



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Flexibilização dos Filtros da Reparação Civil: a Prescindibilidade do Nexo Causal e a
Indústria do Dano Moral

Natália de Souza e Mello Araújo

Rio de Janeiro

2015

NATÁLIA DE SOUZA E MELLO ARAÚJO

**A Flexibilização dos Filtros da Reparação Civil: a Prescindibilidade do Nexo Causal e a
Indústria do Dano Moral**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Professores Orientadores:

Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro

2015

A FLEXIBILIZAÇÃO DOS FILTROS DA REPARAÇÃO CIVIL: A PRESCINDIBILIDADE DO NEXO CAUSAL E A INDÚSTRIA DO DANO MORAL

Natália de Souza e Mello Araújo

Graduada pela Universidade Federal do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo: Busca-se com este trabalho despertar a atenção para como o tema da responsabilidade civil, principalmente em relação ao nexo causal, vem sendo tratado pela jurisprudência e como a prática nos tribunais brasileiros vem se distanciando, gradativamente, do estudo teórico desses institutos e de seu objetivo primordial.

O trabalho procura enfrentar a problemática da indenização à qualquer custo, que vem atingindo cada vez mais as decisões judiciais de nossos tribunais. Procura-se fazer uma análise crítica da perda da importância dos institutos essenciais para que se configure o dever de reparar e atestar a que ponto a solidariedade e a justiça distributiva e social vêm sobrepondo-se aos institutos jurídicos e a justiça em seu sentido estrito.

Palavras – chave: Nexos. Causal. Dano. Moral. Responsabilidade.

Sumário: Introdução. 1. A flexibilização do nexo causal. 1.1 A relativização das excludentes. 1.2 O caso fortuito. 2. Os novos parâmetros do dano moral. 2.1 O dano punitivo. 2.2 O dano in re ipsa. 3. Da responsabilidade à solidariedade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao iniciar sua obra *As funções da responsabilidade civil*, Rosenthal¹ refere-se à responsabilidade civil como “expressão fluida com o tempo em que vivemos. Pode exprimir uma ideia de reparação, punição ou precaução, conforme a dimensão temporal e espacial em que se coloque. No *zeitgeist* da aurora, a responsabilidade civil se flexibiliza e assume qualquer dessas narrativas”.

¹ ROSENTHAL, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.5.

O estudo da responsabilidade civil preocupava-se, primordialmente, com o causador do dano. Isto é, a culpa era o centro desse instituto, e a suposta vítima, quem sofreu o dano, deveria ultrapassar essa difícil barreira - demonstrar a culpa - para que pudesse ter seu dano reparado.

Com a evolução deste estudo e, principalmente, com a Constituição Federal de 1988, que trouxe a dignidade da pessoa humana como seu pilar fundamental, a preocupação foi se voltando para a vítima, para o que sofreu o dano, e o objetivo principal da responsabilidade civil passou a ser repará-lo integralmente.

Ocorre que, no afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário tem dispensado a prova, não apenas da culpa, mas também do nexo causal, mostrando-se interessado não em quem realmente gerou o dano, mas em quem é capaz de suportá-lo. A solidariedade passa, portanto, a ser o fundamento da reparação civil.

O ônus de auxiliar a vítima vem sendo atribuído aleatória e isoladamente a cada réu, o que acaba por resultar em injustiça, muitas vezes tão grave quanto manter a vítima sem reparação.

Ademais, por óbvio, como resultado da flexibilização dos filtros da reparação civil, isto é, com a flexibilização da culpa e do nexo causal, um número gradativamente maior de demandas batem a porta do Poder Judiciário.

Com a perda de relevância dos óbices à reparação, quais sejam, a culpa e o nexo causal, há uma crescente ascensão do elemento *ratio da* reparação: o dano. Fato é que consequência dessa ascensão foi a criação de novos danos: dano estético, dano coletivo, dano de férias arruinadas, entre muitos outros. Todos esses elementos levam a um problema atual e de difícil solução: a indústria do dano moral.

1. A FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL

Sendo a responsabilidade objetiva ou subjetiva, o dever de reparar um dano depende da existência do nexo causal entre certa conduta e o dano causado à vítima. Porém, em um cenário em que impera a responsabilidade subjetiva, a prova da culpa é um obstáculo às demandas reparatorias sendo, assim, a discussão acerca da existência do nexo de causalidade mera etapa formal, estando praticamente inserida na discussão sobre a culpa.

O advento da responsabilidade objetiva veio à exigir uma nova maneira de atuação dos Tribunais sobre o tema da responsabilidade civil, sendo a existência (ou melhor, a inexistência) do nexo causal praticamente a única forma de eximir o réu da responsabilidade sobre o resultado danoso. Porém, na prática, a teoria da responsabilidade objetiva tem como finalidade principal garantir às vítimas a reparação dos danos. Desta forma, as cortes tem se recusado a tratar o nexo causal com o mesmo rigor que sempre tratou a prova da culpa na responsabilidade subjetiva.

Aproveitando-se das lacunas legislativas, os julgadores optam por adotar um tratamento teórico do nexo causal para atribuir responsabilidade aos réus, abandonando as minúcias e características do caso em concreto.

O que se observa, portanto, é que, mesmo na total ausência de nexo causal, independentemente de qual teoria se adote, as cortes vem condenando o suposto responsável, com o escopo de não deixar a vítima sem reparação.

Esta prática tem cunho social, ideológico, político, mas não técnico ou jurídico. Sua consequência é a chamada loteria judicial, ou seja, são demandas idênticas que resultam em resultados distintos e imprevisíveis. O momento mais relevante para o deslinde do feito passa a ser o da distribuição, uma vez que, a depender do magistrado responsável e de suas ideologias, a demanda tomará rumos distintos.

Uma das origens deste problema foi a criação de um sistema principiológico, para que o juiz aplicasse a lei com justiça em cada caso concreto. O resultado disso foi que os juízes começaram a agir com arbitrariedade. Relevante mencionar que justiça é, principalmente, um sentimento e que este é individualizado em cada cidadão e, também, em cada juiz. Por essa razão, os magistrados vêm se olvidando de seu papel na sociedade, qual seja - preservar e zelar pelo respeito à regra – e vem praticando uma justiça cada vez menos técnica e mais paternalista.

Na jurisprudência francesa, Potier² se refere a presunções clandestinas de causalidade, ao tratar da atuação criativa dos tribunais em situações em que sustentam a existência de nexo sem respaldo em qualquer previsão legislativa.

No mesmo sentido, Noronha³ fala em responsabilidade objetiva agravada, ao tratar de uma espécie de responsabilidade em que “se prescinde também de nexo de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa”.

1.1 A RELATIVIZAÇÃO DAS EXCLUDENTES

A ideia da responsabilidade objetiva é tornar prescindível a existência do elemento subjetivo, a culpa, para que haja a obrigação de reparar o dano. Porém, ainda quando a responsabilidade é objetiva, ela admite excludentes, isto é, fatores alheios à cadeia causal, que rompem o liame de causalidade entre a conduta do réu e o evento danoso.

Como excludentes do nexo de causalidade apontam-se três categorias fundamentais: o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

² POTIER apud SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5 ed., São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 67.

³ NORONHA, Fernando. Desenvolvimento Contemporâneo da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 761, ano 88, mar. 1999, p.37.

Ocorre que, como o maior objetivo da responsabilidade civil tem sido o de não deixar a vítima sem reparação, condutas tanto da vítima como de terceiros, ainda que sejam as únicas causas do evento danoso, tem sido inseridas no risco da atividade, não sendo, na maioria das vezes, caracterizadas como excludentes denexo causal.

Como um exemplo desta prática, vale citar um julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que tratou de um caso em que um jovem, após confraternizar com amigos em um Hotel Fazenda, durante a madrugada, subiu no topo do escorrega e de lá mesmo se jogou para dentro da piscina.

No entanto, a piscina não tinha profundidade suficiente para uma queda daquela altura, tendo o jovem sofrido sérias lesões. Não é difícil concluir que o dano sofrido pela vítima decorreu de sua própria conduta, já que o escorrega deve ser utilizado de outra forma e o salto da vítima do topo daquele objeto foi feito de maneira totalmente imprudente.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵, no entanto, entendeu ser responsabilidade integral do hotel e da agência de turismo que o indicou, vez que aquele acontecimento se inseria nos riscos da atividade hoteleira e que aquele fato deveria estar no âmbito de prevenção e previsibilidade do estabelecimento.

O STJ manteve praticamente o mesmo entendimento, apenas reformando a decisão para reduzir a condenação, com fundamento na concorrência de culpa, atribuindo uma parcela da responsabilidade à vítima sobre aquele resultado danoso.

Esse julgado é um exemplo clássico da tendência das Cortes brasileiras a relativizar uma das excludentes denexo causal – a culpa exclusiva da vítima – em uma tentativa quase desesperada e totalmente infundada de não deixar a vítima desamparada, especialmente em casos em que a mesma se acidente. Este dever, porém, caberia ao Governo, à assistência

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 287.849/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 9061561-43.1998.8.26.0000. Relator Desembargador Marcondes Machado.

pública, à programas sociais, e não aos réus daquelas demandas, utilizando-se como meio o Poder Judiciário.

1.2 O CASO FORTUITO

Ao tratar da relativização das excludentes de nexos causal, merece uma atenção especial o caso fortuito. A teoria do fortuito interno vem sendo acolhida sem quaisquer controvérsias nos Tribunais brasileiros. Essa teoria tem como âmbito de atuação as relações consumeristas e visa relativizar o caso fortuito como excludente de causalidade nos casos em que se considere que, embora imprevisível e inevitável, determinado acontecimento se insere nos riscos da atividade prestada pelo fornecedor.

Assim, além dos tradicionais requisitos para que um evento seja considerado como fortuito, quais sejam, a imprevisibilidade e irresistibilidade, para que o mesmo tenha o cunho de excluir a responsabilidade do fornecedor deve ainda conter este novo requisito: a externalidade.

Desta forma, o caso fortuito deixa de se apresentar como excludente de responsabilidade quando se denomina “interno”. Ou seja, quando o julgador considerar que o acontecimento (fortuito) está inserido nos riscos da atividade prestada pelo fornecedor, ele não terá o cunho de romper o liame causal entre a conduta do fornecedor e o resultado danoso.

Ocorre que considerar que um acontecimento é inerente à atividade prestada pelo fornecedor ou é externo a ela é tarefa do julgador e é evitada de subjetividade. Assim, além do risco de decisões contraditórias acerca do mesmo objeto e de uma latente insegurança jurídica, tais decisões, muitas vezes, não são muito técnicas, nem seguem padrões rígidos de

qualificação, mas são pautadas no infortúnio da vítima e na necessidade de que lhe seja assegurada a devida reparação.

Salvo em casos em que há jurisprudência consolidada sobre determinado tema, como, por exemplo, o roubo como fortuito externo à atividade de transporte – precedente este que já vem sendo modificado em alguns Tribunais, sob o fundamento da previsibilidade - os julgadores acabam por inserir certos acontecimentos no risco do empreendimento para que o pleito autoral seja provido incentivando, desta forma, demandas frívolas e autores que se vitimizam em situações cotidianas, certos de que receberão indenização.

Importante frisar, por fim, que, em consonância com todo o exposto, a teoria do fortuito interno é diretamente ligada à teoria do risco do empreendimento, ou seja, tem âmbito de atuação na responsabilidade objetiva. O fortuito interno é, portanto, elemento estranho à responsabilidade subjetiva, onde a imprevisibilidade, por si só, é suficiente para desconfigurar a ilicitude.

2. OS NOVOS PARÂMETROS DO DANO MORAL

É inquestionável que o Direito da Responsabilidade Civil, em nossos dias, está sendo criado pela jurisprudência. Este fato tem levado, não só a questão relativa ao nexo causal, mas também a referente ao dano moral a um cenário preocupante.

Todorov⁶ denominou este cenário de processo de vitimização e sustentou que

Aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. (...) A única hesitação que posso ter é saber se para obter a reparação me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta.

⁶ TODOROV, Tzevtan. *O homem desenraizado*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p.225.

O mesmo autor utiliza como exemplo um grupo de obesos dos Estados Unidos que está processando quatro redes de lanchonetes por servirem refeições que sabem causar aumento de peso. Um dos autores da ação, em entrevista ao jornal americano *The New York Post*, chegou a afirmar que a indústria do *fast-food* arruinara sua vida, pois comia em lanchonetes regularmente, até sofrer dois ataques cardíacos e diabetes.

Este é um dos inúmeros exemplos de como os indivíduos da sociedade vem clamando pelo *status* de vítima, procurando encontrar um culpado (responsável) por todas as frustrações de suas vidas, buscando cada vez mais isentar a si mesmo da responsabilidade pelas consequências de suas escolhas e seus atos.

Esta tendência social tem sido agravada ou, até mesmo, incentivada pelo Poder Judiciário, uma vez que nos Tribunais tem-se visto decisões motivadas pela simples aspiração do magistrado em reparar o “dissabor” sofrido pela “vítima”, ignorando por completo a legislação atinente à responsabilização civil.

Pode-se afirmar, portanto, que o cerne da responsabilidade civil deixou de ser a obrigação do ofensor de responder por suas condutas e passou a ser o direito da vítima de ter reparadas suas perdas. O que ignoram os julgadores é que naturalmente há perdas que não são passíveis de reparação ou determinadas perdas não guardam a relação de causalidade imprescindível para que o réu da demanda responda por elas.

A consequência deste processo de vitimização, somado à interpretação que o Judiciário tem feito da responsabilidade civil e do dano moral, foi a mudança de foco da ilicitude do ato para a injustiça do dano. Isto quer dizer que o dano sofrido pela vítima ganhou protagonismo na responsabilidade civil, tendo o dano verdadeiramente causado, bem como sua sanção sido rebaixados a meros coadjuvantes.

Acompanhando o processo de vitimização acima comentado, ganha força também uma tendência identificada como uma juridicização da vida social. Isto quer dizer que

diversos aspectos referentes à vida de um indivíduo em meio à comunidade têm sido trazidos para o Judiciário. Assim, temas como política até a vida familiar tem sido debatidos e solucionados por um juiz. Esta tendência, além de abarrotar o Poder Judiciário, muitas vezes com ações levianas e esdrúxulas, tem sido justificada, principalmente, na maneira como o dano moral tem sido tratado no campo jurídico.

Nos dizeres de Moraes⁷, “o dano, em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem “justo”, nem “injusto”). A decisão – ética, política e filosófica, antes de jurídica – deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento”.

Assim é que, mesmo em países em que os sistemas jurídicos são muito similares, certos danos são passíveis de indenização em uns e não o são em outros. Tal fato dependerá, principalmente, no tratamento que a Constituição e a legislação dão à tutela de determinados bens jurídicos, mas também de fatores políticos, sociais e filosóficos de cada comunidade.

2.1 O DANO PUNITIVO

Outra questão problemática acerca do dano moral é a inexistência de critérios objetivos e seguros, menos ainda critérios legais, para a fixação do quantum indenizatório a ser arbitrado em casos de reconhecimento da existência de dano moral.

Esta dificuldade tem feito com que a jurisprudência aplique, de forma indistinta e sem quaisquer justificativas nas peculiaridades e nuances do caso concreto, a existência de um caráter punitivo do dano moral. Desta forma, como critério para majorar o quantum indenizatório, os julgadores tem utilizado o dano moral como meio para dissuadir e desestimular condutas ilícitas, através da punição do ofensor.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 21.

Esta prática tem sido cada vez mais frequente e tem como consequência outro problema completamente ignorado pelo Judiciário: o enriquecimento ilícito da vítima. Se a indenização tem como finalidade reparar à vítima de um dano a ela causado pelo ofensor, a majoração desta indenização com fundamento em uma penalização do ofensor gera um acréscimo no patrimônio da vítima que não condiz com qualquer dano por ela sofrido. Portanto, reconhecer a existência de um caráter punitivo representaria uma importante exceção ao princípio da equivalência entre o dano sofrido e a reparação.

Ademais, não cabem controvérsias sobre o fato de que o quantum indenizatório deve ser arbitrado levando-se em consideração a extensão do dano sofrido (artigo 944 do Código Civil), e não o grau de culpa do ofensor ou a reincidência de sua conduta.

Não é razoável e contraria os princípios e normas do ordenamento que a vítima receba, além daquilo que se considera necessário e suficiente para compensar o dano por ela sofrido, também a parcela que foi cobrada do ofensor a título de punição pela ofensa que causou. Não se nega, aqui, que o ofensor deve ser punido, mas não a ponto de enriquecer a vítima.

Outro ponto crucial é que esta tendência de aplicar o dano punitivo tem clara influência do direito americano - *alma mater* dos *punitive damages* - porém, a prática brasileira diferencia-se do modelo norte-americano em uma questão de suma importância: neste último, distingue-se claramente o *compensatory damages* e *punitive damages*. Já no sistema brasileiro, sequer é dado ao ofensor a oportunidade de que saiba em que medida está sendo punido e em que medida está apenas compensando o dano que causou à vítima.

Schreiber⁸ aponta duas importantes soluções que poderiam ser adotadas para a questão dos danos punitivos no sistema jurídico brasileiro. A primeira é que a jurisprudência adotasse postura mais generosa na quantificação das indenizações compensatórias, de modo que

⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5 ed. São Paulo:Atlas S.A, 2013, p 212.

atendessem efetivamente o caráter reparador e as condições pessoais da vítima e, ao mesmo tempo, justificassem, em termos econômicos, uma conduta mais proba por parte do ofensor.

Uma segunda solução proposta por Schreiber⁹ seria o estabelecimento de sanções administrativas, como multas e suspensões, a ser aplicadas pelos órgãos reguladores da atividade de determinado ofensor. Desta forma, desestimular-se-ia a conduta antijurídica dos agentes lesivos, até mesmo pelo relacionamento jurídico-político existente entre eles e o órgão que regula sua atividade, e superar-se-ia o problema do enriquecimento sem causa da vítima, já que eventual ganho econômico seria destinado ao Poder Público.

2.2 O DANO *IN RE IPSA*

Outro problema que vem sendo enfrentado nos Tribunais é o referente ao tratamento probatório que tem sido dispensado ao dano extrapatrimonial. O Superior Tribunal de Justiça tem seguido este entendimento em diversos julgados, afirmando que

Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*.¹⁰

Ocorre que a afirmação do dano *in re ipsa* quase sempre é vinculada a uma definição consequencialística de dano moral, isto é, a uma definição do dano associado aos sentimentos que podem ou não ser consequências da lesão a um direito da personalidade.

Caso o dano moral realmente fosse auferido mediante os sentimentos causados à vítima, faria sentido a dispensa de sua comprovação, seja porque seria ineficaz exigir a

⁹ SCHREIBER, op. Cit., p.21.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 608.918 (2004) Relator Ministro José Delgado.

demonstração em juízo da repercussão sentimental de um evento sobre determinado indivíduo, seja porque tal repercussão é também facilmente forjada.

Desta forma, defende-se neste trabalho uma segunda corrente¹¹, denominada objetiva, defendida por Moraes, na medida em que busca caracterizar o dano moral a partir da identificação de lesão a interesses extrapatrimoniais, independentemente do íntimo sofrimento que a vítima venha a experimentar em razão do fato danoso, isto é, sem levar em consideração o impacto que o dano tenha causado nos seus sentimentos.

Pode-se afirmar, assim, que o dano moral independe da dor, sendo esta mera consequência eventual da lesão à personalidade, consistindo o dano na própria lesão. Esta, porém, deve ser demonstrada no caso concreto para que reste configurado o dano.

Corroborando com a posição aqui defendida, Schreiber¹² afirma que

Assim como para haver dano patrimonial não basta à vítima demonstrar que o réu agiu de forma antijurídica, trazendo risco à propriedade alheia, cumprindo-lhe provar que o seu patrimônio foi concretamente afetado, para haver dano extrapatrimonial não é suficiente que a vítima prove ter o réu se conduzido de forma a causar risco à sua privacidade, imagem, integridade física etc. Exige-se a prova da concreta afetação (rectius:lesão) da sua privacidade, da sua imagem, da sua integridade física ou de qualquer outro aspecto da sua personalidade.

Assim, deveria o julgador, ao se deparar com um pleito de indenização por danos morais supostamente sofridos, analisar os fatos de forma objetiva e concreta, e buscar verificar se houve de fato lesão a um direito da personalidade, desconsiderando como a vítima do evento será por ele atingida, se ficará magoada ou sofrerá com ele, podendo essas questões subjetivas servir como indícios para, verificada a lesão e, portanto, a existência do dano, o julgador identificar a sua intensidade, para fins de quantificação.

Ao contrário disso, o dano moral no Brasil tem sido avaliado e arbitrado pelo magistrado sem que este sequer fundamente sua decisão ou justifique como chegou àquele

¹¹ OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais *online*, vol. 93, mai/jun. 2014, p.13;

¹² SCHREIBER, op.cit., p.206.

valor, bastando que descreva o que entendeu por situação danosa que, na maioria dos casos, tampouco precisa ser provada pela vítima, pois é suficiente o dano *in re ipsa*.

A interpretação que tem sido dada ao dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente associada ao caráter *in re ipsa* do dano, fez com que, em voto proferido no âmbito de julgamento que versava sobre inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito, Direito¹³, asseverasse:

O indivíduo que em outros tempos galgava a ascensão socioeconômica com o fruto de seu trabalho e esforço, passa a torcer para ser atingido por determinado fato, donde poder-se-ia forçosamente extrair suposta configuração de dano moral, o que lhe equivaleria a “tirar a sorte grande.

Este ambiente de indenização a todo vapor, associado ao afã dos Tribunais em reparar as “vítimas” de eventos supostamente danosos a qualquer custo, tem tido como consequência direta a desmoralização e banalização do dano moral, e, conseqüentemente, da dignidade humana.

Desse modo, de acordo com Moraes¹⁴, a responsabilidade civil tornou-se a instância ideal para que, através do incremento das hipóteses de dano indenizável, não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social.

3. DA RESPONSABILIDADE À SOLIDARIEDADE

O reconhecimento do caráter normativo do princípio da solidariedade somado à mudança de foco da responsabilidade civil da repressão a condutas negligentes à reparação

¹³ DIREITO apud MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Renovar, 2003, p 65.

¹⁴ MORAES, op. cit., p.56.

dos danos vem incluindo a solidariedade como um dos principais fundamentos teóricos da responsabilidade civil.

O objetivo principal deixou de ser efetivamente responsabilizar o culpado, em se tratando de responsabilidade subjetiva, ou aquele que causou o dano, já que o nexo causal vem perdendo importância no resultado das demandas indenizatórias, e passou a ser o de efetivamente proteger as vítimas de todo e qualquer comportamento lesivo.

O caráter individualista da responsabilidade civil vai sendo modificado pela prática jurisprudencial e passa a possuir uma índole mais social e coletiva, fundada em um dever solidário de reparação.

O próprio dano, inclusive, perde relevância quando analisado no caso concreto, mas sim os danos, vistos sob a ótica da sociedade, em sua dimensão coletiva. Trata-se, assim, de uma mudança de estrutura: da responsabilidade civil individual, para uma responsabilidade civil social. Nas palavras de Schreiber:¹⁵

Tem-se, em razão disso, uma intensa flexibilização dos filtros da reparação, e um deslocamento gradual das atenções em direção ao dano, tudo a favorecer a condenação do réu, mesmo à margem da configuração dos tradicionais pressupostos de responsabilização. Atende-se, dessa forma, a um princípio amplamente celebrado de reparação integral do dano sofrido pela vítima, mas ao mesmo tempo se impõe sobre o réu, individualmente, um ônus excessivo e, pior, incerto, na medida em que as regras de responsabilidade são flexibilizadas para se alcançar este resultado.

Outra questão acerca da solidariedade em matéria de responsabilidade civil é que o reconhecimento de um responsável é cada vez mais acidental e aleatório e está mais comprometido com o contentamento, a satisfação da vítima do que com a efetiva responsabilização do causador da conduta lesiva.

¹⁵ SCHREIBER, op.cit., p 235.

Este fato se dá devido à ideia de que, por vivermos em sociedade, todos somos culpados por todos os danos e todos somos causadores de todos os danos – desta forma, cabe a todos nós o dever de repará-lo.

Esta forma de solidarização da reparação já ocorre por meios diretos, quais sejam, a expansão das hipóteses de responsabilidade solidária e mecanismos, como os seguros de responsabilidade civil, que tem diluído cada vez mais a obrigação de reparar um dano, retirando esta responsabilidade de um único agente lesivo.

CONCLUSÃO

A construção do instituto da responsabilidade civil moderna centrava-se em torno de três elementos: a culpa, o nexo causal e o dano. Porém, a dificuldade em se comprovar a culpa dificultava e até mesmo impedia a reparação do dano, configurando verdadeira *probatio diabólica*.

Desta forma, doutrina e jurisprudência passaram a criar verdadeiras presunções de culpa, que acabaram por manter a responsabilidade subjetiva em certos setores apenas nominalmente.

Desenvolveu-se, ainda, a teoria do risco, que deu ensejo à responsabilidade objetiva, que acabou por ser incorporada como uma cláusula geral aplicável às atividades de risco, dispensando-se a culpa para que haja obrigação de reparar o dano.

Atualmente, o cenário apresentado pela jurisprudência demonstra que, semelhante ao que ocorreu com a culpa, os julgadores vêm dispensando a prova também do nexo de causalidade, que vem sendo flexibilizado em inúmeros casos, e do dano, sob a alegação de que o mesmo ocorre *in re ipsa*.

Em relação ao nexo causal, pode-se afirmar que os magistrados vêm se preocupando mais com o resultado concreto de suas decisões do que com, de fato, aplicar o direito ao caso concreto. Desta forma, a solução mais justa passa a ser aquela que garanta uma reparação à vítima, e não aquela que seja tecnicamente mais correta. O Poder Judiciário tem, portanto, atentado-se menos a questão de quem causou o dano e mais para a questão de quem está mais apto a suportar a reparação.

Já quanto ao dano, é certo dizer que o conceito de dignidade humana sofre constantes alterações e que essas alterações dão margem a uma ampliação incontrolável às lesões que podem ser levadas ao Poder Judiciário. Como consequência, têm-se visto diversas demandas fantasiosas de ressarcimento, isto é, exige-se em juízo a reparação de quaisquer aborrecimentos e dissabores cotidianos, sob a alegação de violação da dignidade humana.

Ademais, não mais se exige a prova do dano, sob o mito de que o dano moral é *in re ipsa*. Basta, portanto, que se comprove o nexo causal para que, automaticamente, se reconheça a existência do dano, sem que se observe as nuances do caso concreto.

Em suma, incontestável que a jurisprudência tem se recusado a deixar as vítimas dos danos sem reparação. Dever-se-ia, então, substituir a responsabilidade individual que, no afã de proteger a vítima acaba por distribuir de forma aleatória o ônus e os custos da reparação, por uma responsabilidade social, que transformasse o problema dos danos em um problema de toda a sociedade.

Por fim, imperativo observar que, no Brasil, pleiteia-se reparação pecuniária, sob o rótulo de dano moral, questões relativas à violação à honra e à imagem, que poderiam ter soluções mais eficazes, por exemplo, mediante retratação pública.

Pleiteia-se, ainda, reparação pecuniária por danos morais decorrentes de lesão à integridade física, que pode tratar de um simples arranhão proveniente de uma briga, até um caso de agressão provocada por meliantes, questão que deveria atrair a responsabilidade do

Estado pela segurança pública e ultrapassar a esfera individual, mas que acaba decaindo sobre um agente privado, que supostamente compensa o dano causado à vítima mediante um valor irrisório a título de reparação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 287.849/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=200002&num_registro=200001194216&data=20010813&formato=PDF>, acesso em 05/05/2015;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 608.918. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1251604&num_registro=200302071291&data=20040621&tipo=5&formato=PDF>, acesso em 05/05/2015;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 9061561-43.1998.8.26.0000. Relator Desembargador Marcondes Machado. Disponível em
<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ013KCL0000> Acesso em 05/05/2015;

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas;

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

NORONHA, Fernando. Desenvolvimento Contemporâneo da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 761, ano 88, mar. 1999;

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais online, vol. 93, mai/jun. 2014;

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas;

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013;

TODOROV, Tzevtan, *O homem desenraizado*, Rio de Janeiro: Record, 1999.