculiaridades do caso concreto, abalando o ideal de operabilidade. Essa já seria uma objeção fundamental.

⁶¹⁰ Op. cit. p. 119. Essa posição é repetida pelo autor no ensaio “O Princípio da Reparação Integral do Dano e os Danos Pessoais”, como se vê de sua conclusão: “nos danos pessoais, assume especial importância a dignidade da pessoa humana, valor e princípio constitucional, consagrado como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), ensejando que o juiz limite a incidência da redução, quando, além de prejuízos puramente materiais, tenham ocorrido danos existenciais, como uma lesão grave (v.g. perda de um membro em decorrência de acidente de trabalho) ou a morte da vítima (v.g. acidente de trânsito ou desastre aéreo). Assim, nos danos pessoais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, deve prevalecer a regra geral consistente na reparação integral dos danos sofridos pelo lesado”. Disponível em www.cartacapital.com.br. Acesso em 13.05.2012.

⁶¹¹ Ademais, como bem pondera Anderson Schreiber, o apelo à noção de dignidade, em face de seu conteúdo aberto, deveria ser um motivo de ainda maior controle do raciocínio concreto do juiz. Disse o autor: “é justamente pela fluidez da noção de dignidade humana que a necessidade de seleção se faz tão imperativa. O risco reside exatamente em que a força ética e jurídica de que é portadora a idéia de dignidade humana, identificada com a própria condição de pessoa, impeça uma seleção criteriosa dos interesses merecedores de tutela, declarando-se ressarcível qualquer prejuízo ou desfavor que, na falta de possibilidade de aferição precisa, afete alegadamente a personalidade do ofendido”. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 124. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Contudo, há outra ainda mais grave. Se o sistema jurídico almeja realizar o ideal de socialidade, o mínimo que se espera no debate judicial é a avaliação de ambos os ângulos, do autor e do réu. Nem uma parte, nem outra, poderá condicionar a abordagem do fenômeno jurídico, especialmente a partir de um critério extremamente aleatório, qual seja a dita violação à dignidade do lesado. Não há como se assegurar a dignidade de apenas uma das pessoas envolvidas na relação jurídica. Do contrário, a pretexto de se reparar uma violação à dignidade do autor, correríamos o sério risco de desconsiderar a dignidade do réu ou de outras pessoas que não figuram no processo, em franca violação a sua “dimensão intersubjetiva”.⁶¹² Ou seja, a necessidade de proteger a dignidade de terceiros, aliás, é tida como justificativa jurídica para a relativização da dignidade de uma pessoa, especialmente quando já ocorrida a dita violação.⁶¹³

Nesse contexto, sublinha Ingo Wolfgang Sarlet que há uma “miríade de hipóteses nas quais nos deparamos com a necessidade real de resolver conflitos (ou, pelo menos, tensões) estabelecidos quando se trata de proteger e resguardar a igual dignidade de todos os seres humanos. É neste sentido que não podemos deixar de lembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em

⁶¹² Como reconhece Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana possui uma “dimensão intersubjetiva”, pois “sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora não se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e de proteção do poder público e da sociedade), poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nesses casos – o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização) que necessariamente implica a hierarquização (como sustenta Juarez Freitas) ou a ponderação (conforme prefere Alexy) dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares”. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, p. 150. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶¹³ Ingo Wolfgang Sarlet, igualmente, enfatiza a importância de se conjugar a interpretação da dignidade da pessoa com o princípio da isonomia, com o fim de garantir o respeito à dignidade das demais “assim, considerando que também o princípio isonômico (no sentido de tratar os desiguais de forma desigual) é, por sua vez, corolário direto da dignidade, forçoso admitir – pena que restarem sem solução boa parte dos casos concretos – que a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite para a doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justificada pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade. Todavia, eventual relativização da dignidade na sua condição de princípio (de norma jurídica) não significa – convém reiterá-lo para evitar incompreensões – que se esteja a transigir com a função da dignidade como regra impeditiva de condutas que representam violações a aspectos nucleares no âmbito de proteção da dignidade ou mesmo com a existência de regras impositivas de ações e omissões destinadas à salvaguarda e promoção da dignidade (satisfação no mínimo existencial, por exemplo). Da mesma forma, a dignidade, naquilo que guarda relação com a pretensão de respeito e consideração da pessoa na sua relação com o Estado e com outros indivíduos e no que traduz a noção de aptidão da pessoa (de toda e qualquer pessoa) a ser sujeito de direitos e obrigações, não pode ser objeto de supressão e desconsideração pelo Estado e pela sociedade”. *Op. cit.* p. 160.

sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isto não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais. Com efeito, não há como deixar de reconhecer – acompanhando Kloepfer – que mesmo em se tendo a dignidade como o valor supremo do ordenamento jurídico, daí não segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade. Assim, também nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não se poderá dispensar – até mesmo em face da necessidade de solucionar o caso concreto – um juízo de ponderação ou (o que parece mais correto) uma hierarquização, que à evidência, jamais poderá resultar – e esta a dimensão efetivamente absoluta da dignidade – no sacrifício da dignidade, na condição de valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano que, como tal, sempre deverá ser reconhecido e protegido, sendo, portanto – especificamente neste sentido – imponderável. Por outro lado, como já frisado em vários momentos a dignidade da pessoa, no plano jurídico-normativo, encontra-se assegurada simultaneamente por meio de princípios e regras, de tal sorte – e o exemplo da proibição da tortura e de todo e qualquer tratamento desumano e degradante bem o demonstra – que se na condição de princípio é possível (e até mesmo necessário) admitir a existência de alguma margem para a sua interpretação e aplicação (inclusive mediante uma ponderação na relação com outros bens e interesses jusfundamentalmente protegidos), há também como admitir que na condição de regra, atua como fundamento para a proibição de determinadas condutas, em relação às quais a ordem jurídica não admite exceção a formulação de um juízo de valor (e, portanto, num certo sentido, uma ponderação) a respeito da existência, ou não, de uma violação da dignidade, por mais que se venham a fixar diretrizes para tal tarefa, visto que também critérios abstrata e previamente estabelecidos sempre serão resultado de uma avaliação subjetiva e, neste sentido, de uma opção axiológica (hierarquização)”.⁶¹⁴

A partir desta lição, verifica-se que a perspectiva de garantir a reparação integral do dano à vítima, com a desconsideração de seus efeitos concretos na esfera jurídica daquele outro indivíduo que arcará com a indenização, inibe a realização da própria dignidade da pessoa humana, pois ela possui uma dimensão relacional ou

⁶¹⁴ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, p. 158-159. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

“intersubjetiva”, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet. Logo, não podemos concordar com o argumento de que não há espaço para a aplicação do parágrafo único, do art. 944, quando o juiz considerar ter sido violada a dignidade do autor. Do contrário, o sistema – que já é invidualista, pois pensa a partir da lógica de um dos sujeitos envolvidos, tornar-se-á ainda mais, simplesmente transferindo automaticamente o dano (muitas vezes causado aleatoriamente) a outrem.

Um terceiro argumento, de natureza mais prática, reside no fato de que a imensa maioria das ações de responsabilidade civil que tramitam no Foro contém pedido de dano moral, o qual íntima relação possui com a dignidade. A ser admitido que toda a ofensa à dignidade de pessoas impede o arbitramento equitativo da compensação, mesmo quando desproporcional a relação de causa e efeito, o sistema estará excluindo os ricos critérios para o cálculo de indenizações a este título, maturados pela jurisprudência nas últimas décadas. Ao que se saiba, embora os Tribunais se valham de conceitos abertos para a quantificação de danos morais, não existe uma crítica ácida por parte da doutrina e dos operadores, os quais em geral aplaudem o arbitramento. Valerá a pena subverter esse sistema?

Por tais fundamentos e pela necessidade de se cotejar em concreto os efeitos que a decisão judicial produzirá na esfera do autor e do réu, para o fim de normatizar a relação entre as partes, afastar a incidência do art. 944, parágrafo único, quando reconhecida a violação à dignidade humana, não é uma posição coerente com o ideal de solidariedade de Leon Bourgeois e com os princípios do Código Civil, em especial a socialidade e a operabilidade, porquanto atingido o papel do magistrado enquanto árbitro.

Desta forma, consideramos que há uma diferença fundamental entre a reparação exigida em razão da ilicitude e a compensação eventualmente devida pela prática de um ato lícito. Enquanto a primeira funda-se no princípio da reparação integral dos danos (justiça corretiva), na segunda podem ser aplicados alguns postulados da justiça distributiva, uma vez que o arbitramento é equitativo. Por decorrência, serve o caput do art. 944, CCB, prioritamente para guiar o trabalho judicial diante da ilicitude, ao passo que o parágrafo único do mesmo dispositivo é a norma indicada para a compensação de danos visualizados a partir de condutas lícitas.

Por fim, deve ser registrado um precedente do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 25 de fevereiro de 2013, amplamente divulgado através do Informativo de

Jurisprudência.⁶¹⁵ Em um acórdão confuso, foi admitida a compensação do dano derivado de estado de necessidade, mediante a fixação equitativa. A qualidade da ementa do julgado discrepa do teor contraditório da fundamentação.⁶¹⁶

O caso surgiu a partir do rompimento de gasoduto de propriedade da Petrobrás, durante obras que eram executadas por empresa terceirizada, o que teria constrangido o autor a abandonar por três dias a sua residência, em razão de nuvens de gases tóxicos formadas. O trâmite foi complexo. Em primeiro grau, foi considerado improcedente o pedido, sob o fundamento de que, conquanto se reconhecesse a responsabilidade civil das recorridas por danos decorrentes do acidente, *in casu*, não se teria comprovado a existência de dano moral em relação aos recorrentes do presente processo. O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença, embora reconhecendo expressamente a responsabilidade civil das recorridas pelos danos que porventura decorressem do evento.

A Relatora do Recurso Especial, Ministra Nancy Andrighi, considerou que o vazamento de gás e gasolina, decorrente do referido acidente, resultou em risco de asfixia e explosão em área adjeta ao local da obra, fato que foi decisivo para a desocupação do lar, pelo período de três dias. Dentro desse contexto, foi dispensada a prova da “dor”, exigida nas instâncias ordinárias e reconhecido o dever de indenizar.

⁶¹⁵ No Informativo de Jurisprudência n. 513, de março de 2013, o caso foi assim exposto para a comunidade jurídica brasileira: “Direito Civil. Responsabilidade Civil. Estado de Necessidade. Proporcionalidade na fixação de indenização. Estado de necessidade, embora não exclua o dever de indenizar, fundamenta a fixação das indenizações segundo o critério da proporcionalidade. A adoção de *restitutio in integrum* no âmbito da responsabilidade civil por danos, sejam materiais ou extrapatrimoniais, nos conduz à inafastabilidade do direito da vítima à reparação ou compensação do prejuízo, ainda que o agente se encontre amparado por excludentes de ilicitude, nos termos dos arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916 (arts. 929 e 930 do CC/2002), situação que afetará apenas o valor da indenização fixado pelo critério da proporcionalidade”. REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4/12/2012”.

⁶¹⁶ Íntegra da ementa: “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE EM OBRAS DO RODOANEL MÁRIO COVAS. NECESSIDADE DE DESOCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DE RESIDÊNCIAS. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. 2. A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legítima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral in re ipsa a ser compensado. 3. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, nos termos do art. 1.519 do CC/16, o estado de necessidade, embora não exclua o dever de indenizar, fundamenta a fixação das indenizações segundo o critério da proporcionalidade. 4. Indenização por danos morais fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de efetivo afastamento do lar, valor a ser corrigido monetariamente, a contar dessa data, e acrescidos de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do CC/16 e de 1% (um por cento) ao mês na vigência do CC/02, incidentes desde a data do evento danoso. 5. Recurso especial provido”. REsp 1292141/SP, 3. T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/12/2012, DJe 12/12/2012.

Dentro dessas premissas fáticas, o caso não poderia ter sido enfrentado à luz da exigência do estado de necessidade, pois houve ilicitude, materializada na falha do dever de segurança, com o rompimento do gasoduto, durante as obras. Ou seja, foi produzida uma lesão a partir de uma conduta ilícita da empresa. Segundo o site do Superior Tribunal de Justiça, figuram apenas como recorridos a Petrobrás e uma empresa terceirizada Dersa Desenvolvimento Rodoviário. Ou seja: a ação não foi dirigida contra alguma pessoa de direito público, que poderia ter determinado a desocupação (fato que não se pode inferir do acórdão).

De toda sorte, a Corte entendeu que “na situação concreta ora examinada, a conduta excepcional de retirada dos moradores de suas residências, conquanto necessária e eficaz para a proteção dos recorrentes, cuidou de evitar a ocorrência de danos mais graves. Porém, resultou em dano moral puro decorrente da angústia que naturalmente envolveu os recorrentes quando, totalmente fora de suas legítimas expectativas, se viram obrigados a deixar seus lares às pressas, tomados pela incerteza de que não seriam destruídos pelo risco de eminente explosão”. E, ato contínuo, fixou a indenização de R\$ 500,00 por dia de afastamento, sob o argumento de que as indenizações fundadas em estado de necessidade devem ser comedidas.

Em que pese, na nossa visão, o acórdão ter se equivocado ao reconhecer um dano gerado em estado de necessidade (pois houve lesão ilícita praticada pelas empresas, as quais “criaram” o estado de necessidade), ao quantificá-lo, com sucinta motivação, asseverou que não se aplicaria a reparação integral, mas sim uma valoração equitativa. Fica o mérito de ter, quiçá, aberto o caminho para outros julgados adotarem igual posição, que vai ao encontro de uma perspectiva relacional e solidária do fenômeno jurídico.

CONCLUSÕES

1. A origem do termo solidariedade é relativamente recente e deriva do vocabulário dos biólogos, para designar o fenômeno da necessária relação que se estabelece entre vários órgãos vitais. Nesse sentido, ser solidário é estar atento aos efeitos projetados por um em outros órgãos, sejam eles positivos ou não;

2. Para Léon Bourgeois, a sociedade deveria substituir o fato natural (iniquidade) pelo fato social (justiça). Embora o fundamento do direito não seja a solidariedade, mas sim a justiça, a noção de justiça apenas pode ser corretamente apreendida pela noção de solidariedade, pois a justiça é violada se os homens negam os efeitos injustos da solidariedade natural e se negam a ajustá-la. A solidariedade é um fato anterior à liberdade e à justiça e, por decorrência, nem a liberdade, nem a justiça, podem ser definidas sem levarmos em conta a relação de solidariedade;

3. No desenho do “quase contrato social”, de Léon Bourgeois, existe uma presunção no sentido de que todos os membros da sociedade tenham dado o seu consentimento para a vida em associação. Este consentimento é fundamento do direito. A pessoa não pode se subtrair, material ou moralmente, à associação humana, pois o homem isolado não existe. O livre desenvolvimento de suas faculdades apenas é conseguido com o concurso das atividades de outras pessoas. O estágio atual da civilização foi alcançado graças aos esforços das gerações passadas;

4. Na histórica obra de Émile Durkheim, a solidariedade brota da semelhança e da diferença dos homens. A primeira, denominada de “mecânica”, pois garante a coesão através de comportamentos parecidos, vetando condutas agressivas, prescritas pelo direito criminal, especialmente. Eu sou solidário, portanto, porque sou igual. A segunda, designada de “orgânica”, brota da divisão de funções entre os membros, tornando-os dependentes uns dos outros, em face da natural especialização nas sociedades desenvolvidas. Eu sou solidário, assim, na medida em que dependo das funções desempenhadas por outras pessoas para alcançar meus objetivos;

5. A reavaliação das ideias de Léon Bourgeois e Émile Durkheim, pelos autores contemporâneos franceses, em especial Christophe Jamin e Denis Mazeaud, embora ocorra especialmente no âmbito dos contratos, parte da consideração do direito como fato social e dos reflexos que as relações jurídicas projetam nas pessoas e na sociedade;

6. Há manifestações do solidarismo jurídico, no direito brasileiro, ao longo do século XX, como se vê da universalização do voto, do salário mínimo, licença gestante, limitação de horas de trabalho, etc. Também no direito privado se observa a manifestação das ideais de Léon Bourgeois, com a afirmação jurídica do contrato de seguro, dos planos de previdência e de saúde, etc.;

7. Existe semelhança entre os princípios vetores do Código Civil de 2002 e os postulados do solidarismo francês, porquanto os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade privilegiam uma abordagem globalizada da relação jurídica, que enfoque todos os pontos de vista e as consequências projetadas na esfera das pessoas que estão, direta ou indiretamente, envolvidas na relação em apreço;

8. O dever de indenizar, no Código Civil de 2002, decorre de várias causas, de difícil sistematização. As múltiplas formas de imputação convivem com o objetivo de harmonizar os interesses das pessoas diretamente envolvidas e da sociedade;

9. A compensação do dano derivado de atos lícitos é autorizada expressamente pelo Código Civil. Mas também decorre da fonte jurisprudencial, como se observa da posição acerca da compensação dos danos oriundos da lícita ruptura de noivado;

10. Um exemplo privilegiado no Código Civil é o estado de necessidade. Embora inexigível conduta diversa da pessoa que afasta o perigo para salvar bens jurídicos ameaçados, o sistema brasileiro admite a compensação do dano ocasionado. É uma demonstração de que a ilicitude não é a única fonte de responsabilidade civil extracontratual;

11. O demandado pelo ato praticado em estado de necessidade pode se valer da denunciação da lide (art. 70, III, CPC), para integrar o seu causador ao processo, hipótese na qual a condenação judicial também deve ser dirigida ao último. O raciocínio a ser desenvolvido pelo magistrado, nesses casos, é semelhante às hipóteses em que a seguradora ingressa posteriormente ao processo e é condenada solidariamente a reparar o dano, para proteger o direito da vítima de forma mais efetiva;

12. A compensação do dano gerado pela conduta lícita é uma fonte subsidiária do dever de indenizar, de sorte que, quando o sistema já conte com uma fonte reconhecida para dirimir adequadamente o pedido de reparação do dano, não deve o juiz recorrer a teoria defendida nesta tese;

13. A seleção dos danos indenizáveis, que deve ser feita em qualquer demanda de responsabilidade civil, torna-se ainda mais relevante na hipótese da caracterização da licitude do comportamento do réu. Na abordagem do eventual dever de compensar os danos gerados, deve o magistrado analisar globalizadamente o caso, fundamentando a sua decisão à luz dos direitos cuja colidência no caso é inafastável;

14. Tal como defendido por José Joaquim Gomes Canotilho, em relação à reparação dos danos gerados por atividade lícita no direito público, igualmente no direito privado apenas o dano especial e anormal deve ser reparado. Isto é, aquele que atinge um ou alguns particulares, de uma maneira grave;

15. O fundamento da responsabilidade civil pelo ilícito é a justiça corretiva, ao passo que a compensação do ato lícito ocorre mediante a consideração de ideias relativas à justiça distributiva. Logo, nem sempre é aplicável o princípio da reparação integral do dano, quando provocado por ato lícito, sob o pretexto de se proteger a vítima;

16. Enquanto o ato ilícito atrai o princípio da reparação integral dos danos (art. 944, caput), a compensação do ato lícito é regulada pela equidade, com a incidência do parágrafo único do art. 944, do Código Civil. Não se justifica que o sistema admita a redução equitativa da indenização, quando desproporcional a relação entre culpa e dano gerado e, ao mesmo tempo, inadmita redução equitativa quando inexistente qualquer culpa.

17. O Direito admite outras maneiras de compensar o lesado. Dentre os meios alternativos de reparação integral, encontra-se, a depender da natureza do direito violado, a leitura da sentença em audiência (arts. 456 e 506, CPC), bem como a publicação de sua síntese em jornais, etc.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

____. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais. Org. Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. Direito das Obrigações. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. 4ª ed. Revue Internationale de Droit Comparé, 1998.

____. La responsabilità civile. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

____; BESSONE, Mario. La responsabilità civile. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1980.

ARNAUD, André-Jean. Uma doutrina tranquilizante do Estado: o solidarismo jurídico. In O direito traído pela filosofia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ASSIS, Araken de. Contratos Nominados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AUBERT, Jean-Luc. Le Contrat. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Teoria Geral do Direito Civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

____. A dependência ao tabaco e sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In Livre-Arbitrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais. Org. Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. Crime e Exclusão de Criminalidade. 3ª ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, volume 5, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 10.12.2012.

BECKER, Colette. Préface de *Germinal*. 78^a ed. Paris: Librairie Générale Française, 2011.

BELLI, Guido. L'Atto lecito danoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità? Disponível no site da Universidade de Bologna: <http://amsacta.unibo.it>. Acesso em 12.08.2012.

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em 18.02.2013.

BESSONE, Mario. *Illecito e Responsabilità Civile*. Torino: Giappichelli, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile, Il Contratto*. 3^a ed. Giuffrè, Milano, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*, 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. La Funzione promozionale del diritto. In *Dalla Struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, pp. 03-20. Roma-Bari: Laterza, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In *Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Org. Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOURGEOIS, Léon. L'idée solidarité et ses conséquences sociales. In *Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions*. 2^a ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

_____. *Solidarité*. Paris: Armand Colin: 1902.

_____. *Les applications de la Solidarité Sociale*. Extrait de la *Revue Politique e Parlementaire* (1902). Disponível em www.gallica.fr. Acesso em 06.04.2012.

_____. *La politique de prevoyance social. Doctrine e Methode*. Paris: Eugène Fasquelle, 1914. Disponível em www.gallica.fr. Acesso em 06.04.2012.

BOUTROUX, E. Rôle de l'idée de Solidarité. In *Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions*. 2^a ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

BOYER, Henri. Solidarité. In Solidarité: fortune politique, dérive lexicale. In: Mots, octobre 1983, n. 7, pp. 69-82. Disponível em <http://www.persee.fr>. Acesso em 28.03.2013.

BOYER, Laurent; ROLAND, Henri; STARCK, Boris. Obligations: responsabilité délictuelle. 5ª ed. Paris: Litec, 1996.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no novo Código Civil. In Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. Direito penal, parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUISSON, F. La Solidarité a l'École. In Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions. 2ª ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

CAETANO DE CARVALHO, Pedro. Solidariedade inoperante e omissão de direitos. In Cuidado e Responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011.

CARPENA, Heloísa. Abuso do Direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In A Parte Geral do novo Código Civil. Org. Gustavo Tepedino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARRARA, Cecilia; KHOUDJA, Sonia. O mandato no direito alemão. Revista de Direito Empresarial, 6ª ed., jan/fev 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CEDRAS, Jean. Liberté - Egalité – Contrat : le solidarisme contractuel en doctrine et devant la cour de cassation. Disponível em www.lexinter.net. Acesso em 05.07.2010.

CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Tradução de Juarez Tavares e Luis Régis Prado. Porto Alegre: SAFE, 1988.

COUTO e SILVA, Clóvis do. A Obrigação como Processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: O Direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. Direito das Obrigações. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2010.

CORREIA, André Rodrigues. Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CROISET, León. Préface. In Essai d'une philosophie de la Solidarité : Conférences et Discussions. Paris: Félix Alcan, 1907.

CUNHA DE ALMEIDA, Felipe. Esponsais: comentários a respeito da responsabilidade civil pelo rompimento da relação e da promessa de casamento (análise do direito comparado e de decisões dos tribunais brasileiros). In: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica. Ano 59, nº 404, Junho de 2011. São Paulo: Síntese, 2011.

DARLU, A. Solidarité et Morale Personelle. In Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions. 2^a ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

DAVID, René ; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Les grands systèmes de droit contemporains. 11^a ed. Paris: Dalloz, 2002.

DE CUPIS, Adriano. Il danno. Milano: Giuffrè, 1966.

DELALANDE, Nicolas. Le solidarisme de Léon Bourgeois , un socialisme libéral? Disponível em www.laviedesidees.fr. Acesso em 20.01.2013.

DEMOGUE, René. De La Réparation Civile des Délits. Paris: Elibron Classics, 1897 (ré-impresion 2006).

_____. Le Solidarisme et la Répartition des Pertes. In Les Notions Fondamentales du Droit Privé. Paris: La Mémoire du Droit, 2001.

_____. L'égalité. In Les Notions Fondamentales du Droit Privé. Paris: La Mémoire du Droit, 2001.

_____. Traité des obligations en général. Paris: Librairie Arthur Rosseau et Cie, 1925.

DEMOUVEAUX, Jean-Jacques. La solidarité. In: Autres Temps. Les cahiers du christianisme social, n.º26. 1990.

DEROUSSIN, David. Histoire du droit des obligations. Paris: Economica, 2007.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 11^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade civil e extracontratual: parâmetros para o enquadramento das atividades perigosas. Revista Forense, n.º 296.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- ____. Curso de direito civil brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DOTTI, René Ariel. Cigarro, dependência e responsabilidade civil. In Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DUGUIT, Léon. El Contrato y La Responsabilidad, p. 233. In Las Transformaciones del Derecho. Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- DURKHEIM, Emile. De La Division Du Travail Social: Etude Sur L'Organisation Des Sociétés Supérieures. Paris: Félix Alcan, 1893.
- DURRY, Georges. Solidarisme contractuel em droit dês assurances. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A Função social do direito privado. In Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, volume 34, n.º 105, p. 153-188, março de 2007.
- ____. Aspectos da responsabilidade civil e o novo código. In Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, volume 27, n.º 57, p. 157-184, junho de 2003.
- ____. Da Responsabilidade civil no novo Código. In: O novo código civil e a constituição (Org. Ingo Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ____. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no Novo Código. In Revista Jurídica, volume 51, n.º 309, p. 23-32. São Paulo, julho de 2003.
- ____. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In Constituição, direitos fundamentais e direito privado, p. 11-60. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FARIAS, José Fernando de Castro. A Origem do Direito de Solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERNANDES, Wanderley. Jurisprudência e risco: Três casos Brasileiros. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: O novo Código Civil e a Constituição (org. Ingo Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 1998.
- FRADERA, Vera. O futuro do Código Napoleão na América Latina, uma fonte de inspiração para o Código Civil brasileiro de 2002. In: VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Estudos de direito comparado e direito internacional privado. Curitiba: Juruá, 2011.
- ____. A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n.º 24, 2003.

____. A recepção do conceito de gentleman agreement pelo direito brasileiro, uma das transformações do direito das obrigações? Transformações contemporâneas do direito das obrigações (Orgs. Mauricio Mota e Gustavo Kloh). Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2011.

____. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino americano, e o americano do norte. In: Revista de Informação Legislativa, volume 34, n.º 136, 1997.

____. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In O Direito Civil no Século XXI (orgs. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Silveira. São Paulo: Saraiva, 2003.

____. O valor do silêncio no Código civil. In: Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

____. Pode o credor ser instado diminuir o próprio prejuízo? In: Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, volume 5, n.º 19. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

____. A vedação de venire contra factum proprium e sua relação com os princípios da confiança e da coerência. Direito e Democracia (ULBRA), volume 9, p. 130-134, 2008.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Contratos: direito civil e empresarial. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo. Curitiba: Juruá, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume I/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

____. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIARDI, Maria. L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella rc auto: una 'ventata` di solidarismo. Rivista di diritto civile, volume 57, n.º 1, genn./febr. 2011. Parte seconda, p. 97-106.

GALGANO, Francesco. Diritto Privato. 14ª ed. Padova : Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito Civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.

GENEVIÈVE, Viney; Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité. 3ª ed. Paris: L.G.D.J, 2006.

GIDE, Charles. La Solidarité Économique. In Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions. 2ª ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

_____. L'Idée de Solidarité en tant que programme économique. In La Coopération: Conférence de Propagande. 3ª ed. Paris: Sirey, 1910.

GOMES, Orlando. Contratos. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRYNBAUM, Luc. La notion de solidarisme contractuel. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Solidarietà tra Estranei (trad. Leonardo Ceppa). Milano: Guerini e Associati, 1997.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Tradução de Pablo Aflén da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2005.

HAUSER, Jean. Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité?. In Le Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

HUNGRIA, Nelson; Frago, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Volume 1, tomo II: arts. 11 ao 27. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JAMIN, Christophe. Theorie générale du contrat et droit des secteurs régulés. Recueil Dalloz, Chroniques, 2005.

_____. Le Solidarisme Contractuel: en regard franco-québécois. Disponível em www.editionsthemis.com. Acesso em 16.12.2011.

_____. Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique. In Le Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

JESTAZ, Philippe. Quel contrat pour demain? In La Nouvelle Crise du Contrat. Paris: Dalloz, 2003.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Volume 1: Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JOSSERAND, Louis. De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits. 2ª ed. (reimpresion) Paris: Dalloz, 2006.

_____. Evolução da responsabilidade civil. Rio de Janeiro, 1941.

JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilité civile. 7^a ed. Paris: Dalloz, 2007.

JUSTINIANO. Instituciones de Justiniano: edición bilingüe. Trad. M. Ortolán. 2^a ed. Buenos Aires: Heliasta 2005.

LA FONTAINE, H. Socialisme et Solidarité. In Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions. 2^a ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

LACERDA, Galeno. Liberdade-Responsabilidade: assunção de risco e a culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. In Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilité civile. Paris : Presses Universitaires de France, 2003.

LEITÃO, Luis Manuel de Menezes. Direito das Obrigações. 8^a ed. Coimbra: Almedina, 2009.

LEITE, Conceição de Maria Freire. Responsabilidade civil no transporte rodoviário de coisas: à luz do Código Civil. Curitiba, Juruá, 2012.

LEÓN, Xavier. Le fondement rationnel de la solidarité d'après la doctrine de Fichte. In Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions. 2^a ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

LEQUETTE, Yves. Bilan des Solidarismes Contractuelles. In Études de Droit privés : Mélanges offerts à Paul Didier. Paris: Economica.

LEVENEUR, Laurent. Le solidarisme contractuel: un mythe. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

LIGIERA, Wilson Ricardo. Responsabilidade Médico-Hospitalar pelos Riscos das Transfusões de Sangue. In: Sociedade de Risco e Direito Privado, pp. 151-170. Org. Teresa Ancona Lopez et alli. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Alvino Ferreira. Da culpa ao risco. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão, volume 1. Tradução de José Hygino Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito Civil: Obrigações. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito Civil: Parte Geral. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- ____. Contrato e mudança social. In RT, n° 722, pp. 40-45. São Paulo: RT, 1995.
- ____. Os novos princípios contratuais. In A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. São Paulo: Atlas, 2013.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MALAURIE-VIGNAL, Marie. Solidarisme, distribution et concurrence. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.
- MARMITT, Arnaldo. Mandato. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004.
- ____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). A Nova Crise do Contrato. São Paulo: RT, 2007.
- ____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ____. Crise e modificação na ideia de contrato no direito brasileiro. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 3, p. 127-154, set.dez./1992.
- ____. Comentários ao Código Civil, volume 5, tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008.
- ____. Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil brasileiro. Disponível em www.diariodamanha.com.br. Acesso em 4 de dezembro de 2004.
- ____. Os fundamentos da responsabilidade civil. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. 1991.
- ____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2004.

____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da 'ética da situação'. In Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

____. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MASSUCCI, Talita Toledo. O solidarismo como fundamento à responsabilidade objetiva da empresa no acidente de trabalho. Revista de direito empresarial, n.º 12, p. 139-156, jul./dez. 2009.

MATTOS, Paula Frassinetti. Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZEAUD, Denis. Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?. In: L'Avenir du Droit (Mélanges en hommage à François Terré). Paris: Dalloz, 1999.

____. Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? In: La Nouvelle Crise du Contrat. Paris: Dalloz, 2003.

____. De l'exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse. Sommaires Commentés. Recueil Dalloz, 2000.

____. Renégocier ne rime pas avec réviser. Recueil Dalloz, 2007. Jurisprudence, p. 765.

____. La politique contractuelle de la Cour de cassation. Mélanges Jestaz, 2006, p. 371

____. La bonne foi: en arrière toute?. Recueil Dalloz, 2006. Jurisprudence, p. 761.

____. Solidarisme contractuel et réalisation du contrat. In Le Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

____. BÉNABENT, Alain. Les Grands Articles du Code Civil. Paris: Dalloz, 2012.

MAZET, Pierre. Le Courant Solidariste. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

MAZEUD, Léon. H. Capitant e a elaboração da teoria francesa da responsabilidade civil. Rio de Janeiro, 1940.

MAZZOLA, Marcello Adriano. Responsabilità civile da atti leciti dannosi. Milano: Giuffrè Editore, 2007

MENEZES CORDEIRO, António. Da Boa Fé no Direito Civil. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. Direito das Obrigações, volume 1. 8ª ed. Lisboa: Almedina, 2009.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de direito do consumidor, n.º 50, p. 9-35, abr./jun. 2004.

____. Apontamentos sobre o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro. No prelo.

MESTRE, Jacques. Validité d'une clause de résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée mais exigeance de bonne foi dans sa mise en oeuvre. Chroniques, p. 158. RTD, 1996.

____. De la rupture unilatérale du contrat. Chroniques, p. 278. RTD, 1990.

____. Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi. RTD, 1996.

MIÈVRE, Jacques. Le solidarisme de Léon Bourgeois. In *Cahiers de la Méditerranée* [En ligne], 63 | 2001, mis en ligne le 15 octobre 2004. Disponível em <http://cdlm.revues.org/index17.html>. Acesso em em 12.12.2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Comentado. São Paulo: Atlas, 1998.

____. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Francisco Pontes de. Tratado de direito privado, Tomo XLIII. Campinas: Bookseller, 2006.

MIRANDA, Francisco Pontes de. Tratado de direito privado. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Parte Geral, volume 1. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

____. O Princípio da Solidariedade. Disponível em www.ebah.com.br. Acesso em 26.11.2012.

____. O Princípio da Solidariedade. In *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

____. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In *Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOREAU de BELLAING, Louis. Le Solidarisme et ses commentaires actuels. Disponível em <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/26/moreaudebellaing.pdf478f34d71f640/moreaudebellaing.pdf>. Acesso em 01.01.2011.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In *Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, volume II. Coimbra Editora: Coimbra, 2008.

_____. Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil. Volume 16, pp. 135-182, out/dez. RTDC, 2003.

NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n° 12, pp. 50-60. São Paulo: RT, 2002.

_____. O contrato em movimento no Direito pós-moderno. *Revista Trimestral de Direito Civil*, volume 10, pp. 275-285. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

NOTHELLE-WILDFEUER, Ursula. Os princípios sociais da Doutrina Social Católica. Disponível em www.ordosocialis.de. Acesso em 20.02.2013.

OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000. Disponível na Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro <http://www.bibvirt.futuro.usp.br>. Acesso em 15.02.2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. In *Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente. O paradigma do tabaco: Aspectos civis e processuais*. Organizadora: Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NICOD, Marc. *Solidarisme contractuel et couple*. In *Les Solidarisme Contractuel*. Paris: Economica, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume 3, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Volume I, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. Teoria geral do Direito Civil. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, vs. 2 e 53. Rio de Janeiro: Borsói.

POPP, Máíeda Mohd. O contrato de corretagem e o solidarismo constitucional. Direito em movimento. Curitiba: Juruá, 2007.

PORTALIS, Jean-Marie. Discours préliminaire du premier projet de Code Civil. Disponível no site da Faculdade de Direito de Lyon. Acesso em 10.04.2010.

POTHIER, Robert. Tratado de las obligaciones. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1993.

RADE, Christophe. L'Impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile. Chroniques, p. 301. Recueil Dalloz, 1998.

_____. Le solidarisme contractuel en droit du travail: mythe ou réalité?. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

RAUH, F. Solidarité individuelle et propriété solidaire. In Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions. 2ª ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

RAYMOND, Guy. Solidarisme contractuel en droit de la consommation. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direitos da Personalidade. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.05.2012.

_____. A Constituição e o Código Civil. Personalidade. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.05.2012.

_____. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 26.07.2012.

_____. A Convergência das Ideologias. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 24.12.2012.

_____. Espírito da nova Lei Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.09.2009.

_____. Sentido do novo Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.05.2010.

_____. Um artigo-chave do Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.07.2010.

____. Um artigo-chave do Código Civil. In Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: RT, 2003.

____. A Constituição e o Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 04.05.2012.

____. O Princípio da Boa-Fé. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 10.05.2012.

____. Código Civil: diretrizes na elaboração do anteprojeto. Estadao, 19.8.01.

____. Discurso do prof. Miguel Reale na cerimônia de sanção do Novo Código Civil. Disponível em www.miguelreale.com.br. Acesso em 14.11.2012.

REMY, Philippe. La genèse du solidarisme. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

RENOUT, Harald. Droit Pénal. 13^a ed. Orléans: Paradigme, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. Curso de Direito Civil, volume 1. 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

____. Direito Civil, v. 3: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 30^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

____. Curso de Direito Civil, volume 4. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROPPO, Vincenzo. Il Contrato. Milano: Giuffrè, 2001.

____. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

SALLES, Raquel Bellini. A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

____. O Princípio da Reparação Integral do Dano e os Danos Pessoais. Disponível em www.cartacapital.com.br. Acesso em 13.05.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVAUX, Éric. Solidarisme contractuel et formation du contrat. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

SCHMIDT, Cristiano Heineck. Responsabilidade Civil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

____. A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Rodrigo Daniel Félix da. Solidarismo: função no ordenamento jurídico pátrio e na interpretação da responsabilidade civil. pp. 261-312, nov./dez. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2009.

SOUSA, José Augusto Garcia de. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da defensoria pública: A aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. Revista de Direito da Defensoria Pública. Volume 19, pp. 215-258. Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral, 2004.

SOUZA, Marcos Rogério de. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. São Paulo: Atlas, 2013.

STARCK, Boris. Obligations. 5ª ed. Paris: Litec, 1996.

TARTUCE, Flávio. Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Método, 2011.

____. Direito Civil, volume 1. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

____. Direito Civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Comentários ao Novo Código Civil, v. X: das várias espécies de contrato, do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem, do transporte. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TERRÉ, François ; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. Droit civil. Les obligations. 9ª ed. Paris: Dalloz, 2009.

THEODORO Jr., Humberto. O Contrato e sua Função Social. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THIREAU, Jean-Louis. Introduction historique au droit. 2ª ed. Paris: Flammarion, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. Revista dos Tribunais, volume 95, nº 844, pp. 85-95, fev. 2006. São Paulo: RT, 2006.

____. O novo paradigma contratual: o direito social como uma nova racionalidade normativista sociológica? In Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORREGROSSA, Giovanni. Il Problema della Responsabilità da atto lecito. Milano: Giuffrè, 1964.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato. – Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.

TREVIÑO, Sergio Vela. Antijuridicidad y Justificación. México: Porrúa, 1976.

TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. 17ª ed. Milano : Giuffrè Editore, 2007.

TUCCI, G. La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile, v. 1. Rivista di Diritto Civile, 1967.

TUNC, André. La Responsabilité Civile. 2ª ed. Paris: Economica, 1989.

USTARROZ, Daniel. “Novas reflexões sobre a condenação direta do litisdenunciado”. In: Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. TESHEINER, José Maria Rosa (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VAN LANG, Agathe. Solidarisme contractuel et contrat administratif: une association impensable?. In Les Solidarisme Contractuel. Paris: Economica, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Revista e actualizada, volume 1, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Direito das Obrigações, volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Das Obrigações em Geral. 10ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade civil. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANA, Marco Aurélio. Esponsais ou Promessa de Casamento, In Revista da Ajuris, v. 29, 1983

VICENTE, Dário Moura. Tendências da Codificação do Direito Civil no Século XXI: Algumas Reflexões. In: Sociedade de Risco e Direito Privado. São Paulo: Atlas, 2013.

VIGNEAU, Christoph. Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit compare. In Revue Internationale de Droit Comparé, volume 51. n.º 1, janvier-mars 1999, p. 52.

VILLEY, Michel. Le droit et les droits de l’homme. Paris : Quadrige, 2009.

_____. Le droit romain. 10ª ed. Paris: Puf, 2005.

____. Le Droit et les Droits de l'Homme. Paris: Quadrige, 2009 (réimpression de la première édition de 1983).

____. Métamorphoses de l'obligation. In : Critique de la pensée juridique moderne. Paris : Dalloz, 1976.

____. Histórico sobre o termo responsável. Tradução de André Rodrigues Corrêa. São Paulo: Revista Direito DV, 2005.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: Direito Civil Contemporâneo. Org. Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

____. Modernité ou obsolescence du Code Civil ? L'exemple de la responsabilité. Chroniques, p. 1041. Mélanges Le Tourneau, 2007.

____. Traité de droit civil, Introduction à la Responsabilité. 2^a ed. Paris: LGDJ, 1996.

____. Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité. 3.^a éd. Paris: L.G.D.J., 2006.

VISINTINI, Giovanna. I fatti illeciti. Padova: Cedam, 1987.

WALD, Arnaldo. Direito Civil: contratos em espécie, vol. 3. 18^a ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

____. O Novo Código Civil e o Solidarismo Contratual. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, volume 21, ano 6, julho/setembro de 2003.

____. O Novo Código Civil e a evolução do regime jurídico dos contratos. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, volume 42, n.º 130, p. 39-55, abril/junho 2003.

WESTPHAL, Vera. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 19.02.2013.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán – Parte General. 4^a ed. Traducción de Juan Bustos Ramírez e Sergio Ypanez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno (trad. A. M. Hespanha). 3^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio. Teoria del Delito. Buenos Aires: EDIAR, 1973.