

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

MURILO AUGUSTO DIETZE

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA À CULPA CONCORRENTE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
O DIMENSIONAMENTO DAS CONCAUSAS FRENTE AO CDC E OS
DESDOBRAMENTOS NO DEVER DE INDENIZAR**

PORTO ALEGRE

2022

Murilo Augusto Dietze

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA À CULPA CONCORRENTE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
O DIMENSIONAMENTO DAS CONCAUSAS FRENTE AO CDC E OS
DESDOBRAMENTOS NO DEVER DE INDENIZAR**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais (Noturno) da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz

PORTO ALEGRE

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a minha mãe Leila Taíze Dietze que sempre me apoiou em toda minha vida.

A minha irmã Maitê Dietze que me prestou todo auxílio possível no decorrer da faculdade.

Ao meu pai André Augusto Dietze, minhas avós e demais familiares com os quais eu sempre pude contar quando necessário.

Aos meus professores, em especial a minha orientadora Profa. Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz, que de maneira zelosa, me orientou durante todo o trabalho.

A todos os meus amigos que sempre estiveram comigo.

RESUMEN

La responsabilidad civil evolucionó significativamente en el derecho brasileño a lo largo de los siglos XX y XXI, pasando a preverse la responsabilidad basada en el riesgo en el artículo 927, párrafo único. La culpa del agente causante ahora se ignora en caso de disposición legal o en caso de que la actividad implique riesgos para terceros. Lo mismo sucedió con la Ley del Consumidor, tanto así que en 1990 se promulgó la norma reguladora de las relaciones de consumo: Código de Defensa del Consumidor. En las relaciones protegidas por el Código Civil, el Legislador prevé la posibilidad de que el juez, al analizar el caso concreto, responsabilice a ambas partes, cuando contribuyan a la ocurrencia de un hecho dañoso mediante el instituto de la culpa concurrente. Ciertos autores entienden que la culpa concurrente no puede aplicarse en casos de responsabilidad basada en el riesgo, dado que la culpa ni siquiera es un elemento para su caracterización. Otros, en cambio, entienden que debe aplicarse la culpabilidad concurrente, ya que el análisis se realiza en el campo de la causalidad y de la no culpabilidad, con un error del legislador en el término utilizado. Cabe señalar que el Código del Consumidor no prevé tal disposición. Además, hay otra discusión respecto a la aplicabilidad del artículo 945 en las relaciones de consumo: por un lado, hay quienes entienden que el legislador, al no presentar tal hipótesis en el Código de Protección al Consumidor, excluyó la posibilidad de mitigar la responsabilidad del proveedor. cuando el consumidor contribuya al resultado nocivo; de otro, que considera necesario aplicar de manera accesoria el artículo 945 del Código Civil, cuando exista competencia causal en las relaciones de consumo. Así, en un primer momento, el presente trabajo se propone explorar tales discusiones, a través de un estudio literario. En la segunda etapa, se realizará un análisis jurisprudencial para verificar cómo se han posicionado los jueces sobre el tema. De tal explotación se observa que la obligación de indemnizar se limita a la cuantía del daño causado, so pena de enriquecimiento ilícito del contrario. La doctrina de la mayoría entiende que la competencia causal debe ser considerada a efectos de rendición de cuentas. En este sentido, la jurisprudencia actual sigue a la doctrina. Por lo tanto, la rendición de cuentas debe ser proporcional a la contribución al resultado.

Palabras clave: Responsabilidad objetiva, Consumidor, Riesgo, Competencia causal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2.1.1 <i>Evolução histórica da responsabilidade civil</i>	11
2.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
2.2.1 <i>O ato ação ou conduta humana</i>	16
2.2.2 <i>A culpa, conduta culpável e imputabilidade</i>	17
2.2.3 <i>O Dano</i>	20
3. A CULPA CONCORRENTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	40
3.1 CULPA CONCORRENTE OU CONCORRÊNCIA CAUSAL E A SUA PREVISÃO LEGAL.....	40
3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	43
3.3 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
3.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	53
3.5 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ...	57
3.6 CULPA CONCORRENTE OU CONCORRÊNCIA CAUSAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	59
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	62
5. CONCLUSÃO	74
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa se deve ser aplicado o instituto da culpa concorrente, previsto pelo artigo 945 do Código Civil da 2002, nas relações de consumo. Uma vez que o Código de Defesa do consumidor não trouxe em sua redação a possibilidade de mitigar a culpa do fornecedor, em casos de contribuição relevante da ação do consumidor para o resultado danoso, pretende-se examinar como a doutrina e a jurisprudência se posicionam no ponto, se consideram o Código Civil taxativo, possibilitando apenas afastar totalmente a responsabilidade do fornecedor, ou, se cabe a aplicação acessória do Código Civil, repartindo a responsabilidade entre as partes.

Para tanto, realizou-se um estudo doutrinário, normativo e jurisprudencial dividido em três partes, sendo que as duas primeiras foram realizadas através de pesquisa bibliográfica, onde optou-se por dividir a pesquisa em duas etapas, sendo a primeira uma análise da evolução da responsabilidade civil até os dias atuais, bem como seus pressupostos. Já na segunda é realizado um exame doutrinário de como a culpa concorrente e responsabilidade civil objetiva são aplicadas nas relações de consumo. Nestas duas partes do trabalho optou-se por utilizar como referência bibliográfica sobre o tema de autores contemporâneos, com obras recentes, para trazer de maneira assertiva o entendimento doutrinário atual. Da mesma forma, na segunda fase do trabalho, analisou-se como os aplicadores da norma estão se posicionando no ponto, através de um estudo jurisprudencial.

Ao cabo deste estudo, objetiva-se entender se nas relações de consumo de responsabilidade civil objetiva deve-se ou não aplicar o disposto no artigo 945 do Código Civil, quando evidenciada a presença de concausas que contribuíram para o resultado final, mas não são excludentes da responsabilidade total do fornecedor. Para tanto, são traçados objetivos específicos para o desenvolvimento do tema, a fim de que o trabalho evoluísse através dos conceitos prévios necessários ao estudo do tema, dentre os quais estão: a evolução histórica da responsabilidade civil, apresentar seus pressupostos, a evolução histórica do direito do Consumidor, os entendimentos da doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, o primeiro capítulo do presente trabalho traz a evolução da responsabilidade civil, desde o ressurgimento da responsabilidade civil objetiva até a

prevista pelo Código Civil de 2002, trazendo a responsabilidade objetiva, passando à análise dos pressupostos para sua caracterização, quais sejam o ato, a culpa, o dano e o nexa causal. Neste último, os estudos são mais aprofundados, adentrando nos detalhes de seu desdobramento nos conceitos de concausa e concorrência causal. Ato contínuo, é efetuado um estudo da responsabilidade objetiva propriamente dita, da evolução do direito do consumidor, dos excludentes de responsabilidade no CDC, e da concorrência causal nas relações de consumo. Já o segundo capítulo traz a análise jurisprudencial da aplicação da culpa concorrente nas relações de consumo. Finalmente, a pesquisa é concluída observando que a doutrina e a jurisprudência atual possuem o entendimento de que sim, deve ser observada a contribuição do consumidor e dividir a responsabilidade de maneira proporcional a contribuição de cada uma das partes para o resultado.

2. DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nesta primeira parte do trabalho, será traçada uma análise da evolução histórica da responsabilidade civil, até a sua aplicação nos dias atuais, de seus pressupostos e das teorias adotadas pelo ordenamento jurídico.

2.1 A responsabilidade civil

A responsabilidade civil, segundo a doutrina, é apresentada como um instituto voltado a reestabelecer a “justiça” ante uma lesão ou prejuízo experimentado por alguém, devido ao não cumprimento de uma norma por parte de outrem.

Maria Helena Diniz (2022, p. 23) classifica a responsabilidade civil como

(...) aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda de simples imposição legal.

Sérgio Cavalieri Filho, em seu livro Programa de Responsabilidade Civil (2021, p. 37), inicialmente discorre sobre a existência de um “dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”, e acrescenta que “(...) é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro.”

Ou seja, conforme o Cavalieri Filho, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo (responsabilidade), que nasce do descumprimento de um dever originário (obrigação). Portanto, inexistindo o dever jurídico originário, não há a responsabilidade.

Nessa mesma senda, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em seu artigo *Os pressupostos da responsabilidade civil no CDC e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros.*, publicado em/escrito para a Revista Eletrônica do Direito Civil de ano 2012, afirmou que:

O instituto da responsabilidade civil serve para transferir ao patrimônio do responsável pelo dano o prejuízo sofrido e tem como pressupostos, no direito comum: uma ação ou omissão, ordinariamente ilícita (excepcionalmente lícita), um dano injusto, a relação de causalidade entre ação e o dano, e, como fator de atribuição o elemento subjetivo da culpa ou o objetivo fundado no risco. (AGUIAR, 2012, p. 01)

Nota-se, portanto, que para a caracterização da responsabilidade civil, ou seja, para que exista o dever de indenizar, se faz necessário o preenchimento de alguns pressupostos: a ação ou omissão, o dano injusto e a relação de causalidade.

No ponto, a doutrina apresenta algumas divergências no que toca especificamente a necessidade ou não de culpa do agente causador. Silvio de Salvo Venosa (2022, p. 361) entende que tais pressupostos são "...ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa".

Já Maria Helena Diniz (2012, p. 24), apresenta como requisitos apenas a ação ou omissão, o dano e a relação de causalidade. Este entendimento é também compartilhado por Sérgio Cavalieri Filho que, sobre o tema, explica:

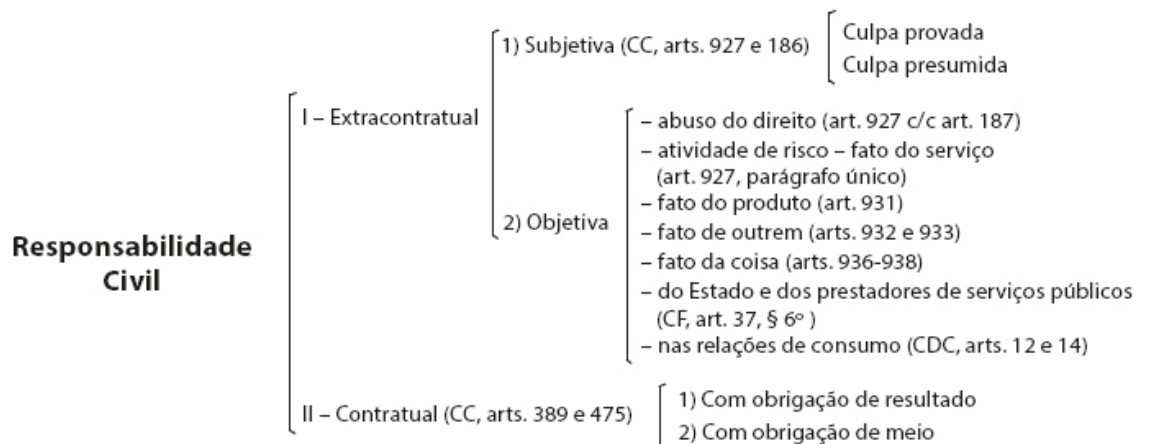
Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros, como haveremos de ver. (CAVALIERI, 2021, p. 52)

A doutrina moderna acompanha, majoritariamente, este posicionamento quanto a desnecessidade da existência de culpa para configuração da responsabilização civil, justamente pelo reaparecimento desta "responsabilidade objetiva" baseada na "teoria do risco", que adiante serão pormenorizadas.

Isso porque, através da evolução dos estudos sobre o tema, ocorreu uma subdivisão na responsabilidade civil extracontratual, originando-se responsabilidade civil subjetiva e a objetiva. Na primeira, a culpa segue como pressuposto para sua caracterização, já na segunda não.

No ponto, Sérgio Cavalieri Filho esquematizou (2021, p. 260):



Este esquema, segundo o próprio autor, serve de base para todo o estudo de seu livro “Programa de Responsabilidade Civil”. Denota-se que a responsabilidade civil se divide entre a responsabilidade contratual e extracontratual. A responsabilidade civil contratual pode ser com obrigação de resultado ou com obrigação de meio.

Já, a responsabilidade civil extracontratual, conforme mencionado alhures, apresenta uma subdivisão entre responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. Na primeira, é exigida a culpa do agente, seja ela provada ou presumida. A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, é trazida de maneira expressa no nosso Código Civil e no Código do Consumidor, ou seja, as hipóteses em que a responsabilidade civil será prescindível de culpa são especificadas pelo nosso ordenamento jurídico.

2.1.1 Evolução histórica da responsabilidade civil

Ao traçar uma breve evolução histórica, observa-se a origem da responsabilidade civil, conforme indicada por Flávio Tartuce Silva (2022, p. 19): “...a doutrina que o Código de Manu, da cultura hindu, apresentou uma evolução em relação ao Código de Hammurabi, eis que trazia a previsão de multa ou indenização a favor do prejudicado.”

Já no Direito romano, no que tange a responsabilidade Civil Tartuce explica que

(...) é sempre evocada a *Lex Aquilia de Damno*, aprovada possivelmente no século III a.C. A norma trazia a ideia de *damnum iniuria datum*, figura delituosa com autonomia, exigindo a lei três requisitos para sua configuração. O primeiro deles era a *iniura*, ou seja que dano tivesse origem em ato contrário ao direito. O segundo requisito, a *culpa genérica*, isto é um ato

positivo ou negativo praticado por dolo ou culpa específica do agente. Por fim, exigia-se o *damnum*, uma lesão patrimonial. (TARTUCE, 2022, p.20)

E ressalta que:

(...)A norma romana citada introduziu a responsabilidade subjetiva fundada na culpa como regra no sistema romano, quando até então era válida a responsabilidade sem culpa como via comum, extraída da pena de Talião, constante da Lei das XII Tábuas. (TARTUCE, 2022, p.20)

No mesmo sentido, de forma sucinta, lecionou Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 225):

Há quem sustente que no Direito Romano arcaico a responsabilidade civil era puramente objetiva, admitindo inclusive casos de responsabilidade por ato lícito. A culpa, como elemento integrante da responsabilidade, só teria surgido com a *Lex Aquilia*. Seja como for, o certo é que a responsabilidade objetiva ficou afastada por muito tempo, caiu em desuso até os tempos modernos, quando ocorreu o seu ressurgimento.

Logo, embora a responsabilidade objetiva seja a percussora, por um longo período da história, restou esquecida, aplicando-se apenas a subjetiva, haja vista que o ordenamento jurídico previa a culpa nos seus pressupostos.

Mesmo no Código de Napoleão, de 1804, a culpa é elemento da responsabilidade Civil, conforme seu artigo 1.832. A influência deste Código no direito Civil Brasileiro foi muito expressiva, de modo que o Código Civil de 1916 trouxe, no artigo 159 (atual 186), a seguinte redação: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar do dano”. Os demais artigos do Código de 1916 que regulavam a responsabilidade civil também usavam da culpa para sua caracterização (TARTUCE, 2022, p. 21).

Tanto Cavalieri (2021, p. 226) quanto Tartuce (2022, p. 22) remetem a origem da responsabilidade civil objetiva moderna a Raymond Saleilles e a Louis Josserand. O primeiro apenas os cita como precursores desta teoria. Já Tartuce explica que a responsabilidade só voltou a ganhar notoriedade ao final do século XIX, quando Raymond Saleilles apresentou um estudo sobre a teoria objetiva, a qual ganhou reforço no artigo *Evolução da Responsabilidade Civil* (1936) de Louis Josserand, em que a responsabilidade objetiva foi indicada como sendo um marco evolutivo para a responsabilidade civil, sendo apresentado em diversas faculdades de direito conceituadas no ano de 1936.

A respeito do assunto, Luiz Carlos Azevedo, desembargador e professor de História de direito da USP expõe que (2007, p. 276.):

Na verdade, no século que se encerrou, o surto contínuo ocorrido na tecnologia veio exigir respostas às situações emergentes, antes sequer imaginadas no contexto dos meios locomotores de comunicação. Os jornais dos anos que precederam ao primeiro conflito mundial descrevem o assustador recrudescimento de acidentes de trânsito causados pelos primeiros automóveis, os quais excediam, em números geométricos, aqueles da época dos tilburis, vitórias e carruagens.

Ou seja, a evolução das tecnologias de produção durante o século XVIII, levou à Revolução Industrial, na qual ocorreu um aumento no maquinismo. Vide bem apresentado por Cavalieri Filho (2021, p. 225) “... a revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica que nele ocorreram como sendo os principais fatores que ensejaram nova concepção de responsabilidade civil.”

Como efeito deste progresso tecnológico ocorreu a citada explosão demográfica, através de migrações houve o êxodo rural, devido ao aumento exponencial das oportunidades de trabalho criadas pelos avanços científicos.

Esse aumento de trabalhadores na indústria gerou um aumento do número de acidentes trabalhistas que, por sua vez, levaram ao questionamento da noção de culpa como pressuposto da responsabilidade. Sérgio Cavalieri (2022, p. 151) destaca que, com a automatização das máquinas, o trabalhador tinha dificuldades, ou até impossibilidades de demonstrar a culpa do empregador. Da mesma maneira, ocorreram aumentos de acidentes de transporte público, restando impossível comprovar a culpa do transportador que sequer estava no veículo.

Analisando a obra de Josserand, Tartuce (2022) aponta que, além da Revolução Industrial, a preocupação com a reparação do dano e com a vítima do prejuízo foram fatores que ensejaram a doutrina e o legislador para as mudanças na responsabilidade civil: “A *sede de justiça* pela reparação entre em cena como causa relevante para mudanças de paradigmas naquela época e para novos e mais intensos voos no tema da reparação civil” (p.19).

Desde então, restou evidente que seria necessário sanar tais lacunas, motivo pelo qual juristas passaram a buscar alternativas para que as vítimas não ficassem desassistidas.

Para tanto, houve um período de transição para implementar a responsabilidade civil objetiva, durante o qual diversas teses foram produzidas, os tribunais passaram a facilitar a comprovação da culpa do causador, até chegar-se à teoria do risco que será pormenorizada adiante. Destarte, Tartuce (2022, p. 21) indica que “a responsabilidade objetiva fundada no risco espalhou-se por toda Europa a partir do final do Séc. XIX”.

No Brasil, conforme mencionado alhures, o Código Civil de 1916 se baseou no Código Francês de 1804, trazendo a culpa como pressuposto necessário para determinação do dever de indenizar. Todavia, houve um “salto evolutivo” antes da adoção da teoria objetiva fundada no risco. Conforme leciona Tartuce:

(...) antes da adoção da teoria objetiva, houve o citado *salto evolutivo* a respeito do tema, da responsabilidade objetiva para a culpa presumida. É importante observar que esse salto em nosso país, remonta a uma lei que é anterior ao próprio Código Civil de 1916, a saber, o Decreto-Lei n. 2.681, de 1912, que tratava da responsabilidade civil das empresas de estradas de ferro. Em 1938, Alvinio Lima ensinava ser a hipótese de responsabilidade objetiva, apesar da menção expressa à responsabilidade subjetiva por culpa presumida. (2022, p. 24)

Posteriormente, a responsabilidade objetiva foi incorporada ao ordenamento jurídico de maneira gradual, inicialmente, nas matérias que englobam os acidentes de trabalho e passando, posteriormente, a tutelar o código do ar, o dano nuclear, o direito ambiental, entre outros.

A Constituição Federal promulgada em 1988, em seu art. 37, § 6º regeu sobre a responsabilização objetiva do estado:

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Mas, foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor de 1990 que a responsabilidade objetiva foi de fato instituída no direito privado do Brasil. Nesse sentido, cumpre trazer novamente o escrito por Tartuce:

No entanto, o principal *mergulho* da responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação privada se deu com o surgimento, no ano de 1990, da Lei n. 8.078, que instituiu no Brasil o Código de Defesa e Proteção do Consumidor e enunciou a responsabilidade sem culpa dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços em alguns de seus dispositivos. O Código Civil de 2002, apenas *aprofundou o mergulho*, ao dispor em termos gerais da

responsabilidade sem culpa, no seu art. 927, parágrafo único, comando legal que ainda terá devida análise. (2022, p. 26):

Percebe-se, pois, que a responsabilidade civil, especialmente a objetiva, é um instituto em constante evolução; consoante expõe Caio Pereira, em seu livro *Responsabilidade Civil* (2018, p. 14), que “Ainda é pouco. O progresso da técnica e a ciência prometem maiores avanços, que, forçosamente exporão o homem a maiores e mais frequentes riscos, exigindo, por conseguinte, maior segurança.” Ou seja, a tendência é que a responsabilidade civil continue evoluindo, em consonância aos avanços tecnológico”.

2.2 Os pressupostos da responsabilidade civil

Conforme mencionado alhures, a responsabilização civil no âmbito extracontratual exige o preenchimento de alguns elementos que foram indispensáveis para o resultado danoso. Devido à importância para o entendimento do tema, tais pressupostos serão pormenorizados.

A doutrina majoritária brasileira entende que, para a caracterização da responsabilidade civil, de forma resumida e simplificada, se faz necessária a existência de um ato, comissivo ou omissivo, que acaba causando um dano a terceiro e gera o dever de indenizar. Todavia, Tartuce (2022, p. 61) evidencia que não há uma unanimidade quanto a serem necessários três ou quatro elementos essenciais da responsabilidade civil brasileira.

O autor cita que Maria Helena Diniz, Sérgio Cavalieri Filho, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho trabalham com a ideia de três elementos. As definições dos autores são ligeiramente diferentes, porém, em suma, não levam em consideração a culpa, apenas o ato ou conduta, o nexo de causalidade (causal) e o dano ou prejuízo.

De outro lado, Cristiano Chaves de Farias Nelson Resenvald, Felipe Peixoto Braga Netto e Carlos Roberto Gonçalves, além do próprio Tartuce, entendem que se deve classificar os pressupostos de maneira tetrapartida, incluindo-se, portanto, a culpa como elemento essencial da Responsabilidade Civil.

Dessa forma, a divergência é decorrente do fato de que os primeiros autores consideram que a existência de responsabilização objetiva em nosso Código Civil

exclui a culpa do rol de pressupostos, e, os demais entendem que o nosso Código prevê como regra geral a responsabilidade subjetiva e, como exceção a objetiva.

Particularmente, da leitura da norma atualmente vigente, entende-se que a corrente doutrinária que pressupõe a culpa como elemento essencial da responsabilidade civil em sentido geral se demonstra mais acertada.

Isso porque o artigo 927, que versa sobre a responsabilidade de indenizar, remete em seu caput aos artigos 186 e 187¹. O primeiro remete ao ato ilícito propriamente dito, através da negligência e imprudência. Já o 187 dispõe sobre o abuso de direito, determinando que quem exceder o seu direito de maneira excessiva, também comete ato ilícito. E, além disso, o parágrafo único do mesmo artigo indica quais são os casos em que o responsável responderá independente de culpa, sendo, portando, uma especificação.

Ou seja, para caracterização do dever de indenizar na responsabilidade Civil subjetiva, no caso concreto devem ser evidenciados o ato ilícito, o dano causado, o nexo causal entre a ação e o resultado danoso e a culpa.

Tartuce (2022.) subdivide os elementos da seguinte forma: Elementos subjetivos – Conduta Humana e Culpa Lato Sensu (2022, p. 177); Elemento imaterial – o Nexo de causalidade (2022, p. 223) e Elemento Objetivo – o Dano ou Prejuízo (2022, p. 278).

Nesse sentido, primeiro serão tratados os elementos trazidos pelo autor como subjetivos de maneira sucinta, porque, no caso da culpa, esta não será elemento da responsabilidade objetiva que é o foco do presente estudo.

2.2.1 O ato ação ou conduta humana

Conforme Sergio Cavalieri Filho (2021, p. 62): “Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências Jurídicas”. Assim, a ação ou omissão é o aspecto físico que manifesta uma vontade.

Com efeito, a conduta se demonstra bastante autoexplicativa: é um agir ou se omitir, representando assim a tomada de decisão. Os artigos 186 e 187 do Código

¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.

Civil definem que a decisão tomada deve ir de encontro ao previsto pelo ordenamento jurídico, ao trazer a expressão “ato ilícito”.

No mesmo sentido, Tartuce (2022, p. 181) define que a conduta humana

(...) pode ser causada por uma ação – conduta positiva –, ou omissão – conduta negativa –, seja ela voluntária, ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.”

Impende mencionar que a responsabilidade só recai sobre aquele que cometeu o ato, chamada de responsabilidade direta ou de fato próprio pelos autores. Embora exista a previsão de responsabilidade por outrem, como, por exemplo, os pais respondendo por ação de filhos, o empregador por ato de empregado, ou, ainda, ação de animal, ressalta-se que essa imputação é justificada pelo descumprimento do dever de cuidado, ou seja, houve a omissão ensejou o dever de reparar.

Essa responsabilização, todavia, recai sobre a responsabilidade objetiva ou independente de culpa, conforme ensinado por Tartuce, a qual será adiante pormenorizada.

2.2.2 A culpa, conduta culpável e imputabilidade

No que diz respeito ao pressuposto da culpa, se tem esta como elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade subjetiva.

De maneira preliminar, o autor Sérgio Cavalieri Filho traz ao estudo da culpa a importância da imputabilidade que, conforme este, é “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo.” (2021, p. 64). Tal conceito é importante pelo fato de que é impossível responsabilizar quem não possui condições de compreender a ilicitude de sua ação.

Pablo Stolze & Rodolfo Pamplona (2021, p. 23) citam como elementos da culpa a voluntariedade do comportamento do agente, a previsibilidade, isto é, o resultado deve ser esperado, bem como a necessidade de haver uma violação no dever de cuidado.

Juridicamente, a expressão “culpa”, segundo Cavalieri Filho (2021, p. 67) pode ser interpretada de mais de uma forma. Existe a culpa em sentido amplo, em sentido estrito e ainda a culpabilidade.

A culpabilidade é definida por Cavalieri como o juízo final de reprovação que recai sobre o culpado por um ato ilícito, desde que este poderia e deveria ter agido de maneira diversa.

A culpa *lato sensu* (em sentido amplo) é oriunda da conduta humana, trazida por Cavalieri como a manifestação de uma vontade, ou seja, em sentido amplo, pode-se falar em conduta voluntária e intencional, mesmo que não dominada ou controlada.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2021, p. 68) e Tartuce (2022, p. 197), indicam que na culpa *lato sensu* está inserido o dolo. Tartuce, todavia, alerta para a necessidade de diferenciar o dolo da responsabilidade civil com o dolo do negócio jurídico, pois o primeiro não se relaciona com um negócio jurídico e se porventura atingir um negócio, apenas gerará o dever de pagar perdas e danos. Já o segundo está diretamente vinculado ao negócio jurídico, dando causa à sua celebração, e a sua constatação incidirá a anulabilidade do negócio.

A título de explicação adicional, Cavalieri Filho esclarece a diferença entre o dolo e a culpa:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. (CAVALIERI, 2022, p. 69)

Já a Culpa em sentido estrito (*strictu sensu*), conforme as variadas definições na doutrina, pode ser dita como o descumprimento de um dever de cuidado preexistente.

Novamente, segundo Sergio Cavalieri Filho (2021, p. 73), é preciso observar a culpa como sendo uma “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”

Logo, extrai-se que, na culpa estrita, a vontade é manifestada através da ação ou omissão voluntárias, sem, porém, esperar o resultado danoso, mesmo que tal efeito fosse previsto ou previsível.

E aqui, tendo em vista que os resultados devem ser ao menos previsíveis, sob pena de incidirem, inclusive, elementos excludentes de responsabilidade, resta claro que, se o agente não os evitou, não o fez devido à falta de cuidado.

Esta referida falta de cuidado remete à imprudência e à negligência, que estão elencadas no artigo 186 do Código Civil de 2002. De maneira sucinta e objetiva, Sérgio Cavalieri Filho as define:

Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. O médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica a imperícia. (2021, p. 75)

Stolze & Pamplona (2021, p. 62) também definem a negligência, a imperícia e a imprudência como formas de manifestação da culpa em sentido estrito, e também, atentam para o fato de que o supracitado artigo 186 não traz em seu texto a imperícia, limitando-se à negligência e à imprudência.

A culpa também pode ser dividida em graus. Podendo ser grave, leve e levíssima, segundo Rui Stoco (2014, p. 222) e Sérgio Cavalieri filho. Este último, defende que mesmo que a culpa seja levíssima, ainda obrigará o agente causador a ressarcir o dano causado (2021, p. 76).

Essa classificação é importante para a valoração do quantum indenizatório, pois, conforme artigo 944 do Código Civil, este deve ser medido de acordo com a extensão do dano. Todavia, o parágrafo único deste mesmo artigo traz a hipótese de redução da indenização, caso exista desproporção entre o grau de gravidade da culpa e o dano.

A partir disso, a caracterização das espécies de culpa – tais como a culpa presumida, que foi importante marco transitório entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva e que ainda está presente em nosso ordenamento jurídico –, será mencionada em tópico referente a responsabilidade objetiva. Já a culpa *in*

elegendo, in vigilando e in custodiando referentes respectivamente a culpa do patrão, dos pais e do dono do animal, foram atribuídas de maneira objetiva pelo Código Civil de 2002, conforme explica Tartuce (2022, p. 207)² e não serão aprofundadas nesse estudo. De outra banda, a culpa concorrente, prevista pelo artigo 945 do Código Civil, será estudada em tópico exclusivo, uma vez que se demonstra como tópico central do trabalho ora desenvolvido.

2.2.3 O Dano

A doutrina aponta que o dano ou prejuízo é o elemento objetivo da responsabilidade civil. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 116) ressalta a indispensabilidade do dano para que se faça presente a necessidade de indenizar, ressaltando que é possível a responsabilidade sem culpa, porém, não há responsabilização sem dano:

Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. O art. 927 do Código Civil é expresso nesse sentido: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” O art. 186, por sua vez, fala em violar direito e causar dano. Da mesma forma o parágrafo único do art. 927: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Mesmo na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Em suma, sem dano não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de avançar o sinal propositadamente, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo, não haverá o que indenizar. O ilícito e o dano constituem as duas faces de uma mesma moeda, os dois lados de um mesmo fato. (CAVALIERI, 2021, p. 116)

Reafirme-se que conluo, como parcela considerável da doutrina nacional, que não se podem falar mais nessas modalidades de culpa presumida, hipóteses anteriores de responsabilidade subjetiva. Isso justifica a utilização das expressões no passado e no condicional. Essa conclusão se dá porque as antigas hipóteses de culpa in vigilando e culpa in eligendo estão regulamentadas pelo art. 932 do Código Civil de 2002, consagrando o art. 933 a adoção da teoria do risco, ou seja, que tais casos são de responsabilidade objetiva, não se discutindo culpa. Dispõe, ainda, o art. 942, parágrafo único, a solidariedade entre as pessoas elencadas no art. 932. Quanto a essas duas antigas formas de culpa presumida, não restam dúvidas da objetivação da responsabilidade.

O autor ressalta ainda que, indenizar sem a comprovação de um dano resultaria em um enriquecimento ilícito ao indenizado. Pablo Stolze & Pamplona Filho (2021, fl.27) destacam que para que o dano seja indenizável é necessária a já mencionada “*violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica*”, a “*certeza de um dano*”, o que vai ao encontro do trazido por Sergio Cavalieri quanto a indispensabilidade do dano e a “*subsistência do dano*”, ou seja, o dano deve existir quando foi realizado o pedido de reparação. Se o dano foi reparado, perde-se o interesse.

Todavia, assim como a responsabilidade civil objetiva, na qual a culpa é desconsiderada, a responsabilidade sem dano também é uma especificidade dentro da norma geral. Sendo assim, ambas só serão aplicadas com determinação prévia da norma ou jurisprudência.

Stolze & Pomplona Filho conceituam o dano como “a lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não —, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.” (2021, p. 26). Cavalieri (2021, p. 116), por sua vez, alerta para a inexistência de um conceito legal de dano, devido a proliferação de conceitos e modalidades de danos, que também são citados pro Flavio Tartuce (2022, p. 285), que os denomina de “novos danos”.

Cavalieri ressalta ainda que a doutrina e jurisprudência conceituam o dano a partir de sua consequência, quando deveriam “conceituar o dano pela sua causa, pela sua origem, atentando-se para o bem jurídico atingido, o objeto da lesão, e não para as consequências econômicas ou emocionais da lesão sobre determinado sujeito” (2021, p. 117). Nesse sentido, o autor conceitua o dano de maneira consonante com o trazido por Stolze & Pamplona, ao definir que

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (. (CAVALIERI, 2021, p. 117)

Embora atualmente existam diversas modalidades de dano, explicam Tartuce (2022, p. 285) e Cavalieri (2021, p. 117), que tradicionalmente a doutrina subclassifica o dano em duas espécies: os danos materiais/patrimoniais e os morais/extrapatrimoniais – denominados por Tartuce como “danos clássicos.

O dano material ou patrimonial, de acordo com a própria denominação, é aquele que atinge o patrimônio, os bens materiais da vítima, que pode ser pessoa física, jurídica ou até ente um despersonalizado. Ainda, os danos patrimoniais são ditos emergentes, quando correspondem aos danos efetivamente causados aos bens ou patrimônio da vítima.

Cavaliere Filho (2021, p. 118) explica que o dano emergente

(...) também chamado positivo, este, sim, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito. O Código Civil, ao disciplinar a matéria no seu art. 402 (reprodução fiel do art. 1.059 do Código de 1916), caracteriza o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

Stolze & Pamplona Filho (2021, p. 27) de maneira resumida e assertiva apresentam que “o dano emergente” é “correspondente ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, “ao que ela perdeu”. Assim, não há maiores dificuldades para a comprovação da extensão do dano, dado que é um dano positivo, um dano “direto” ao bem ou patrimônio da vítima, bastando analisar o valor do bem e ressarcir-lo à vítima em caso de inutilização total e, em caso de desvalorização parcial, subtrair o valor do bem sem o dano pelo valor do bem danificado.

Além dos danos emergentes, podem ocorrer danos “indiretos” advindos da conduta do agente. A título de exemplificação, pode-se citar um motorista de aplicativo que tem seu carro (que também é seu instrumento de trabalho) avariado por terceiro que desrespeita a sinalização de trânsito.

É incontestável que nesse caso, além dos danos emergentes também incidam os danos indiretos, uma vez que o motorista também estará impedido de laborar durante o período de conserto do seu automóvel. Ademais, resta evidente a relação entre a conduta do agente causador (desrespeitar a sinalização de trânsito) e o impedimento das atividades laborais da vítima. Essa relação é chamada de nexo causal e será pormenorizada no tópico subsequente.

O importante, com relação ao dano, é o fato de que o dano indireto ou futuro, também é indenizável, desde que, assim como o emergente, seja comprovado. Este dano futuro pode ser denominado de lucro cessante. O lucro cessante ocorre quando

(...) na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão,

como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. (CAVALIERI, 2021, p. 118)

Ressalta-se, por oportuno, que o autor disserta sobre a necessidade de respeitar o princípio da razoabilidade, trazido pelo nosso Código Civil em seu artigo 402, o qual deve ser aplicado ao se definir a reparação por lucros cessantes.

Tartuce (2022, p. 290) da mesma forma traz a definição dos lucros cessantes como sendo “valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro, o que razoavelmente se deixou de lucrar. A exemplo da categoria anterior, o instituto consta expressamente do mesmo art. 402 do Código de 2002, em sua segunda parte.”. Assim, observa-se uma divisão na esfera do dano patrimonial entre o dano emergente “direto” e mediato ou futuro, através dos lucros cessantes.

O ordenamento jurídico brasileiro também previu outro tipo de dano que não atinge a esfera patrimonial do indivíduo, mas sim, a sua pessoa, sendo denominado de dano moral ou extrapatrimonial. A denominação é autossuficiente para fornecer uma noção superficial do que é tutelado pela responsabilidade civil, quando esta está vinculada ao prejuízo extrapatrimonial. Porém, para um entendimento aprofundado da questão, a doutrina de Sanseverino (2010, p. 257) traz que

A expressão dano extrapatrimonial abrange, fundamentalmente, os prejuízos sem conteúdo econômico que violam “a esfera existencial da pessoa humana”. Denominados genericamente no direito brasileiro danos morais, os danos extrapatrimoniais têm-se constituído em um dos temas mais controvertidos na responsabilidade civil, sendo que, até recentemente, discutia-se a sua própria indenizabilidade.

Tartuce (2022, p. 305) e Stolze & Pamplona (2021, p. 40) informam que a instauração dos danos imateriais no Brasil ocorreu com a Constituição de 1988, através dos incisos V e X do artigo 5º. Anteriormente a este marco, na vigência do Código Civil de 1916, não havia previsão expressa, apenas implícita, da aplicação de danos morais, o que fazia com que não existisse pacificidade quanto à sua aceitação na jurisprudência.

Da mesma forma ao elencar o posicionamento atual da norma quanto ao dano moral Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 128) elenca os artigos 5º, V e X da Constituição Federal, o artigo 6º, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, o entendimento sumular do STJ em sua Súmula 37 e o artigo 186 do Código Civil.

O Código Civil de 2002 reconheceu de maneira expressa a responsabilidade de reparar os danos, ainda que exclusivamente morais, em seu artigo 186:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nesse sentido, Cavalieri aponta de maneira específica que

Em tema de dano moral a questão que se coloca atualmente não é mais a de saber se ele é ou não indenizável, nem, ainda, se pode ou não ser cumulado com o dano material, mas, sim, o que venha a ser o próprio dano moral. Esse é o ponto de partida para o equacionamento de todas as questões relacionadas com o dano moral, inclusive quanto à sua valoração. (CAVALIERI, 2021, p. 127)

Ou seja, atualmente não se discute a responsabilização civil por dano moral, mas sim como e quando este é caracterizado, o que é dano extrapatrimonial e o que é o chamado pela jurisprudência de *mero aborrecimento da vida cotidiana*.

Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 22) critica o Código Civil de 2002 nesse ponto, defendendo que “Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência essa tarefa.”

Todavia, pode-se dizer que, embora existam na doutrina diversas conceituações para o dano moral, o bem jurídico tutelado por este é o direito da personalidade, conforme traz Maria Helena Diniz (2022, p. 33).

Sobre os direitos da personalidade, Cavalieri denota que

São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana. (2021, p. 98)

Stolze & Pamplona conceituam:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (2021, p.35)

Desta forma, o bem jurídico tutelado, (TARTUCE, 2021, p. 307):

Seguindo a visão majoritária, constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade, tratados em rol meramente exemplificativo entre os arts. 11 a 21 do CC/2002, para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se deve utilizar, com o devido respeito a quem pensa de forma contrária, a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais, conforme outrora foi comentado.

Desse modo, esclarece-se que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males e lesões suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula n. 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012³.

Aqui, a doutrina alerta para a questão de que o dano moral não prescinde de um sentimento de dor ou vexame, pois, como expressa Cavalieri, pode haver lesão a dignidade humana sem incidir a dor, o sofrimento, bem como o contrário também é possível. Nesse sentido é trazido enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil por Flávio Tartuce (2021, p. 307), que assim definiu: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.” Verifica-se, portanto, que não há uma definição objetiva do que caracterizará o dano imaterial sujeito a reparação, o que pode levar a decisões controversas na jurisprudência.

Cavalieri traz seu entendimento de como o dano moral deve ser analisado pelo julgador, trazendo, inclusive sua experiência na área:

Dissemos no item 19 que dano moral, à luz da Constituição vigente, em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause dor, vexame, sofrimento ou humilhação; que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio

³ Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.

psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc.). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização. (CAVALIERI, 2021, p.132)

Percebe-se que o autor ressalta que o julgador, analisando o caso concreto, deve verificar se a alegada agressão se demonstra suficiente para interferir substancialmente no psicológico do indivíduo. Logo, deve-se analisar, através de uma comparação, os aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia com a ação que alegadamente causou o dano a dignidade ou bem integrante da sua personalidade. Desta comparação, se for constatado que a ação ou conduta humana foi mais gravosa do que a normalidade, a reparação se fará necessária.

Do até aqui exposto extrai-se que, tanto para reparação por prejuízo material quanto no campo imaterial, a comprovação do dano é imprescindível, e conforme ressalta Cavalieri (2021, p. 136) “Tanto o dano patrimonial como o dano extrapatrimonial exigem a prova do fato lesivo. Por isso se diz que dano certo é aquele cuja existência acha-se provada, de tal modo que não pairam dúvidas quanto à sua ocorrência” Todavia, abre-se um parênteses para citar que é sabido que existe, conforme explanado por Flávio Tartuce, a possibilidade de responsabilização civil sem a existência de uma comprovação do dano, quando este é presumido, decorrente do próprio fato, também denominado de dano *in re ipsa*, nas hipóteses de inversão do ônus da prova nas relações de consumo, que serão tratadas em tópico próprio.

Contudo, Sérgio Cavalieri Filho alerta que no dano moral *in re ipsa*

Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Compreende-se que assim seja porque a lesão ou gravame no plano moral não se materializa no mundo físico, por essa razão prescindindo de provas. Mas o fato gravoso e os reflexos que a sua potencialidade ofensiva irradia terão que ser comprovados. (2021, 136)

Em suma, no dano presumido, tal presunção é oriunda da gravidade do fato ou ação, de modo que a comprovação de sua ocorrência já basta para justificar a necessidade de reparação, pois deste por si só já decorre o dano.

2.1.2.4 O nexu causal

O nexu causal ou nexu de causalidade, diz respeito a relação entre o ato, a conduta humana, vista anteriormente, e o resultado danoso experimentado pela vítima. É, por assim dizer, um elemento de conexão que evidencia que o ato foi o que levou ao prejuízo.

Nesse sentido, Tartuce explica que nexu causal

é o elemento imaterial da responsabilidade civil, podendo ser definido como a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado. Essa nossa construção está baseada, entre outras, nas ideias de Maria Helena Diniz, que assim conceitua a causalidade: “1. Filosofia do direito. a) Relação entre uma causa e um efeito; b) qualidade de produzir efeito; c) princípio em razão do qual os efeitos se ligam às causas. 2. Direito Civil e Direito Penal. Um dos elementos indispensáveis para a configuração do ilícito ou do delito, pois as responsabilidades civil e penal não poderão existir sem a relação ou o nexu de causalidade entre o dano ou resultado e o comportamento do agente. Deveras, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (2022, p. 224)

E é essa imaterialidade que acaba por gerar variadas conceituações por parte da doutrina, bem assim das teorias por ela aceita.

Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez, alerta que

A relação causal, portanto, não se confunde com a culpabilidade. Tem-se no primeiro caso uma imputação objetiva – se a conduta do agente deu causa ao resultado (dano), independentemente de qualquer apreciação do elemento subjetivo da conduta. No segundo caso (culpabilidade) tem-se uma imputação subjetiva. Apurado que a conduta do agente deu causa ao resultado, verifica-se a seguir se o agente tinha capacidade de entendimento e se podia agir de forma diferente. (2021, p. 83)

A importância de tal alerta será evidenciada adiante, quando tratar-se especificamente do instituto trazido pelo artigo 945 do Código Civil, qual seja a culpa concorrente.

O nexu causal é, portanto, “um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual podemos concluir quem foi o causador do dano” (CAVALIERI, 2021, p. 84). Já Gustavo Tepedino (2021, p. 84) ensina que o nexu causal cumpre uma dupla função, uma vez que “permite determinar a quem se deve atribuir o resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação

da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização”. Ou seja, o nexo causal é o elemento a ser utilizado para determinar a extensão da responsabilidade do autor e não a culpa.

Com relação a esta dupla função do nexo de causalidade Paulo Lôbo indica que:

O nexo de causalidade tem dupla função: a) causalidade em relação à autoria, que visa a determinar o vínculo existente entre a atuação do sujeito e o resultado danoso; b) causalidade em relação à extensão do dano reparável, que se ocupa de fixar o espectro da reparação: se se repara todo o dano causado ou algumas consequências, em especial as imediatas, mediatas previsíveis e as causais (2021, p. 140)

Nota-se, pois, a importância incontestável da comprovação do nexo causal para caracterizar a responsabilidade civil, especialmente a objetiva, conforme a doutrina explica, dado que é através dele que restará evidenciada ou não a responsabilidade do agente.

Novamente, o entendimento do conceito é de fácil compreensão e, em certos casos concretos mais simples, de fácil demonstração, conforme pode se exemplificar através de um caso em que com um martelo alguém atinge uma vidraça que vem a quebrar. Por óbvio que, sem a ação do agente, a martelada, a vidraça continuaria intacta.

Todavia, existem situações em que o dano somente vem a ocorrer devido a uma pluralidade de circunstâncias, o que é denominado de causalidade múltipla, ou concausas, para Cavalieri (2021, p. 56) e (2020 p. 85). Nesses casos, há que se fazer uma análise cuidadosa para determinar qual causa de fato deu origem ao resultado e, também, se não há a incidência da concorrência causal que será adiante expendida.

Devido a essa necessidade de determinação do nexo de causalidade, foram criadas algumas teorias por parte da doutrina quanto ao tema. Stolze & Pamplona (2021, p. 48) apontam três teorias principais para explicar o nexo de causalidade: “a) teoria da equivalência de condições; b) a teoria da causalidade adequada; c) a teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexo causal).”

Gustavo Tepedino (2021, p.86) indica que as teorias destacadas sobre o tema são quatro, adiantando que é a causa direta e imediata a que é aplicada pela jurisprudência:

Com o escopo de estabelecer os limites da noção jurídica de causa, desenvolveram-se diversas teorias, de maior ou menor aplicação prática,

dentre as quais se destacam: (i) a teoria da equivalência das condições, (ii) a teoria da causalidade adequada, (iii) a teoria da causalidade eficiente e (iv) a teoria da causa direta e imediata, também denominada teoria da interrupção do nexu causal, a qual, sob a vertente da subteoria da necessariedade, prevalece na jurisprudência brasileira – que, não raro, trata a matéria de forma intuitiva.

Tartuce (2022, p. 228), por sua vez, embora aponte doutrinadores que defendam a existência de três teorias, ressalta o trabalho de Pablo Malheiros da Cunha Frota em sua tese de doutorado que apontou quatorze teorias sobre o tema, sendo que doze são oriundas do sistema romano-germânico, sendo pormenorizadas pelo autor.⁴

Sérgio Cavalieri Filho analisa apenas duas teorias que entende como principais: a teoria da equivalência dos antecedentes (2021, p. 85) e a teoria da causalidade adequada. Para auxiliar na compreensão do tema, serão abordadas as teorias mais difundidas na doutrina brasileira.

A teoria da equivalência das condições, ou antecedentes como denomina Cavalieri Filho (2021, p. 85), também é conhecida por *conditio sine qua non*. Nessa teoria, não há diferenciação entre as contribuições das condições preexistentes, não sendo consideradas a importância das concausas para o resultado.

Nessa perspectiva, as definições da doutrina são semelhantes, todas concordando que “(...) com isso quer-se dizer que esta teoria é de espectro amplo, considerando elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano.” (STOLZE & PAMPLONA, 2021, p. 48). Os autores ainda referem que essa é a teoria adotada em nosso código Penal no artigo 13⁵. Da mesma forma, Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 85) refere que

⁴ No entanto, ampliando de forma considerável o estudo do tema, em tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Pablo Malheiros da Cunha Frota demonstra a existência de quatorze teorias sobre o assunto. Doze delas foram desenvolvidas nos sistemas romano-germânicos, interessando diretamente a esta obra, a saber: a) teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (*sine qua non*); b) teoria da causa eficiente e causa preponderante; c) teoria da ação ou da causa humana; d) teoria do seguimento ou da continuidade da manifestação danosa; e) teoria da causalidade adequada, teoria da regularidade causal ou teoria subjetiva da causalidade; f) teoria do dano direto ou imediato ou teoria da interrupção do nexu causal; g) teoria da norma violada, da causalidade normativa, da relatividade aquiliana ou do escopo da norma; h) teoria da causalidade específica e da condição perigosa; i) causalidade imediata e da variação; j) teoria da causa impeditiva; k) teoria da realidade de causalidade por falta contra a legalidade constitucional; e l) teoria da formação da circunstância danosa.²⁰ As teorias do modelo anglo-saxão, são: a) causation as fact; e b) causa próxima e proximate cause. (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha, p. 71-102, 2014, apud, Tartuce, 2022)

⁵ Art. 13, CP — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido

Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. (CAVALIERI, 2021, p.85)

No âmbito da responsabilidade civil brasileira, todavia, não há uma grande aceitação da doutrina quanto à aplicação desta teoria. A crítica apontada pelos autores é a de que tal teoria permite uma regressão causal infindável. Novamente, Gustavo Tepedino (2021, p. 87) é assertivo ao analisar a teoria afirmando que

A crítica que se faz a esta teoria funda-se na ilimitada ampliação da cadeia causal, em infinita espiral de concausas, por ela gerada, de maneira a imputar a um sem-número de agentes o dever de reparar, levando a exageros inaceitáveis e soluções injustas.

Sérgio Cavalieri Filho, da mesma forma, (2021, p. 85) ressalta que “Critica-se essa teoria pelo fato de que conduzia a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexa causal...” e exemplifica:

Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc. (CAVALIERI, 2021, p.85)

No mesmo sentido, Tartuce (2022, p. 229), afirma a não-aplicação dessa teoria no direito civil brasileiro: “(...) pois, caso contrário, todos os fatos correlatos gerariam o dever de indenizar, não se admitindo sequer as excludentes de ilicitude ou de nexa de causalidade(...)”. Todavia, percebe-se que o autor traz novo argumento, além do já citado regresso ao infinito, qual seja, a previsão legal dos excludentes de responsabilidade do artigo 188 do Código Civil⁶.

A teoria da causalidade adequada, de acordo com o que a própria nomenclatura já antecipa, analisa dentre as condições que contribuíram para o resultado, qual a mais adequada para gerar o dano. Ou seja, ela leva em consideração a importância da concausa para o resultado. Tartuce postula: “Sintetizando, somente o fato ou os fatos relevantes para o evento danoso geram a responsabilidade civil e o consequente dever de reparar.” (2022, p. 233). No mesmo sentido entendem Stolze & Pamplona (2021, p. 49)

⁶ Um dos limites fixados para a responsabilidade civil que pode ser citado para o afastamento dessa teoria é a exclusão da configuração da ilicitude prevista no art. 188 do Código Civil brasileiro. De acordo com o preceito, não constituem atos ilícitos: a) os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; e b) a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (estado de necessidade). Ora, se tivesse sido essa a teoria adotada, também em casos tais haveria o dever de indenizar do agente.

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa.

Gustavo Tepedino, ao tratar da causalidade adequada informa que nesta “...procura-se identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual delas, em tese, independentemente das demais circunstâncias que também operam em favor de determinado resultado, é potencialmente apta a produzir o efeito danoso.” e conclui:

Esse é o chamado “juízo de probabilidade”, realizado em abstrato – e não em concreto, considerando os fatos como efetivamente ocorreram. Assim, diante de uma pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada apta a causar o resultado. Respondida essa primeira pergunta, questiona-se se essa causa, capaz de provocar o dano, é também hábil segundo as leis naturais. (2021, p. 87)

Todavia, Tepedino atenta para uma correção necessária na teoria da causalidade, no sentido de que a adequação deve abranger todo o processo causal, e não analisar de maneira individualizada a causa e o efeito.

(...)a adequação não deve abranger apenas a causa e o efeito isoladamente considerados, mas todo o processo causal. É que, conforme adverte Pessoa Jorge, pode acontecer de o comportamento do agente ser adequado, por si e em abstrato, a provocar o dano, mas este se produzir por um processo diferente(...) (TEPEDINO, 2021, p. 88)

Sérgio Cavalieri da mesma forma disserta que o problema desta teoria reside justamente no fato de que ela apenas atua na situação real, visto que “não há uma regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, com bom senso e ponderação.” (2021, p. 58).

Este também é o alerta de Stolze & Pamplona Filho, pois julgam que, enquanto a teoria da equivalência de condições peca por excesso, devido a infinidade de concausas retroagindo de maneira indeterminada, esta admite um grau de discricionariedade do julgador, uma vez que este analisará “... no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, *causa do resultado danoso*”. (2021, p. 49).

De outra banda, em que pesem os “problemas” acima referidos, Tartuce (2022, p. 235) argumenta que tal teoria é aplicada na responsabilidade civil brasileira, dado que “na I Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal

em 2002, aprovou-se o Enunciado n. 47, prevendo que o art. 945 do Código Civil não exclui a teoria da causalidade adequada.” Nesse sentido, prossegue o autor (2022, p. 237) trazendo sua argumentação de que a teoria da causalidade adequada fora adotada de maneira implícita no Código Civil de 2002, especificamente nos artigos 944 e 945⁷, pois, o legislador previu no primeiro a possibilidade de adequar a indenização em caso de desproporção entre gravidade de culpa e dano, e no segundo, a possibilidade de se reconhecer a culpa concorrente da vítima, ou seja, valorar as concausas, adequando a indenização de acordo com a preponderância de cada uma delas para o resultado. Tartuce conclui então que

(...) por tudo o que foi aqui exposto, o presente estudo basear-se-á, quanto ao nexo de causalidade, na teoria da causalidade adequada, corrente teórica mais bem adaptada à nossa adoção de ideias de risco concorrente e de autorresponsabilidade da vítima na responsabilidade civil objetiva, conforme apresentado no capítulo anterior desta obra. De toda sorte, não se pode negar que a teoria do dano direto e imediato também encontra grande acolhimento no Direito Civil brasileiro, como se verá a seguir. (2022, p. 237)

De fato, aqui há um debate doutrinário quanto à teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, havendo uma disputa entre a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato. A teoria do dano direto e imediato, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal, refere que somente serão indenizáveis os danos que forem advindos da estrita conduta do causador, não abarcando danos indiretos ou por ricochete. Stolze & Pamplona (2021, p. 49) remetem a autoria desta teoria a Agostinho Alvim: “Esta última vertente doutrinária, também denominada teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, menos radical do que as anteriores, foi desenvolvida, no Brasil, pelo ilustrado Professor AGOSTINHO ALVIM, em sua clássica obra *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*”

Nesse sentido, os autores trazem o trecho que, com a devida licença, é incluído abaixo para definir de maneira cristalina a teoria:

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de

⁷ Art. 944. 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, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

acordo com as fontes históricas da teoria do dano, como se verá. (ALVIM, 1972, p. 356 apud GAGLIANO & PAMPLONA 2021)

E, em outro trecho, de sua obra:

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.

Conforme se extrai do trecho acima citado, não é a questão temporal que é analisada no caso, podendo-se indenizar dano oriundo de causa remota, desde que esta seja necessária. Gustavo Tependino (2020, p.90) de maneira pontual assim reitera:

Não é, portanto, a distância temporal entre o dano e a conduta do agente que rompe o nexo causal, mas, sim, a interferência de outra cadeia causal independente. A interrupção do nexo de causalidade pode ocorrer por fato exclusivo de terceiro, da própria vítima ou por um evento de caso fortuito ou de força maior. Assim, os desdobramentos do evento danoso que, temporalmente, estão distantes da conduta do agente são também passíveis de ressarcimento, contanto que sejam consequência direta e imediata de um ato ilícito ou de uma atividade perigosa objetivamente considerada, isto é, contanto que estejam ligados à conduta do agente por uma cadeia causal que não tenha sofrido qualquer interrupção.

A teoria da causa direta é considerada por variada parte da doutrina como a adotada pelo Código Civil. Isso porque, segundo o entendimento dos referidos doutrinadores, o artigo 403 Do Código Civil pressupõe em seu texto que:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Dentre os defensores desta teoria pode-se citar, Gustavo Tepedino (2021, p. 89)⁸, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p. 50)⁹, Carlos Gonçalves (2022 p.297.)¹⁰ e Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 233)¹¹.

De outra banda, conforme já mencionado alhures, Flávio Tartuce (2021 p. 237) entende que em nosso ordenamento civil prevalece a teoria da causalidade adequada. Tanto que, o autor entende que o legislador “pecou” ao manter a letra do artigo 403, idêntica a preexistente no Código de 1916 (art. 1.060) e inserir no novo ordenamento jurídico o art. 945, sugerindo inclusive que:

(...) quem sabe, de lege ferenda, entre as tantas propostas de alteração do atual Código Civil brasileiro, seria o caso de adequar a redação do seu art. 403 à atual realidade da responsabilidade civil, particularmente ao que consta dos arts. 944 e 945 do próprio CC/2002. Seria interessante que o art. 403 não mais fizesse menção aos danos diretos e imediatos, mas, sim, a danos que devam ser efetivamente provados, ou melhor, danos efetivos, sendo essa a melhor interpretação do dispositivo

Sérgio Cavalieri Filho, também entende que a teoria adotada pelo nosso direito civil é a da causalidade adequada:

Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), *mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado*. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, *em abstrato*, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva. (2021, p. 87)

⁸ O codificador pátrio consagrou, por meio do art. 403 (que reproduziu a redação do art. 1.060 do Código Civil de 1916),¹⁹ a teoria da interrupção do nexo de causalidade, também conhecida como teoria da causalidade direta e imediata.

⁹ Alinhamo-nos ao lado daqueles que entendem mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexo causal), na vertente da causalidade necessária.

¹⁰ Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.

¹¹ Considerando, agora, a teoria dos danos diretos e imediatos (melhor seria mediatos), embora congregue as duas teorias antes analisadas, é mais razoável e decorre da posição adotada pelo legislador brasileiro, no art. 403 do CC atual (art. 1060 do CC de 1916).

Nada obstante, Flavio Tartuce (2022, p. 238) indica apenas uma pequena diferença entre as teorias,

A teoria do dano direto e imediato trabalha mais com as exclusões totais de responsabilidade, ou seja, com a obstrução do nexa causal. Por outra via, a teoria da causalidade adequada lida melhor com a concausalidade, isto é, com as contribuições de fatos para o evento danoso.

e prossegue

Tal constatação justifica mais uma vez a adoção da segunda tese, sem falar que, enquanto a teoria do dano direto e imediato está mais focada em beneficiar o agente causador do dano, a teoria da causalidade adequada preocupa-se mais com a vítima, o que está mais bem sintonizado com as funções sancionatória e preventiva da responsabilidade civil, destacadas no primeiro capítulo desta obra”.

Particularmente, acompanha-se este último entendimento, trazido por Tartuce, em que pese, o trazido por Sérgio Cavalieri Filho sobre as teorias em geral quando aplicadas em casos concretos:

Fazer juízo sobre nexa causal é estabelecer, a partir de fatos concretos, a relação de causa e efeito que entre eles existe (ou não existe) – o que deve ser realizado por raciocínio lógico e à luz do sistema normativo. Lógico porque consiste num elo referencial entre os elementos de fato; normativo porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de Direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. (2021, p. 91)

E tal análise lógica e normativa é de extrema importância quando, no caso concreto ocorrem concorrências causais, sendo necessário mitigar o nexa causal, ou até, mediante a constatação da presença de excludentes de responsabilidade, interrompê-lo.

Com relação aos excludentes de responsabilidade, ou melhor de nexa de causalidade, podem ser citados, segundo Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 234) “a) a culpa, exclusiva ou concorrente, da vítima; b) o fato de terceiro; c) o caso fortuito ou de força maior; d) legítima defesa e exercício regular de um direito; e) estado de necessidade; e f) a cláusula de não indenizar, no campo exclusivamente da responsabilidade contratual.”

Stolze e Pamplona (2021 p.54) apontam como causas excludentes “1. Estado de necessidade; 2. legítima defesa; 3. exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal; 4. caso fortuito e força maior; 5. culpa exclusiva da vítima; 6. fato de terceiro.” Já Tartuce (2022, p. 260) elenca “a) a culpa exclusiva ou o fato

exclusivo da vítima; b) a culpa exclusiva ou o fato exclusivo de terceiro; c) o caso fortuito e a força maior.” Aqui, a divergência entre o rol apresentado pelos doutrinadores deve-se ao fato de os dois primeiros elencarem as hipóteses previstas pelo artigo 188, do Código Civil que diz que:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Todavia, aqui não há uma divergência de entendimentos quanto ao fato destes interromperem a necessidade de indenizar.

Tartuce aponta (2022, p. 229) que o artigo 188 limitou a responsabilidade civil, excluindo a ilicitude nos casos por ele previstos, justificando, inclusive o porquê da não adoção da teoria da equivalência das condições. É o mesmo entendimento de Gustavo Tepedino (2021, p. 301) de que o artigo 188 é um excludente de ilicitude e não de responsabilidade. Assim, incidindo no caso concreto as hipóteses do artigo supracitado substitui-se a responsabilidade reparatória por um conceito diverso. Pontua-se os conceitos de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito são de amplo conhecimento e razoável compreensão, motivo pelo qual não serão analisados.

O caso fortuito e a força maior, trazidos de forma conjunta pelo artigo 393 do Código Civil¹², são conceituados, na verdade, de forma diversa, embora a doutrina encontre dificuldade para sua caracterização. Ressalta-se que, inclusive, há quem defenda a ausência de diferença substancial entre eles. Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 113), defende que

estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento **imprevisível** e, por isso, inevitável; se o evento for **irresistível**, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza (tempestades, enchentes, furacões etc.), estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. (grifos no original)

¹² Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Álvaro Villaça Azevedo (2019, p. 236), por sua vez indica que “Caso fortuito seria o acontecimento natural, sem intervenção da vontade humana, e força maior o fato do terceiro ou do credor, ambos inevitáveis, com completa impossibilidade do cumprimento obrigacional.”

Pode-se, então, que o caso fortuito e a força maior assemelham-se quanto a impossibilidade de evitar o resultado e, por isso, o legislador os elencou de forma conjunta.

Aqui, cabe ressaltar que existe a diferenciação entre fortuito interno e externo para a doutrina contemporânea, sendo que em alguns casos, o primeiro não é considerado para fins de exclusão denexo causal (relações de transporte e consumo) (CAVALIERI, 2021, p. 115). O fato exclusivo da vítima, e aqui utiliza-se fato e não culpa, uma vez que está se tratando denexo causal (CAVALIERI, 2021, p. 110), em síntese, se refere ao resultado danoso que é advindo exclusivamente da ação de quem o experimentou. Tartuce (2022, p. 261) indica que embora inexista previsão expressa do Código Civil

a culpa ou fato exclusivo da vítima exclui o nexode causalidade, pelo fato de que o evento danoso foi causado pura e simplesmente pelo próprio prejudicado. Em outras palavras, não há qualquer contribuição causal do suposto agente causador do dano.

O Código do Consumidor, por sua vez já previu expressamente a exclusão de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima. No ponto, Stolze & Pamplona (2021, p 58) e Azevedo (2019, p. 234) utilizam o exemplo de alguém que transitando por uma via, respeitando todas as regras de trânsito, é interceptado por outrem que visando cometer o suicídio se atire de maneira inadvertida e repentina em frente a seu veículo.

O fato exclusivo de terceiros, assim como o exclusivo da vítima interrompe o nexo causal ente o suposto agente causador e a vítima, todavia, através da comprovação de que o resultado se deu devido a ação ou omissão de terceiro. Em uma primeira leitura, a compreensão deste último excludente causal parece singela. Porém, será demonstrado de maneira breve que há alguns fatores que podem dificultar a análise em concreto. Primeiro, porque o fato deve advir exclusivamente do ato de um terceiro. Ressaltando-se que aqui não está se tratando de concorrência causal. Novamente, vale-se da assertiva explicação de Cavalieri (2021, p.112), que destaca, “...que o fato de terceiro só excluirá a responsabilidade quando for a causa

exclusiva do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do agente aparente e a vítima.”.

E segundo, porque em alguns casos previstos por lei o fato exclusivo de terceiros não rompe o nexos causal como é exemplificado por Tartuce (p.263), no casos do transportes de pessoas, previsto pelo artigo 735 do Código Civil de 2022 que “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”.

Com relação aos Excludentes de responsabilidade previstos pelo Código Civil, os mesmos serão abordados de maneira comparativa aos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor, a fim de analisar quais hipóteses existentes não são previstas por este último e também se estas devem/são aplicados subsidiariamente.

2.1.2.4.1 Concausas

Além dos casos supracitados em que a responsabilidade pode ser excluída, existem casos em que a mesma pode vir a ser flexibilizada, atenuada, mitigada e diminuída. Consoante citado anteriormente, para um mesmo dano pode ter ocorrido mais de um fato gerador do resultado: as concausas.

Stolze & Pamplona (2021, p. 52) ensinam que a expressão é utilizada para “...caracterizar o acontecimento que, anterior, concomitante ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal, acrescenta-se a este, em direção ao evento danoso.” Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 87) define as concausas como sendo “(...)condições que concorrem adequadamente para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano.” Flávio Tartuce (2022, p. 252) conclui, após apresentar a doutrina de Caitlin Sampaio Mulholland, que “(...)a concausalidade, há uma contribuição de condutas, em sentido coordenado ou não.”

Voltando a Stolze & Pamplona (2021), os autores destacam que o ponto chave no que tange as concausas é justamente verificar se a concausa em questão é suficiente para “(...)interromper ou não o processo naturalístico já iniciado, constituindo um novo nexos, caso em que o agente da primeira causa não poderia ser responsabilizado pela segunda.” (p. 52) E, se esse for caso, não importa se a concausa for *preexistente, concomitante ou superveniente*, se romperá o nexos causal.

Em relação às concausas anteriores ou preexites, há o entendimento doutrinário de que elas não eliminam a relação causal, conforme a utilização da teoria da causalidade aplicada, uma vez que já existiam mesmo antes da ação do causador (CAVALIERI, 2021, p. 98). Nesse sentido, é exemplificado pelo autor:

Assim, por exemplo, as condições pessoais de saúde da vítima, bem como as suas predisposições patológicas, embora agravantes do resultado, em nada diminuem a responsabilidade do agente. Será irrelevante, para tal fim, que de uma lesão leve resulte a morte por ser a vítima hemofílica;

As concausas concomitantes ou supervenientes, assim como as preexistentes, ainda segundo Cavalieri (2021), em geral não excluem a responsabilidade do agente causador. As supervenientes pelo fato de que ocorrem após o desencadeamento do nexa causal, e “(...)embora tenha concorrido para a morte da vítima, será irrelevante em relação ao agente, porque, por si só, não produziu o resultado, apenas o reforçou.” (p. 99). Ou seja, para que a concausa superveniente exclua o nexa causal, ela deve ser suficiente para ser causa direta de um novo dano. É necessário, portanto, que este segundo dano ocorra de forma independente, a fim de que não represente um mero desdobramento do primeiro.

Da mesma forma entendem Stolze & Pamplona (2021, p. 52), que exemplificam o caso de interrupção do nexa causal devido a concausa superveniente:

Imagine, por exemplo, a hipótese de um sujeito ser alvejado por um tiro, que o conduziria à morte, e, antes do seu passamento por esta causa, um violento terremoto matou-o. Por óbvio, esta causa superveniente, absolutamente independente em face do agente que deflagrou o tiro, rompeu o nexa causal.

Percebe-se que no caso, o resultado se deu devido ao abalo sísmico, e não devido ao ferimento causado pelo tiro. Noutro sentido, a demora no socorro do atingido mortalmente, não acarretaria na exclusão ou diminuição da responsabilidade do autor, uma vez que em nada alterou o resultado.

Em relação as causas concomitantes os fatos devem ser analisados da mesma forma, ou seja, é necessário verificar se a concausa por si só causaria o dano. Para exemplificar, Cavalieri (2021, p. 99) refere-se ao caso de uma parturiente que teve a ruptura de um aneurisma cerebral, durante a realização do parto normal, indo, por consequência, a óbito. A ação julgada procedente, foi revista pela 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em apelação da nossa relatoria. A justificativa, por oportuno, segue *in verbis*:

Com efeito, aneurisma cerebral é um edema ou hematoma no cérebro, que não guarda nenhuma relação com o parto. Pode ser de origem congênita ou decorrente da dilatação de uma artéria, completamente imprevisível e indetectável nos exames do pré-natal. É quadro fisiológico independente da gravidez. Assim, a ruptura do edema, que acarreta, muitas vezes, a morte quase imediata da vítima, não obstante concomitante ao parto, foi causa absolutamente independente, que, por si só, ensejou o evento; foi a causa mortis adequada, imediata e exclusiva, não imputável aos médicos que realizaram o parto, pelo que não era admissível responsabilizar a maternidade, mesmo tratando-se de responsabilidade objetiva. Não fosse a fatídica ruptura do insustentável aneurisma cerebral, repita-se, a parturiente nada teria sofrido de anormal.

Com relação às concausas concomitantes, cita-se, também, Celso Tepedino (2021, p. 95):

Diante de múltiplas causas concomitantes, ao juiz caberá: i) identificar qual dessas causas é preponderante, de modo a excluir as demais; e ii) quando mais de uma causa tiver relevância decisiva para a produção do resultado, ou quando se mostrar impossível a determinação de qual delas foi verdadeiramente preponderante, repartir o dever de indenizar, ocorrendo então o que se convencionou denominar *culpa concorrente*.

Chega-se, portanto, a situação de estudo do presente trabalho, a culpa concorrente (concorrência de causas) que será aprofundada em tópico próprio.

3. A CULPA CONCORRENTE E A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Com o entendimento da evolução da responsabilidade civil para a atualmente aplicada no ordenamento civil, se faz necessário examinar a culpa concorrente, a responsabilidade civil objetiva, traçar uma evolução do direito nas relações consumeristas. Isso feito, chega-se ao objeto do trabalho: verificar como a doutrina entende a possibilidade de incidência da culpa concorrente nas relações de consumo.

3.1 Culpa Concorrente ou Concorrência Causal e a sua previsão legal

Conforme exposto acima, da análise do caso concreto, pode se demonstrar impossível a determinação da preponderância das concausas para o resultado final, situação em que deve ser repartido o dever de indenizar.

Impende mencionar, a concorrência causal pode ocorrer entre o agente causador e a vítima, entre o agente causador e terceiro, e também entre o agente

causador e caso fortuito ou força maior. No caso de concorrência entre caso fortuito e o responsável, Tartuce (2022, p. 258) exemplifica através da hipótese de:

(...) dano ambiental provocado pela inundação de um lago, por chuvas torrenciais, em que há uma atividade extrativista com uso de mercúrio. Logicamente, o dano foi acrescido quanto ao potencial pela atividade poluidora desenvolvida pelo proprietário do terreno.

Quanto a responsabilidade compartilhada pelo agente e terceiro, o artigo 942 do Código Civil determina que a responsabilidade entre os envolvidos será solidária, podendo assim a vítima buscar a reparação integral diante de qualquer dos causadores. Carlos Roberto Gonçalves (2022 p. 423) ressalta que “O que pagar terá ação regressiva contra o que concorreu para o evento, para cobrar dele sua quota-parte.”.

A concorrência entre vítima e autor é tutelada pelo Código Civil de 2002 através do seu artigo 945:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Da leitura do referido artigo se entende que para mitigar *quantum debeat*, a análise do caso concreto deve ser feita na esfera do elemento da culpa. Contudo, assim como nos casos de culpa exclusiva da vítima e de terceiros, a análise incide no campo da causalidade. Tanto que Cavalieri (2021, p. 80) faz menção a este entendimento por parte da doutrina atual:

A doutrina atual tem preferido falar, em lugar de concorrência de culpas, em concorrência de causas ou de responsabilidade, porque a questão, como teremos oportunidade de ver (item 13.4), é mais de concorrência de causa do que de culpa.

Para caracterização da concorrência causal é necessário que o resultado só advenha em termos de grau de importância e intensidade devido a contribuição da atuação auxiliar da vítima (CAVALIERI, 2021, p. 81).

Aqui se vale de um exemplo trazido por Cavalieri (2021, p. 81): o caso do navio Japeri, em que um trabalhador faleceu ao adentrar em um tanque que continha gás inerte. Havia a necessidade de, primeiramente, realizar uma ventilação do espaço para a sua oxigenação e, a fim de garantir a maior segurança possível do trabalhador, medir o percentual de oxigênio no ambiente, para só então realizar-se a inspeção.

Porém, supõe-se que o trabalhador, por um equívoco, não efetuou o procedimento de esvaziar o equipamento que continha o ar de uma medição prévia, o que resultou em uma leitura incorreta. Devido a este fato, considerou que o ambiente estaria próprio para o ingresso. Ao entrar, o trabalhador veio a óbito por insuficiência de oxigênio. A esposa do falecido ingressou com ação indenizatória contra a empresa, que em primeiro grau foi julgada improcedente, pelo entendimento de fato exclusivo da vítima. A decisão foi reformada parcialmente em grau de apelação, pela “A 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Ap. 7.094/95,” pelo fato de que os colegas de trabalho que estavam junto à vítima informaram que não puderam socorrê-lo devido à ausência de equipamentos de segurança necessários. Com efeito, restou reconhecida a culpa concorrente da empresa-ré.

Cumpra lembrar que o fato pode advir de uma ação ou omissão, sendo que neste último caso ocorreu a responsabilidade da empresa ré devido a omissão de seu dever de fornecer, em locais adequados, equipamentos de segurança que possibilitassem o seu acesso imediato em caso emergencial. Note-se, pois, que através do exemplo resta clara a concorrência de causas, uma vez que ao subtrair um dos fatos da equação não se chegará ao mesmo resultado. As duas causas são diretamente responsáveis.

Quanto a forma de dimensionamento de cada parte, após o reconhecimento da concorrência causal, a doutrina predominante entende que os prejuízos devem ser suportados de maneira proporcional a contribuição de cada uma das partes. É o que sustentam Stolze & Pamplona (2021, p. 52), Cavalieri (2021, p. 81), Azevedo (2019, p. 234) e Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 423).

De outro lado, entendendo que evidenciada a culpa concorrente deve ser dividida de forma igualitária o prejuízo, Rui Stoco (2014, p. 97) aponta os doutrinadores Cunha Gonçalves, Washington de Barros Monteiro, João Casílio, como defensores de que, constatada a concorrência de causas, a partilha dos prejuízos deve se dar de maneira igualitária. Contudo, Stoco (2014, p. 99) defende que o decaimento das partes deve ser realizado de maneira proporcional. Com efeito, na segunda parte deste trabalho será realizada uma análise jurisprudencial sobre a questão.

Outro ponto que Cavalieri (2021 p. 81) destaca como controverso diz respeito à possibilidade de aplicar a concorrência de causas nas hipóteses em que a responsabilidade civil está fundada no risco, em especial nas relações de consumo e

na responsabilidade civil do Estado. Desta forma, o assunto será analisado de maneira aprofundada no tópico “Culpa Concorrente ou Concorrência Causal no Direito do Consumidor”

3.2 A responsabilidade civil objetiva

Retoma-se de maneira breve o conceito histórico, através da definição de Gustavo Tepedino (2021, p.129) que, de maneira sucinta, remete ao período de superação da necessidade de prova de culpa:

Como se observou no Capítulo I, com o intuito de proteção das vítimas de acidentes, iniciou-se, no século XIX, processo de superação da necessidade de prova da culpa. Esse gradual percurso histórico iniciou-se com a previsão de diversas hipóteses de presunção, até o desenvolvimento de sistema de responsabilidade baseado na teoria do risco, segundo a qual quem exerce determinadas atividades deve ser responsável também pelos seus riscos, independentemente do seu comportamento pessoal.

Com efeito, a responsabilidade Civil objetiva ou responsabilidade pelo risco, conforme já pincelado nos tópicos anteriores, consiste na responsabilização que independe da presença do elemento da culpa, sendo bastante para sua caracterização e conseqüente dever reparatorio a demonstração dos pressupostos: ato/conduta humana, dano e nexos causal.

Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 189) diz que “Não seria errado dizer que tudo aquilo que longamente examinamos constitui uma verdadeira teoria geral da responsabilidade civil. Importa, isso, admitir que também na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexos causal.”

Gustavo Tepedino, sobre os elementos caracterizadores aponta “(i) a atividade deflagradora do dano; (ii) o dano e (iii) o nexos causal entre este e a referida atividade...” (2021, p. 129). Ou seja, excetuando-se o elemento da culpa que pode existir ou não, sendo apenas irrelevante pra questão, os demais devem estar presentes para que seja evidenciada a responsabilização.

Sérgio Cavalieri Filho (2021, p.227), a respeito da doutrina do risco, resume:

(...) todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

Conforme explanado alhures, as novas atividades laborais advindas dos avanços tecnológicos da revolução industrial demonstraram a insuficiência da responsabilidade civil baseada na culpa que era a aplicada na época. Da mesma forma, será visto adiante que a massificação da produção, oriunda deste mesmo salto evolutivo na produção, evidenciou a necessidade de tutelar os direitos do consumidor nas relações de consumo. Portanto, devido às invenções e inovações outrora jamais imaginadas, o direito vigente à época demonstrou-se insuficiente para reger no caso concreto. Inicialmente, casos de acidentes de trabalho comprovar a culpa do empregador era, muitas vezes, difícil e até impossível¹³.

Sendo assim, ocorreram diversos marcos evolutivos já citados, como a facilitação da demonstração da culpa, posteriormente passando-se a culpa presumida, além de outros já trazidos, culminando com a responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco. Mas, afinal, o que é a teoria do risco, quando a atividade é suficiente para, por si só, gerar o dever de indenizar?

Ao discorrer sobre o que seria o risco, Tartuce (2011, p. 119), após analisar o significado etimológico e jurídico conclui que no risco

(...) há um sentido menor do que o perigo, uma vez que no primeiro há apenas uma probabilidade de este último acontecer. Em síntese, pode-se afirmar que arriscado é um conceito menor do que perigoso, mas é maior do que a situação de normalidade. Assim, em regra, andar com diligência está na normalidade, andar sem cuidado é arriscado e correr sem a devida atenção é perigoso. Diz-se “em regra”, pois andar em um local violento é mais arriscado do que correr em um local calmo. A calma é a normalidade, ou seja, quando se espera que as circunstâncias não se alterem.

Algumas “subteorias” do risco foram criadas. Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 227) destaca as “...teorias do *risco-proveito*, do *risco profissional* do *risco excepcional*, do *risco criado* e a do *risco integral*”. A teoria do risco proveito, para o autor, é aquela em que deve ser responsabilizado aquele que obtém vantagem do resultado danoso

¹³ Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil. Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicaram-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido há centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas ou seus familiares? (Sérgio Cavalieri Filho p. 190 Programa de Responsabilidade Civil)

(p. 22). Para ele, o problema reside na dificuldade de definir o que é proveito. Além do mais, existe a necessidade de provar o proveito, o que seria de difícil demonstração. O risco profissional define que o dano é sempre advindo da atividade ou profissão do lesado. Tal teoria foi criada com intuito de possibilitar a reparação nos acidentes de trabalho mesmo sem culpa do empregador.

Já na teoria do risco excepcional, para haver o dever de reparar, o dano deve ser oriundo de um risco extraordinário em relação as atividades comumente desenvolvidas pela vítima. Exemplificando, Cavalieri (2021, p.228) cita “os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc.”. Quanto ao risco criado, o autor remete o conceito a Caio Mário. O autor Caio Mário da Silva Pereira explica que “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo” (2022, p. 33)”. Ou seja, quando se inicia uma atividade, e esta venha a gerar danos a alguém, o agente deve ser responsabilizado civilmente, baseando-se somente ao fato danoso. A diferença apontada entre esta teoria e o risco proveito reside no fato de que esta não é atrelada ao benefício obtido pelo agente causador.

Por último, a teoria do risco integral é referida por Cavalieri como extrema doutrina do risco (2021, p. 229), na qual é prescindível a existência denexo causal ou que este se demonstre tênue. Nessa teoria, aquele que cria o risco deve indenizar, mesmo que a atividade por ele realizada não seja diretamente a causa para o resultado, mesmo que reste evidenciado no caso que o resultado só se deu devido a caso fortuito ou força maior – considerados excludentes de responsabilidade, haja vista seu caráter inevitável.

Assim, no risco integral, conforme exemplificado pelo autor, gera-se o dever de indenizar mesmo que (p.229):

Um navio transportando petróleo, por exemplo, sofre avarias em decorrência de forte tempestade e faz derramamento de óleo no mar; terremoto, seguido de ondas gigantes (tsunami), que invadem usina nuclear e causam dano nuclear e ambiental. Embora a causa direta desses eventos tenha sido a força maior (fenômenos irresistíveis da natureza), o navio transportando petróleo foi a ocasião porque sem ele a tempestade não teria causado nenhum dano. De igual modo, se não existisse a usina nuclear, o terremoto e o tsunami não teriam causado um acidente nuclear. Nesses e outros casos, a força maior, isoladamente considerada, não seria suficiente para causar o resultado lesivo, o que evidencia que o exercício da atividade de risco foi pelo menos a ocasião.

Nessa teoria, portanto, basta que a atividade seja ocasião para o acidente.

O Código Civil de 2002 adota, de maneira expressa a responsabilidade civil objetiva, em seu artigo 927, parágrafo único, que já foi citado anteriormente, porém para melhor visualização é replicado abaixo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No ponto, resta claro da leitura do parágrafo único, a responsabilidade objetiva nos casos especificados em lei. Todavia, no que tange a continuidade do texto, a doutrina apresenta algumas divergências quanto a intenção do legislador.

Gustavo Tepedino (2021 p. 134) indo ao encontro da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, defende a teoria que melhor abrange o que o legislador dispôs no artigo 927 foi a teoria do risco criado, uma vez que:

Àquele que, com sua atividade, cria risco elevado de dano, atribui-se o ônus de arcar com os prejuízos por ela causados. Obriga-se, assim, o agente a internalizar o custo em sua atividade, evitando-se que a vítima suporte, sozinha, o dano por ele causado, em homenagem ao princípio da solidariedade social.

Em consonância ao entendimento de Tepedino, Sérgio Cavalieri Filho (2021 p.230) afirma de maneira categórica “De uma coisa não se tem dúvida: aqui foi adotada a teoria do risco criado, da qual o mestre Caio Mário é o maior defensor.”

Flávio Tartuce, por sua vez, discorda do entendimento de Caio Mário defendendo que (2022, p. 404.) “melhor tese parece ser aquela que aponta a existência de um risco excepcional ou extraordinário, acima da situação corriqueira de normalidade.” Complementando em seguida que “na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em 2002, a comissão de obrigações aprovou o Enunciado n. 38...”. Segue o Enunciado, *in verbis*

“a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

O autor exemplifica

Exemplificando, nos grandes centros, sobretudo na cidade de São Paulo, todos esses parâmetros apontam para o fato de que a atividade desempenhada por um motoboy é arriscada ou, mais do que isso, perigosa. Assim, a construção constante do enunciado doutrinário é interessante e se justifica porque analisa o conceito de responsabilidade civil de acordo com a coletividade, ou seja, segundo a ideia de função social, da finalidade do instituto perante o meio que o cerca.

Há ainda doutrinadores que trabalham com a ideia da adoção do risco proveito. Stolze & Pamplona (2021, p. 69) defendem que “(...)o exercício dessa atividade de risco pressupõe ainda a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito)...” e prosseguem “Raciocínio contrário, data venia, seria a consagração do absurdo, pois estaria se dando exegese elástica à norma sob comento.”. Respeitados os entendimentos em contrário, particularmente entende-se que, no ponto, o legislador adotou a teoria do risco criado. Vera Regina Martins, ao estudar especificamente tal controvérsia em seu trabalho de conclusão de Curso na Especialização em Direito Civil Aplicado, apresentado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e denominado *A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva no Parágrafo Único do art. 927 do Código Civil: Limitação da Aplicação* concluiu no mesmo sentido¹⁴. De qualquer sorte, para o objeto do presente estudo, qual seja a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, resta inserida nas hipóteses previstas em Lei.

No ponto, Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 271) alerta para o fato de que “que o campo de incidência do parágrafo único do art. 927 do Código Civil encontra limites nas normas especiais que já existiam e que foram expressamente ressalvadas...”. Com efeito, prossegue o autor, indicando que existe um concurso normativo que deve ser analisado e aplicado da melhor forma ao caso concreto, respeitados os princípios que regem a matéria “hierarquia, especialidade, anterioridade”. Deve ser feito, portanto, um *diálogo de normas*.

¹⁴ Optou o legislador, no Código Civil de 2022, ao estabelecer a responsabilidade objetiva fundada no risco da atividade, por cláusulas abertas, propositadamente, indefinidas e abrangentes, onde em cada hipótese concreta o julgador completará as lacunas da norma com princípios, usos de costumes de cada lugar, adequando-a às exigências atuais e futuras da sociedade (MARTINS-COSTA; BRACO, 2022)

Além do Código do Consumidor, que será analisado em tópico próprio, podem ser citadas as normas especiais em relação ao transportador (art.37,6º da CF), em relação aos danos ambientais (art.14, §1º da Lei 6.938/1981) e em relação aos atos contra a administração pública (Lei nº12846 de 2013.) (TARTUCE, 2021, p. 401).

3.3 A Evolução do Direito do Consumidor

Devido à evolução industrial, tecnológica, científica e social, mudanças no ordenamento jurídico em diversos setores se fizeram necessárias, a fim de tutelar as novas interações humanas e jurídicas que foram criadas ou então substancialmente modificadas. Assim ocorreu com as alterações na responsabilidade subjetiva, já abarcadas acima, até chegar-se à responsabilidade objetiva.

Sylvio Capanema de Souza, (2018, p. 04) ressalta dois fatores para a mudança do cenário outrora existente, com a predominância da liberdade das partes e a prevalência de um Estado Liberal sobre um Estado intervencionista:

O primeiro, foi o explosivo e preocupante crescimento demográfico, a tal ponto que levou o Abade Malthus a vaticinar a extinção da humanidade pela fome, ao final de quatro gerações, já que a terra não mais conseguiria produzir alimentos para todos.

O segundo, foi a revolução industrial, com a introdução da máquina no processo de produção.

Para atender a uma demanda cada vez mais intensa, foi preciso massificar também a produção, antes quase sempre exercida artesanalmente, ou por um pequeno número de pessoas.

As *linhas de produção* foram surgindo, despejando nos mercados uma quantidade muito maior de produtos.

Com linhas de produção sendo criadas, houve um aumento na necessidade de mão-de-obra para suprir a demanda consumerista que foi sendo empregada na sociedade.

Em que pese esse aumento na oferta de empregos, o primeiro ponto destacado pelo autor, qual seja, o crescimento demográfico associado a inexistência de regras quanto às relações trabalhistas, acabou por gerar trabalho em condições precárias com cargas horárias abusivas e sem segurança. Com efeito, Bruno Miragem (2020, p. 26) destaca que tais alterações ensejaram reconhecimento de novos direitos:

A este respeito, o reconhecimento de direitos subjetivos distintos atendeu a diferentes etapas, começando pela tutela de situações específicas – como a proteção do direito dos trabalhadores e o estabelecimento de uma disciplina jurídica própria do direito do trabalho. O último passo desta trajetória está na concepção de direitos difusos ou coletivos, onde a determinação dos titulares do direito é relativa, e seus efeitos dizem respeito a todo um grupo ou à coletividade. Neste sentido refere Iain Ramsay, ao lembrar as origens do direito do consumidor, de que a organização de grupos de consumidores, a partir de seus interesses específicos, foi a base do consumerismo, e que no ambiente de múltiplas tendências nas quais se destacavam também os ambientalistas e os movimentos urbanos, dão origem ao direito do consumidor.

No ponto, Cavalieri (2022, p. 17), ao destacar as mudanças no ordenamento jurídico, menciona o século XX como sendo “(...)o século dos novos direitos. Do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos – direito ambiental, biodireito, direito espacial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros mais”. Deste trecho, extrai-se que tais *ramos* vieram para especificar a legislação de áreas que se desenvolviam de maneira a não estarem mais protegidas pelo Direito Civil geral.

Haja vista o exacerbado aumento do consumo, rapidamente denotou-se que era necessário tutelar as relações entre o fornecedor e consumidor, pois o consumidor era hipossuficiente. Isso porque, conforme ensina a doutrina de Sylvio Capanema de Souza, “o risco do consumo recaía quase integralmente sobre os ombros do consumidor, que acabava suportando o dano, porque não lograva provar a culpa do fornecedor, ou a existência do vício do produto.” (2018, p. 5).

Historicamente, Cavalieri (2022, p.20) cita os primeiros movimentos em prol do consumidor que insurgiram nos países que vivenciavam desenvolvimento industrial, principalmente nos Estados Unidos, como em Nova York, onde criou-se uma associação de consumidores (New York Consumers League). Posteriormente, conforme o autor, em 1899 no mesmo país houve uma unificação das associações de diversas cidades, criando assim uma Liga Nacional dos Consumidores. O autor cita que, em 1906 e 1907, o presidente Roosevelt, influenciado pelo livro *The Jungle*, (UPTON SINCLAIR, 1906), sancionou as “primeiras leis de alimentação e medicamentos (a *Pure Food and Drug Act* – PFDA), em 1906, e da lei de inspeção da carne (a *Meat Inspection Act*), em 1907.”

Todavia, o grande salto em relação ao direito do consumidor ocorreu, segundo a doutrina, somente em 1960, durante a presidência de John Kennedy. Capanema de

Souza (2018, p. 5)¹⁵, Miragem¹⁶(2019, p. 26), e Cavalieri¹⁷(2022, p. 20) ressaltam a importância da Mensagem do Presidente ao Congresso sobre a Proteção dos interesses dos consumidores como primeiro marco importante sobre o tema. Tal mensagem reconheceu os consumidores como um grupo de maior relevância econômica, devendo, pois garantir-se ao grupo os direitos a “à saúde, à segurança, à informação, à escolha e a *serem ouvidos*” (CAVALIERI, 2022, p. 21).

A relevância desta mensagem é tamanha que a data em que esta foi enviada, 15 de março de 1960, foi reconhecida mundialmente como o Dia Mundial dos Direitos dos Consumidores. A partir de então podem ser citados diversos marcos importantes para a evolução do direito do consumidor. No ponto, pede-se licença para citar Miragem (2019), que sintetiza os eventos ao longo da história e as suas contribuições evolutivas para a matéria (p. 26-27):

Em 1972 realizou-se, em Estocolmo, a Conferência Mundial do Consumidor. No ano seguinte, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem deliberou que o Ser Humano, considerado enquanto consumidor deveria gozar de quatro direitos fundamentais (os mesmos enunciados por Kennedy, anos antes): o direito à segurança; o direito à informação sobre produtos, serviços e suas condições de venda; o direito à escolha de bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o direito de ser ouvido nos processos de decisão governamental. Neste mesmo ano, a Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia aprovou a Resolução 543, que deu origem à Carta Europeia de Proteção ao Consumidor. Daí por diante, um número crescente de países deu início a elaboração e promulgação de leis com a finalidade de proteção aos direitos do consumidor. A lei espanhola, por exemplo, que é de 1984, regulamentou o artigo 51, da Constituição de 1978 daquele país, o qual estabelece aos poderes públicos que garantam a defesa dos consumidores.

Já em 1985, a Organização das Nações Unidas, por intermédio da Resolução 39/248, de 16 de abril, estabeleceu não apenas a necessidade de proteção dos consumidores em face do desequilíbrio das suas relações com os fornecedores, como também regulou extensamente a matéria para garantir, dentre outros, os seguintes objetivos: “a) a proteção dos consumidores frente aos riscos para sua saúde e segurança; b) a promoção e proteção dos

¹⁵ Coube a louvável iniciativa ao Presidente Kennedy, em sua inesquecível Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre a Proteção dos Interesses dos Consumidores, de 15 de março de 1962, na qual afirmou que os consumidores constituíam o mais importante grupo econômico e o único não efetivamente organizado, enunciando, a seguir, e de maneira sintética, os seus direitos básicos, que dizem respeito à saúde, à segurança, à informação, à escolha e a serem ouvidos.

¹⁶ As origens da preocupação com os direitos dos consumidores são tradicionalmente indicadas ao conhecido discurso, nos Estados Unidos, do Presidente John Kennedy no Congresso norte-americano, em 1962, que, ao enunciar a necessidade de proteção do consumidor, referiu como direitos básicos o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito a ser ouvido. A partir de então diversas leis foram aprovadas nos Estados Unidos, ainda nos anos 60, contendo normas de proteção dos consumidores norte-americanos.

¹⁷ Mas somente na década de 1960 é que o consumidor, realmente, começou a ser reconhecido como sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado. Tem sido apontado como marco inicial desse novo direito a mensagem do Presidente Kennedy.

interesses econômicos dos consumidores; c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual; d) a educação do consumidor; incluída a educação sobre a repercussão ambiental, social e econômica que têm as eleições do consumidor; e) a possibilidade de compensação efetiva ao consumidor; f) a liberdade de constituir grupos ou outras organizações pertinentes de consumidores e a oportunidade para essas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de decisões que as afetem; g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo". Para tanto, há a conclamação dos países-membros da Organização, para prover e manter infraestrutura para adequada proteção dos direitos dos consumidores, assim como editar normas visando regular principalmente os seguintes temas: segurança física do consumidor; promoção e proteção dos interesses econômicos do consumidor; padrões de segurança e qualidade dos bens e serviços oferecidos ao consumidor; meios de distribuição de bens e serviços essenciais; regras para obtenção de ressarcimento pelo consumidor; programas de informação e educação do consumidor, e normas de proteção em setores específicos como de alimentos, água e medicamentos.

No Brasil, em 11 de setembro de 1990 foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, porém, os movimentos evolutivos para tal iniciaram-se algumas décadas antes. Capanema de Souza (2018) relata a lenta e demorada evolução do direito do consumidor, justificando:

A uma, porque aqui, ao contrário do que sucedeu na Europa e nos Estados Unidos, a industrialização só se iniciou, efetivamente, bem mais tarde, a partir da Revolução de 1930.

A duas, porque o nosso primeiro Código Civil, de 1916, refletia o ideário contratualista liberal clássico do século XIX, e por isto fortalecia, rigidamente, os seus princípios fundamentais da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos. (p. 6).

Isso posto, o direito civil brasileiro sofreu atrasos no que tange a evolução do direito civil mundial. Porém, com a constituição de 1988, aponta Capanema de Souza, “a sociedade brasileira acordou da longa letargia e revelou os novos valores fundamentais que passaram a inspirá-la”. (2018, p. 07)

Humberto Teodoro Júnior (2021, p. 03) diz que

A criação do Direito do Consumidor como uma disciplina autônoma tornou-se necessária, em razão da evidente superioridade do fornecedor frente ao consumidor em suas relações contratuais. Se é certo que a sociedade de consumo trouxe benefícios, “em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar”, na medida em que “agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e, por isso mesmo, ‘dita as regras’”.

Tendo em vista que o mercado não consegue, por si mesmo, superar esse desequilíbrio, tornou-se imprescindível a intervenção estatal, consubstanciada na edição de um Código de Defesa do Consumidor. Assim, a legislação deve abarcar todas as facetas do mercado, a fim de se lograr

uma proteção integral, de modo que regule “*todos* os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros *instrumentos fundamentais* para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing*”

e prossegue definindo que “(...) o legislador inspirou-se em legislações estrangeiras, especialmente no Projeto de Código do Consumo Francês, bem como nas leis gerais da Espanha, de Portugal e do México e nas Diretivas do Direito comunitário europeu.” (p. 04).

Enfim, o direito do consumidor brasileiro, com base no direito estrangeiro, positivou a ideia da vulnerabilidade como sendo o precípua validador das relações de consumo. A partir de então, o código do consumidor brasileiro passou a lidar com a teoria da hipossuficiência ou vulnerabilidade, “seja porque, na maioria das vezes, não possui conhecimentos técnicos e específicos acerca dos bens colocados à sua disposição” (THEODORO JR, 2021, p. 27).

A doutrina aponta a importância do Código do Consumidor como sendo uma lei principiológica. Isso se deve ao fato da Lei consumerista não tratar, segundo Cláudia Lima Marquês (2020, p. 26) de contratos entre consumidor e fornecedor em especial ou de atos ilícitos, mas sim porque “estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos estes contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo.”

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor teve uma influência muito grande nas alterações doutrinárias e jurisprudenciais no direito brasileiro em geral. Em seu *Programa de direito do Consumidor* (2022, p. 58), Sérgio Cavalieri Filho define o Código do Consumidor como a “lei mais revolucionária do século XX”, devido as inovações apresentadas ao nosso ordenamento jurídico. Além do mais, prossegue o autor atentando para a eficiência educativa e transformadora do CDC.

Stolze & Pamplona (2021, p. 115) da mesma forma definem o CDC como “o mais importante e significativo diploma legal dos últimos tempos”, o que o fazem devido aos institutos jurídicos avançados previstos no Código, mas principalmente, devido a mudança ideológica do legislador, adotando uma defesa da parte hipossuficiente nas relações de consumo.

Com Relação princípios são destacados pela doutrina, Souza (2018) os explica em seu *Capítulo 2 – Princípios do Direito do Consumidor*. Conforme o autor, o Código do Consumidor apresentou como balizadores, os princípios da preservação da

dignidade da pessoa humana (p. 13), o já citado princípio da vulnerabilidade do consumidor (p. 13), o princípio da boa-fé (p.16), o princípio da transparência (p.17) o princípio da informação (p.18), o princípio da confiança (p. 19) e o princípio da equidade (p. 20). O autor ainda ressalta que “Certamente, não são os únicos, autorizando o juiz a se valer de outros valores, na missão de julgar, com olhos sempre postos no objetivo de igualar as partes, restabelecendo os ideais da justiça”.

Cláudia Lima Marquês (2020, p. 26), por sua vez ao discorrer sobre os princípios embaixadores do Código do Consumidor, diz que este “...perseguindo ideais de harmonia, transparência e segurança, o sistema do CDC estipula como princípios orientadores (criadores e limitadores) a boa-fé objetiva e o equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º, III, *in fine*, do CDC).”

Theodoro Junior (2021, p. 23) refere que o CDC elaborou uma “Política Nacional das Relações de consumo, na qual, o objetivo é garantir “dignidade; saúde e segurança; proteção de seus interesses econômicos; melhoria da sua qualidade de vida; transparência e harmonia das relações de consumo.”

De todo o exposto pela doutrina estudada, resta claro que na confecção do Código do Consumidor o legislador procurou com base nos princípios constitucionais e legais garantir, da melhor forma possível, uma paridade de armas nas relações entre consumidor e fornecedor. Este entendimento é indispensável para o objeto do presente trabalho, uma vez que, justifica o posicionamento do legislador ao adotar responsabilização civil fundada no risco nas relações consumeristas.

3.4 A responsabilidade Civil Objetiva nas relações de consumo

Efetuada as definições e classificações dos conceitos necessários, passa-se ao estudo de como o legislador disciplinou as relações de consumo quanto à responsabilidade civil. Em tais conceituações, o presente trabalho já adiantou que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) adotou a responsabilidade objetiva quanto ao fornecedor.

Nesse mesmo sentido, ficou demonstrada a importância do Código de Defesa do Consumidor para o ordenamento jurídico brasileiro, especificamente sobre o tema, bem como os princípios balizadores da Lei 8.078/90. E são estes que justificam a adoção da responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo.

Isso porque, anteriormente ao advento do referido Código, as relações de consumo eram permeadas por uma grande insegurança jurídica, Sérgio Cavalieri Filho inclusive utiliza o termo *aventura de consumo*. A vulnerabilidade era incontestável. Para o consumidor, era extremamente difícil quiçá impossível buscar a reparação de um dano decorrente de uma relação de consumo¹⁸.

Com efeito, a norma consumerista preocupou-se em modificar este cenário, trazendo três pontos que foram extremamente importantes, segundo Cavalieri (2021, p. 559):

1. Ação direta do consumidor prejudicado contra o fornecedor de produto ou de serviço, afastado nessa área o mecanismo da responsabilidade indireta.
2. Superação da dicotomia – responsabilidade contratual e extracontratual. O fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual, ou o fato ilícito, para se materializar na relação jurídica de consumo, contratual ou não.
3. Responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos e de serviços, vinculado que está a um dever de segurança.

Portanto, o CDC eliminou as dificuldades previamente existentes na busca da reparação pelos danos sofridos, regulando de maneira específica a responsabilidade consumerista. O legislador, atento as insuficiências normativas supracitadas, atuou para elidi-las.

Quanto a teoria do risco Tartuce (2022, p. 461) entende que a adotada pelo CDC, de maneira expressa, foi a teoria do risco-proveito, que é aquela, segundo o autor, em que “...aquele que expõe ao risco outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento.”.

¹⁸ Para melhor compreensão, vale-se do exemplo trazido por Sérgio Cavalieri Filho. Percebe-se a impossibilidade de buscar a reparação do dano sofrido, seja porque, não havia como comprovar a culpa do comerciante, seja porque inexistia relação contratual direta com o produtor do produto. “Tomemos como exemplo o caso de uma senhora que, ao abrir uma garrafa de determinado refrigerante, para servir seus dois filhinhos, a tampa explodiu com tal violência que deixou aquela senhora cega de uma vista.¹ À luz da responsabilidade tradicional, quem seria o causador do dano? A quem aquela senhora poderia responsabilizar? A garrafa que não seria, porque a coisa não responde por coisa alguma. Poderia responsabilizar o vendedor do refrigerante, o supermercado, digamos? De acordo com a responsabilidade tradicional este haveria de se defender com a máxima facilidade, alegando que não teve culpa, pois limitou-se a vender o refrigerante tal como o recebeu do fabricante – fechado, embalado, lacrado –, sem qualquer participação no processo de fabricação. Poderia a vítima responsabilizar o fabricante? Também este, de acordo com o direito tradicional, haveria de afastar qualquer responsabilidade de sua parte dizendo que nada vendeu para a vítima, que não havia nenhuma relação contratual entre eles, e que só responde pelo fato da coisa enquanto ela estiver sob a sua guarda, comando ou direção, jamais depois que saiu de sua fábrica. Essa é a própria essência da teoria da guarda. Como se vê, aquela senhora, pelo sistema tradicional de responsabilidade, estaria ao desamparo, não obstante agredida violentamente no recesso do seu lar.” (CAVALIERI, 2021, p. 557)

Cavaliere (2022, p. 560), por sua vez, indica que o Código de Defesa do Consumidor “...esposou a *teoria do risco do empreendimento (ou da atividade empresarial)*”. Para o autor nesta teoria:

(...)todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Em que pese a denominação diversa trazida pelos autores, denota-se que a teoria do risco tutelou as relações empresariais, as quais visam o proveito econômico. Logo, na essência, as definições podem ser ditas análogas. No ponto, destaca-se que o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor define:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nota-se que o serviço gratuito, assistencial ou voluntário, que não vise qualquer ganho financeiro não é considerado como relação de consumo. Da mesma forma ocorre das relações trabalhistas.

Cita-se por oportuno, que o art. 2º define como “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”. O parágrafo único do mesmo artigo traz que a coletividade de pessoas, equipara-se ao consumidor, se envolvida em relações de consumo

No que tange a responsabilidade civil especificamente, o Código do Consumidor apresenta duas seções sobre o tema. A primeira (Seção II) versa sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, prevista pelos artigos 12 a 17. A segunda (seção III), trata da responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Esta divisão tem como intuito diferenciar a incidência do problema. No vício, o problema é decorrente dos limites do produto ou serviço, ou seja, são prejuízos intrínsecos. No fato, os prejuízos extrapolam os limites deste produto ou serviço, sendo, pois, prejuízos extrínsecos, tais como danos materiais morais ou estéticos (TARTUCE, 2022, p 469).

Cavaliere (2021, p. 563) o define como o defeito que é “tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor”. Já quanto ao vício é “um defeito menos grave, circunscrito no produto ou serviço em si.”

A denominação que a doutrina atribui para o fato do produto é acidente de produto. Isso facilita a compreensão. Se um celular recém adquirido apresentar problemas em sua bateria, de modo que esta não carregue, estaremos diante de um vício do produto. Agora, se o defeito da bateria seja tamanho, que leve o celular a explodir, causando danos ao consumidor, estaremos diante do fato do produto.

O artigo 12 que define a responsabilização o fato do produto e o artigo 14 que trata da responsabilidade por fato de serviços trazem expressamente que estes responderão independente de culpa. Todavia, para sua caracterização deve sempre existir um defeito.

O artigo 13, dispõe que nos casos em que não seja possível identificar o fabricante, o construtor, o produtor, ou o importador, (inciso I), ou quando a identificação destes não for clara (inciso II), e ainda, quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis este poderá ser igualmente responsabilizado. A doutrina majoritária entende que esta responsabilidade do comerciante é subsidiária conforme traz à baila Tartuce (2022, p. 471). Nos casos previstos pelo artigo 13 do Código consumerista, Stolze & Pamplona (2021, p. 118) informam que a parte que cumpriu a obrigação poderá “ajuizar ação de regresso contra aquele que considerar culpado...”.

Já o artigo 18 do CDC discorre sobre a responsabilidade solidária de todos os fornecedores de bens de consumo duráveis ou não, nos casos de vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados. O artigo 19 fala da responsabilidade solidária pelos vícios de quantidade de produtos em que o conteúdo líquido for inferior as indicações de sua embalagem, recipiente, entre outros. O artigo 20 traz a responsabilidade do fornecedor de serviços pelos vícios na qualidade que o tornem sem condições de consumo ou diminuam seu valor, ou aqueles discrepantes

da oferta de publicidade. O artigo 21 traz a responsabilização em casos de serviços de reparação, o 22 dispõe sobre o fornecimento adequado dos serviços por órgãos públicos.

Aqui foram trazidos de forma resumida os artigos das seções que tratam da responsabilidade civil nas relações de consumo. Seria possível discorrer amplamente sobre cada um deles, sob pena, contudo, de afastar-se do objetivo do presente trabalho. Nada obstante, cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor prevê uma exceção, na qual é necessária a comprovação da culpa para que se comprove o dever de indenizar. É o que dispõe o §4º do artigo 14 “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”

Com efeito, entendida a responsabilidade objetiva definida pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como as suas particularidades, passa-se a análise da possibilidade da aplicação da concorrência causal nas hipóteses em que o consumidor tenha atuado de maneira relevante para o resultado danoso. Todavia, este estudo será realizado juntamente as excludentes de responsabilidades previstos pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.5 As excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Da mesma forma que ocorre na responsabilidade civil em geral, nas relações consumeristas existem fatores capazes de romper no nexo causal e, portanto, afastar o dever reparatório do fornecedor. Tais excludentes de responsabilidade estão previstos de maneira expressa no CDC, em seus artigos 12, § 3º e 14§ 3º.

Os artigos já mencionados anteriormente dizem respeito à responsabilidade de produto e de serviço respectivamente. Logo, o § 3º do artigo 12 traz as excludentes referente ao fato de produto, e para elidir sua responsabilização caberá ao fornecedor comprovar “a) que não colocou o produto no mercado; b) que embora haja colocado o produto no mercado o defeito não existe; e, c) a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro”. As excludentes de responsabilidade do artigo 14 § 3º incidirão mediante a comprovação por parte do fornecedor de serviço, quando este provar que “a) que, tendo prestado o serviço o defeito não existe; e, b) a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro” (TARTUCE, 2022, p. 514).

Assim como as excludentes de responsabilidade tratadas na responsabilidade civil geral, estes atuam na relação causal. Isso posto, o primeiro caso do § 3º do artigo

12 traz uma conclusão lógica. Pois, se o produto não foi colocado no mercado, mesmo que este apresente defeitos, não há como existir relação entre este e o dano. Cavalieri (2021, p. 579) por sua vez destaca que há motivação para esta previsão dado que “...cabera ao fornecedor elidir essa previsão”. O autor ainda traz as hipóteses de falsificação do produto, ou, de sua subtração e, posterior, colocação no mercado.

A inexistência de defeito, seja de produto ou serviço também compete ao fornecedor, e também advém de uma relação lógica, pois inexistindo defeito inexistirá nexos causal. Porém, é necessário que este defeito seja decorrente do processo anterior a colocação do produto no mercado. “A ação deletéria do tempo é um bom exemplo de defeito não imputável ao fornecedor” (2021., p. 563).

A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro se apresenta da mesma forma que a já vista na responsabilidade civil geral. Havendo comprovação de que o dano foi oriundo de fato exclusivo do próprio consumidor ou de terceiro que não integre o binômio da relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor restará excluída. Cavalieri cita como exemplo o consumidor que faz uso de medicamento em dosagens inadequadas em relação as prescritas pelo médico (2021., p. 580).

Embora o caso fortuito e a força maior não elenquem o rol trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, a doutrina tem o entendimento de que estas devem ser consideradas para afastar a responsabilidade do fornecedor.

Gustavo Tepedino (2021, p. 260) traz este posicionamento

Além das hipóteses previstas pelo legislador, registra-se que também é possível que haja o rompimento do nexos de causalidade e, conseqüentemente, a exclusão da responsabilidade do fornecedor por fato do produto ou do serviço, em razão de caso fortuito ou força maior, (...) já que a responsabilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor não prescinde do exame do nexos de causalidade, mas apenas torna irrelevante a análise da culpa.

Tartuce (2022, p. 521) aponta que parcela da doutrina tem entendimento de que o rol do CDC é taxativo e argumenta em sentido contrário, afirmando também que este é o seu entendimento:

Todavia, há outra visão, de que os eventos imprevisíveis e inevitáveis podem ser considerados excludentes da responsabilidade no sistema do Código do Consumo, visto que constituem fatores obstativos gerais do nexos de causalidade, aplicáveis tanto à responsabilidade subjetiva quanto à objetiva. Esse é o entendimento compartilhado pelo presente autor.

Importante ressaltar que tanto Tartuce (2022, p. 523) quanto Tepedino (2021, p. 260) alertam que, em se tratando de fortuito interno, não há rompimento do nexo causal. Da mesma forma entende Cavalieri (2021, p. 583) que ao explicar o fortuito interno leciona que:

O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço.

Inclusive, o Enunciado nº 443 da V *Jornada de Direito civil*, de 2011, elencado por Tartuce (2022, p. 523) define que “o caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

Ou seja, do presente enunciado, associada à posição dos doutrinadores acima citados, entende-se que se aplica a excludente de responsabilidade da força maior e do fortuito interno. Desta conclusão extrai-se que o rol de excludentes de responsabilidade não é taxativo.

3.6 Culpa Concorrente ou Concorrência Causal nas Relações de Consumo

Conforme citado anteriormente, cumpre analisar a possibilidade ou não de mitigar a responsabilidade do agente causador, através do instituto da culpa concorrente (concorrência causal) na responsabilidade civil objetiva e, também, nas relações de consumo. Embora esteja demonstrado que o risco é o fundamento da responsabilidade civil do direito do consumidor, para que se evidencie a aplicação da concorrência causal serão necessárias duas análises, para só então chegar-se à conclusão final.

A primeira diz respeito ao que foi trazido no tópico em que se tratou da culpa concorrente, ou concorrência de causas em geral. Novamente no ponto, o legislador pecou ao não utilizar a segunda denominação, ou então, fato concorrente ao invés de culpa. E é justamente neste ponto que versa o contraste entre os entendimentos doutrinários. Há quem defenda que não há que se falar em diminuição da responsabilidade nas relações fundadas no risco e há a parcela doutrinária que entende que esta deve ser aplicada. Tal divergência doutrinária é apontada por Sérgio Cavalieri Filho que no trecho já expressa também o seu posicionamento:

Ainda há divergência doutrinária quanto a ser ou não possível culpa concorrente na responsabilidade objetiva, principalmente na responsabilidade civil do Estado e nas relações de consumo. Autores que não a admitem consideram incompatível a ocorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, como veremos, o problema é de concorrência de causas e não de culpas, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade. Entendemos, assim, que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, a jurisprudência tem admitido em casos de responsabilidade civil no Estado. (CAVALIERI, 2021, p. 82)

O artigo 944 do Código Civil institui a possibilidade de embasar a extensão do dano na culpa das partes envolvidas no evento, podendo o julgador reduzir equitativamente a indenização. Ademais, o artigo 945 trouxe a hipótese de diminuição da responsabilidade civil através da verificação da culpa concorrente da vítima (TARTUCE, 2022, p. 533). No ponto, o autor apresenta que, na *I Jornada de Direito Civil* ocorrida no ano de 2002, foi aprovado o Enunciado nº 46 com a seguinte redação:

(...) a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

No ano de 2006, na *IV Jornada de Direito Civil*, Tartuce propôs a exclusão do trecho “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade civil”, proposição esta que foi aprovada, sendo suprimido, desta forma da redação original. Outrossim, na *V Jornada de Direito Civil* ocorrida em 2011, outro enunciado proposto pelo autor o Enunciado nº 459 foi aprovado. Tal enunciado apresentou a seguinte redação “a conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade Civil Objetiva.” Inclusive, conforme apontado por Tartuce (2022, p. 535), o próprio autor do Enunciado nº 46, o culto doutrinador Paulo de Tarso Sanseverino, ao visitar sua tese de doutorado através de um artigo alterou seu entendimento:

(...) voltando a refletir, com maior profundidade, a respeito do tema por ocasião da elaboração da presente tese, convenci-me, após aprofundar a pesquisa, da possibilidade da incidência da cláusula geral de redução também na responsabilidade objetiva, revisando posição anteriormente sustentada (SANSEVERINO, 2002, p. 103 APUD TARTUCE, 2022, p.535)

Nesse sentido, pode-se verificar que atualmente a doutrina majoritária caminha para a aceitação da redução da responsabilidade reparatória, ante a evidência de fato concorrente nas relações fundadas no risco. Inclusive, quem havia se posicionado em sentido diverso outrora, inclina-se para este entendimento.

O segundo ponto a ser analisado, diz respeito ao fato de o Código de Defesa do Consumidor não apresentar em seu rol de excludentes de responsabilidade a culpa concorrente. Stolze & Pamplona (2021, p.120) com embasamento na doutrina de Zelmo Denari¹⁹ entendem que:

(...) uma vez que o CDC apenas alçou à categoria de causa excludente a culpa exclusiva da vítima, silenciando-se quanto à culpa concorrente, não se podendo dar interpretação ampliativa à norma, concluímos que, caso haja atuação culposa de ambos os lados — consumidor (vítima) x fornecedor (agente causador do dano) —, deverá a vítima ser integralmente ressarcida, sem mitigação do quantum condenatório.

Em sentido contrário Gustavo Tepedino (2021, p. 250) entende que:

Nota-se que as hipóteses previstas como excludentes da responsabilidade atuam diretamente sobre o nexo de causalidade, rompendo-o e, assim, afastando o dever de indenizar. Diversa é a situação de eventual concorrência entre o comportamento da vítima ou de terceiro e o defeito do produto. Nesse caso, não há propriamente exclusão da responsabilidade, mas apenas sua mitigação, já que o nexo causal persiste no que se refere à parte do dano causada de fato pelo defeito. Assim, havendo concorrência de causas na hipótese de fato do produto ou do serviço, a responsabilidade do fornecedor, apesar de ainda existir, deverá ser mitigada.

O argumento trazido pelo autor é no sentido de que existe uma diferença entre excludentes da responsabilidade e a concorrência de causas. Isso porque, na primeira há o rompimento do nexo causal, enquanto na segunda o nexo causal persiste, logo, não há como considerar o fato concorrente como uma excludente, portanto, não poderia sequer ser considerado neste rol. Cavalieri (2021) da mesma forma entende pela possibilidade da aplicação do instituto das causas concorrentes, desde que a participação da vítima não se demonstre inócua para o resultado (p. 581), e ressalta

¹⁹ Zelmo Denari leciona sobre a diferenciação da culpa concorrente e da culpa exclusiva da vítima trazendo que “A culpa exclusiva é inconfundível com a culpa concorrente: no primeiro caso desaparece a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, dissolvendo-se a própria relação de causalidade; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa e os aplicadores da norma costumam condenar o agente causador do dano a reparar pela metade o prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade.” (DENARI, Z. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 197.)

ainda que ainda que tais princípio devem ser aplicáveis para o fato exclusivo de terceiro (p. 582).

De todo exposto, entende-se que deve ser aplicada a concorrência causal, quando evidente que o fato da vítima contribuiu concomitantemente ao fato do produto ou do serviço. Até porque foi evidenciado no tópico anterior que mesmo as excludentes de responsabilidade do fortuito interno e da força maior que rompem o nexos causal que não estão previstas no CDC são aplicadas, demonstrando assim que o rol não é taxativo.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A terceira parte deste trabalho visa analisar de que forma os órgãos julgadores têm se posicionado ao analisar o caso concreto, em que esteja presente contribuição direta e concomitante do consumidor para o resultado danoso. Busca-se no ponto, verificar se o aplicador da norma possui entendimento convergente a doutrina até aqui exposta. Nesse sentido, foram efetuadas pesquisas jurisprudenciais em Tribunais de Justiça de diversos Estados e também no Superior Tribunal de Justiça, haja vista se tratar de matéria infraconstitucional. Os resultados são expostos abaixo.

Entendido o posicionamento da doutrina em relação à aplicabilidade da concorrência de causas, no sentido de que esta deve ser levada em conta ao dimensionar o dever de indenizar, se faz necessário analisar como os juízes, que são os aplicadores do direito, interpretam e decidem em casos que apresentam tal concorrência. Realizou-se uma pesquisa jurisprudencial em diversos Tribunais de Justiça de alguns Estados Brasileiros e do Distrito Federal (TJSP, TJMG, TJDFT, TJRS) e no Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar se os julgadores têm aplicado o disposto pelo artigo 945 do Código Civil nas relações de consumo em que o consumidor tenha contribuído para o resultado final, qual seja, o dano.

Através de tal análise, restou evidenciado que sim, a jurisprudência aplica o disposto no artigo 945 do Código Civil nas relações tuteladas pelo Código do Consumidor; isto é, a concorrência causal é utilizada para analisar o grau de contribuição de cada parte para com o ocorrido, e, a partir disso, valorar o dever de indenizar de acordo com esta contribuição.

O Superior Tribunal de Justiça, em que pese o entendimento trazido pela Súmula nº 07²⁰ que obsta a análise do conjunto fático-probatório, já se posicionou em mais de uma oportunidade sobre o tema. A exemplo, no REsp n. 1.349.894/SP²¹ no qual o correntista ajuizou ação por perdas e danos, devido ao fato do banco descontar cheques endossados por apenas um de seus representantes, quando os documentos societários, de conhecimento do banco, indicavam a necessidade de duas assinaturas, uma do Procurador Especial e outra de algum dos diretores da empresa.

Na instância anterior a ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo a culpa concorrente da autora ante a negligência, devido a sua falta de controle financeiro dado que, foram reiterados atos pelo período de quase dois anos até a insurgência da parte autora. Isso posto, condenou ao pagamento parcial (da metade) do prejuízo experimentado.

No acórdão do Recurso Especial o Relator Ministro Sidnei Beneti, confirmou a aplicação do CDC ao caso, conforme a Súmula 297²² do STJ, devido à teoria do risco da atividade, justificando o art. 14, par. 1º, I e II do Código de Defesa do Consumidor como fundamento da condenação do banco, baseado na responsabilidade civil objetiva. De outra banda, sustentou a causalidade concorrente da autora, devido ao fato de permitir que funcionário seu emitisse cheques irregulares, havendo culpa de sua parte, incidindo, portanto, a responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, cita-se trecho do acórdão supra analisado que utiliza embasamento de autores estudados no presente trabalho, trazendo, inclusive, argumentos expostos anteriormente:

Após debate de longo curso, veio a firmar-se, adequadamente, a orientação de que a responsabilidade objetiva do fornecedor ou prestador de serviço não afasta a co-responsabilidade do consumidor pelo fato também por ele concausado por culpa patente, não se exigindo, no caso, culpa exclusiva. Por todos, reporte-se ao vibrante debate doutrinário, em que vacilaram inclusive conclusões das prestigiosas “Jornadas de Direito Civil” (Enunciados ns 46 e 380), reproduzido por FLÁVIO TARTUCE e DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES (“Manual de Direito do Consumidor”, São Paulo, Gen/Método, 2012, p. 188-193), culminando com a conclusão de que o fato concorrente do consumidor constitui atenuante da responsabilidade civil de fornecedores e prestadores. Admirável a precisão lógica de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

²⁰ Súmula 207: A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial

²¹ REsp n. 1.349.894/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 4/4/2013, DJe de 11/4/2013.

Disponível

em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1216576&num_registro=201201694393&data=20130411&formato=PDF

²² Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras

“Muitos autores não admitem a culpa concorrente nas relações de consumo por considerarem incompatível a concorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, na realidade, o problema é de concorrência de causas e não de culpa, e o nexa causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade. Entendemos, assim, que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, tem admitido a jurisprudência em casos de responsabilidade civil do Estado” (“Programa de Direito do Consumidor”, São Paulo, Atlas, 2008, p. 254, transcrição em FLÁVIO TARTUCE e DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, ob. loc. cit).

Após discorrer novamente sobre os porquês da responsabilização de cada parte, sendo responsabilidade da ré objetiva devido relação de consumo e da autora subjetiva devido a sua negligência, o relator fez menção à jurisprudência pretérita do Superior Tribunal de Justiça e novamente à doutrina que, em grande parte, serviu de base para a primeira parte do estudo do presente estudo:

São numerosos os escritos e julgados (a começar do “caso do escorregador”, RESP 287849/SP, 4ª. T., j. 17.4.2001, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR), seguindo-se outros, alguns dos quais lembrados pelas partes nestes autos (REsp 712591/RS, 3ª. T., j. 16.11.2006, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI; AgRg no Ag 852683/RJ, 4ª T., j. 15.2.2011, Rel. Min. LUIZ FELIPE SALOMÃO – e outros). Nesse sentido historiam, por todos, dada a especificidade e qualidade, inclusive quanto às conclusões provisória e definitiva das “Jornadas de Direito Civil”, FLÁVIO TARTUCE (“Responsabilidade Civil Objetiva e Risco Concorrente”, São Paulo, Gen/Método, 2011, passim) e o E. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, cuja participação honra este julgamento (“Indenização e Equidade no Código Civil de 2002”, Curitiba, Juruá, 2009, p. 103-104), e CAITLIN SAMPAIO MULLHOLLAND, “A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade”, Rio de Janeiro, GZ, 2009, p. 24). Responsáveis, portanto, o banco e a autora, ambas concorrem no pagamento da indenização, havendo o Acórdão bem julgado que à razão da metade – anotando, por sinal, julgados no sentido da responsabilidade concorrente (Resps 287849, 712591, 11239997; AgRg no Ag 852683)

Ou seja, a Terceira Turma do STJ entendeu que a decisão do Tribunal *a quo* foi assertiva ao aplicar a responsabilidade concorrente das partes. Embora, o acórdão não embase a sua justificativa no artigo 945 do Código Civil, resta claro que o instituto da concorrência causal foi aplicado.

Nesse mesmo sentido, cita-se o REsp n. 712.591/RS²³, referido pelo acórdão anteriormente analisado, julgado no ano de 2006, em que a autora teve seus cheques furtados. Após terceiro tentar descontar os cheques, estes foram devolvidos pelo

²³ REsp n. 712.591/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/11/2006, DJ de 4/12/2006, p. 300. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=662416&num_registro=200401842440&data=20061204&formato=PDF

banco, devido ao encerramento da conta sem que a instituição tivesse conferido a autenticidade da assinatura da autora.

Tal ação do banco ensejou no posterior protesto dos cheques e na inscrição da autora no cadastro de inadimplentes. A decisão da instância do Tribunal Estadual foi no sentido de isentar os recorridos, uma vez que a autora não inutilizou os talões de cheque após encerrar a conta, demonstrando assim negligência de sua parte.

A relatora Ministra Nancy Andrighi, sustentou que a devolução dos cheques se deu pelo motivo de conta encerrada e não devido à divergência de assinaturas. Com efeito, a relatora arguiu a responsabilidade da instituição bancária, vez que acaso tivesse efetuado a conferência das assinaturas, não incidiriam as consequências danosas para a autora. Neste caso, também, foram trazidos julgados anteriores para justificar sua decisão²⁴.

Ademais, o acórdão traz a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, estudado na primeira parte deste trabalho, a fim de indicar que a centralização do nexos causal na não inutilização dos talões demonstra-se inadequada, isso porque, este fato por si só, não seria capaz de causar o resultado danoso.

Sob essa perspectiva, plenamente aplicável a teoria da causalidade adequada que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (in Programa de Responsabilidade Civil, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 59/60) indica que "(...) só ha uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida."

Em complemento, ressalta Cavalieri que "deverá o julgador, retrocedendo ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da Natureza, bem como nas condições particulares em que se encontra o agente, emitir seu juízo sobre a idoneidade de cada condição".

Destarte, a instituição bancária, ao não efetuar a conferência da assinatura, acabou por violar o seu dever de cautela, contribuindo, portanto, para o dano. De outro lado, a já citada conduta da autora, também contribuiu diretamente para o dano experimentado e, por este motivo, foi utilizada para mitigar o dever indenizatório da

²⁴ Isso porque é cediço que a devolução de cheques por motivo de assinatura discordante não levaria às consequências relatadas na inicial, e não há como se isentar o banco recorrido de certificar-se da autenticidade da assinatura do emitente do título. Tal falta de cautela é suficiente para gerar a responsabilidade civil da instituição financeira, conforme a pacífica jurisprudência deste Tribunal, exemplificada pelos seguintes precedentes: AgRg no Ag 677.075/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 24/10/2005; AgRg no Ag 670.523/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 26/09/2005; REsp 565.343/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 28/06/2004; REsp 494.370/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 01/09/2003; REsp 331.181/RJ, de minha relatoria, DJ de 04/02/2002(...)

instituição, observados os critérios da proporcionalidade. Com efeito, o acórdão reconheceu o dever de indenizar pelos danos morais experimentados no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), dividindo, contudo, as custas processuais e honorários, definindo a sucumbência recíproca das partes.

Observa-se que, novamente, a Terceira Turma entendeu que, embora a responsabilidade objetiva da instituição bancária estivesse evidenciada, a negligência da vítima ao não anular os cheques foi fato relevante para o resultado, conforme citado na ementa do julgado²⁵.

Outrossim, a Quarta Turma já trouxe entendimento convergente no AgRg 852683²⁶, em que o tema é justamente a possibilidade da aplicação do fato concorrente para mitigar o dever de responsabilidade do fornecedor. O agravo regimental foi interposto após decisão que negou seguimento a recurso de agravo de instrumento que, por sua vez, foi interposto pela inadmissão de recurso especial que sustentava afronta ao artigo 14, § 3º do CDC, devido ao fato da decisão da instância anterior ter aplicado a culpa concorrente para diminuir a indenização devida à parte autora/agravante.

O agravo regimental, também foi fundamentado no fato de que a culpa concorrente não pode servir de instrumento para excluir a responsabilidade do fornecedor, bem assim que não há previsão normativa de que a culpa concorrente induza a uma diminuição da indenização. A Quarta Turma por unanimidade negou provimento ao agravo.

Nos fundamentos do acórdão, o relator Ministro Luis Felipe Salomão, justificou a decisão, trazendo o fato de que na responsabilidade objetiva não se discute a culpa do agente, porém a culpa da vítima pode ser debatida. Ademais, a decisão indica que

²⁵ Consumidor. Recurso Especial. Cheque furtado. Devolução por motivo de conta encerrada. Falta de conferência da autenticidade da assinatura. Protesto indevido. Inscrição no cadastro de inadimplentes. Dano moral. Configuração. Culpa concorrente. - A falta de diligência da instituição financeira em conferir a autenticidade da assinatura do emitente do título, mesmo quando já encerrada a conta e ainda que o banco não tenha recebido aviso de furto do cheque, enseja a responsabilidade de indenizar os danos morais decorrentes do protesto indevido e da inscrição do consumidor nos cadastros de inadimplentes. Precedentes. - **Consideradas as peculiaridades do processo, caracteriza-se hipótese de culpa concorrente quando a conduta da vítima contribui para a ocorrência do ilícito, devendo, por certo, a indenização atender ao critério da proporcionalidade. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido.** (REsp n. 712.591/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/11/2006, DJ de 4/12/2006, p. 300.) (grifei)

²⁶ AgRg n. Ag 852683/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/02/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8897555&num_registro=200602806964&data=20110221&tipo=91&formato=PDF

não houve qualquer afronta ao art. 14, § 3º do CDC, uma vez que este diz respeito a interrupção da responsabilidade. Ato contínuo, é sustentado que, se o comportamento da vítima concorreu para o resultado, a responsabilidade do agente causador continua existindo, todavia, em razão da existência de um fato concorrente, o *quantum indenizatório* deve ser diminuído.

Neste caso, é feita menção direta ao artigo 945 do Código Civil de 2002, nada obstante ao erro material quanto ao ano trazido pelo julgado:

O Código Civil de 2003 traz regra expressa sobre a matéria, no art. 945, verbis:

“Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Neste caso, ficou constatada a culpa concorrente da agravante, tendo em vista o envolvimento de seu preposto no evento danoso, qual seja, fraudando os cheques da empresa, que posteriormente vieram a ser pagos pelo Banco. Tal fato não exonerou o a Instituição Financeira de sua responsabilidade quanto ao prejuízo sofrido pelo agravante, apenas teve o condão de diminuir o valor da indenização, de modo a vedar o enriquecimento ilícito, uma vez que a vítima contribuiu para evento danoso. (grifei)

Nota-se, portanto, que, não obstante a incidência da Súmula nº 07 do STJ obste a reanálise do conjunto fático-probatório, é justamente neste ponto que se deve analisar a responsabilidade através do nexo causal. Isso porque, conforme visto anteriormente, embora o nexo de causalidade seja um elemento imaterial da responsabilidade civil, ele é formado pelo vínculo entre a ação do agente e o resultado, os quais, normalmente, são aspectos fáticos.

Todavia, nas oportunidades em que o STJ analisou o tema, entendeu que é possível reduzir a condenação do fornecedor de acordo com a sua contribuição para o dano, devendo a vítima, no caso o consumidor, suportar o restante. Ou seja, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça é aplicável a responsabilidade concorrente nas relações de consumo

Os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, por sua vez, são visitados de maneira costumeira pelo tema havendo uma infinidade de decisões em um mesmo sentido. Pode-se dizer, assim, que a jurisprudência se encaminha para uma pacificação do entendimento em consonância com o entendimento doutrinário.

A título de exemplificação, aborda-se alguns julgados que demonstram este entendimento dos Tribunais, buscando trazer decisões recentes sobre o tema, a fim de demonstrar o posicionamento atual da doutrina da maneira mais fidedigna possível.

Outrossim, se pode demonstrar, por meio da análise da jurisprudência dos Tribunais Estaduais, que a aplicação da concorrência causal nas relações de consumo não se limita a situações envolvendo instituições bancárias.

O recurso de apelação nº 5001453-11.2014.8.21.0028/RS²⁷ julgado em 18/03/2022, pela Nona Câmara Cível, no qual a autora alega que tropeçou em fios que prendiam o toldo de estabelecimento comercial (sorveteria) em que havia adquirido *milk-shakes* e porventura da queda veio a fraturar os dois pulsos. O relator do processo, o Desembargador Eduardo Kraemer reconheceu a incidência da relação de consumo, estabelecendo a inversão do ônus da prova e trazendo, inclusive, a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho para justificar o ponto.

Da análise dos fatos, restou o entendimento de que ocorreu de fato a falha na prestação de serviços por parte do estabelecimento que não cumpriu com o ônus de apresentar quaisquer excludentes de sua responsabilidade, enquanto a consumidora demonstrou a existência de acidente de consumo. Assim, em que pese o fato dos funcionários terem auxiliado a vítima após o ocorrido, a reponsabilidade pela queda, se deu pela má prestação do serviço.

De outra banda, a decisão entendeu que a autora foi participe direta para o resultado, dado que restou comprovado pelo acervo probatório que era cliente costumaz e que o toldo já estava instalado no local anteriormente ao ocorrido. Outrossim, foi demonstrado que a autora saiu do local com um *milk-shake* em cada mão, o que contribuiu para a extensão dos danos, concluindo que:

Assim, conquanto não se possa acolher a tese de culpa exclusiva da autora, na medida em que o posicionamento do toldo também foi fator necessário para o infortúnio, possível o reconhecimento da culpa concorrente da vítima, na proporção de 40%, de modo que as indenizações ao fim devidas deverão ser reduzidas a 60%, percentual que representa a proporção de responsabilidade da ré pelo ocorrido.

Nota-se que neste caso o julgador aplicou o instituto da concorrência de causas, distribuindo a reponsabilidade de maneira proporcional ao que considerou a contribuição de cada uma das partes para o resultado, não apenas fazendo a divisão de forma igualitária.

²⁷ Apelação Cível, Nº 50014531120148210028, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em: 18-03-2022.

No recurso de apelação nº 5001450-51.2016.8.21.0007/RS²⁸ também do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, julgado pela 10ª Câmara Cível em 29/08/2022, no qual, devido à interrupção de energia elétrica, o produtor de fumo teve parte de sua safra danificada, uma vez que a energia elétrica é utilizada no processo de secagem do produto. Cumpre ressaltar que este tipo de demanda é deveras comum no Estado do Rio Grande do Sul, havendo uma jurisprudência uníssona no ponto.

Tal entendimento jurisprudencial é no sentido de que a empresa de fornecimento de energia elétrica possui obrigação de entregar serviços de qualidade, eficientes e seguros, além de serem contínuos haja vista a sua essencialidade com fulcro no artigo 22 do CDC. A continuidade dos serviços não é absoluta, até porque são necessárias manutenções periódicas que demandam a interrupção. Todavia, estas interrupções devem ser programadas e previamente publicizadas.

No caso, a concessionária ré não demonstrou que tal interrupção foi programada e sequer demonstrou a ocorrência de quaisquer excludentes da responsabilidade. Nesse sentido, ante a suspensão injustificada, bem assim a responsabilidade objetiva da fornecedora do serviço, restou comprovada a sua responsabilidade.

De outra banda a jurisprudência do TJRS tem entendimento pacificado de que, embora as concessionárias possuam os deveres de segurança e continuidade dos serviços, é inequívoco que podem ocorrer situações em que a energia elétrica venha a ser interrompida de maneira repentina. Por conseguinte, o produtor deve ter ciência deste fato e, tendo em vista o caráter imprescindível da energia elétrica para a sua atividade, deveria se precaver através da aquisição de um gerador que, a priori, é entendido como uma solução economicamente viável.

Portanto, a não aquisição de um gerador por parte do produtor ensejou a sua responsabilidade para o resultado. Todavia, há outro ponto em questão nestes casos: o período de interrupção da energia elétrica.

A jurisprudência entende que o consumidor é solidariamente responsável pelos danos, devido à negligência na aquisição de um gerador, desde que o período de interrupção não ultrapasse 24 horas. Acima disso, a concessionária de energia é

²⁸ Apelação Cível, Nº 50014505120168210007, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Thais Coutinho de Oliveira, Julgado em: 29-08-2022

responsabilizada pela totalidade do dano. Este entendimento é trazido pelo acórdão da apelação cível nº 70076070002²⁹, de relatoria do Desembargador Eugênio Facchini Neto, julgada em 28/02/2018 e citada pela relatora em seu voto.

Com efeito, a decisão ora analisada entendeu que a parte autora deve suportar 2/3 do prejuízo enquanto a concessionária ré deverá arcar com 1/3. Assim como no caso anterior, a jurisprudência do TJRS aplica de maneira proporcional o decaimento das partes, de acordo com a parcela de responsabilidade de cada uma para o resultado.

A concorrência causal também é analisada para a responsabilização nas relações de consumo turísticas. É o caso da apelação cível 20120110296063APC³⁰, julgada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em 06/02/2013, pela segunda Turma Cível. O caso versa sobre o fato de que os autores adquiriram passagens para um cruzeiro para eles e sua família, porém, devido ao fato de terem seus documentos furtados antes a data da viagem, não conseguiram embarcar. Em primeira instância a empresa ré foi condenada ao pagamento de danos materiais de maneira parcial e também a danos morais.

Ambas as partes recorreram. A relatora Desembargadora Carmelita Brasil, afastou o pleito da empresa ré que defendia a culpa exclusiva dos autores (art. 14, §2º, II), vez que, se existem fatos imputáveis ao fornecedor e ao consumidor, não há que se falar em culpa exclusiva. No caso concreto, a decisão sustenta a existência de responsabilidade da fornecedora, pois seu preposto indicou que seria possível o embarque mesmo sem a documentação. Neste ponto há a responsabilidade objetiva da empresa, conforme prevê o artigo 932 do Código Civil.

Ao consumidor, por sua vez, recai o fato de que um dos autores perdeu o documento necessário ao embarque, havendo assim ausência do dever de cuidado para com seus documentos, o que contribuiu para a impossibilidade no embarque. Com efeito a decisão foi pela responsabilidade concorrente deste, entendendo como pertinentes os valores fixados pela decisão de origem.

²⁹ Apelação Cível, Nº 70076070002, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 28-02-2018

³⁰ Acórdão 652547, 20120110296063APC, Relator: CARMELITA BRASIL, , Revisor: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 6/2/2013, publicado no DJE: 8/2/2013. Pág.: 99

Outro caso em que a concorrência causal foi utilizada para reduzir a indenização do fornecedor foi na apelação cível 20140110323575APC do TJDF, que teve como relator o Desembargador Diaulas Costa Ribeiro, da 8ª Turma cível, e foi julgada em 24/07/2017. No caso, houve uma sobrecarga elétrica na residência dos autores após execução de serviço no local. A sobrecarga teria sido ocasionada pela má prestação nos serviços da construtora quando do fornecimento da energia elétrica para as casas do condomínio.

A decisão entendeu, dá análise dos autos, presentes as inconformidades na prestação dos serviços por parte da construtora/fornecedora, uma vez que o fornecimento da energia era feito por relógio único, não sendo disponibilizada a infraestrutura adequada e permitindo ainda que os consumidores/compradores instalassem o sistema de maneira irregular. Ainda, contribuiu para a responsabilização da fornecedora o fato de que, na data do ocorrido, esta realizava operação de instalação elétrica no condomínio. Assim, foi evidenciado o nexo causal entre a empresa e o fato.

Todavia, também na data, havia um eletricitista efetuando serviços na casa dos autores e, durante estes serviços, foi desligado o dispositivo de segurança que protegeria a residência de danos. Destarte, os autores também tiveram contribuição para o dano, havendo assim demonstração de que sua concausa foi fator direto para a ocorrência dos danos. Destarte, evidenciada a contribuição das partes para o resultado, a turma decidiu por responsabilizar de maneira igualitária as partes pelos prejuízos decorrentes do fato. No caso cita-se ementa que traz de maneira sucinta o entendimento do julgado

OBRIGAÇÃO DE FAZER. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONSTRUTORA. CURTO CIRCUITO EM RESIDÊNCIA. ELETRODOMÉSTICOS AVARIADOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL COMPROVADO. CULPA CONCORRENTE. INSTALAÇÃO ELÉTRICA IRREGULAR. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO PROPORCIONAL.

1. Aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor quando identificadas as figuras do consumidor e fornecedor, nos termos dos artigos 2º e 3º do referido ordenamento.

2. Afasta-se a preliminar de não conhecimento do recurso, pois as razões recursais, embora sucintas, permitem a compreensão da controvérsia e os fundamentos para a reforma da decisão recorrida e, por isso, cumprem o requisito da impugnação específica e atendem ao princípio da dialeticidade.

3. Demonstrado que a construtora tinha plena ciência das construções realizadas no condomínio e, sem regularizar o fornecimento de energia elétrica, o que permitiria o uso adequado, nada fez para evitar as

edificações e a utilização irregular de energia elétrica pelos consumidores/proprietários caracteriza má-prestação de serviço. Esses fatos reforçam a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta da pessoa jurídica fornecedora e os danos suportados pelos consumidores.

4. O consumidor possui culpa concorrente pela ocorrência do curto-circuito ao permitir a instalação de energia elétrica de origem duvidosa e insegura, sem observar as cautelas necessárias, o que vulnera a residência e deixa-a suscetível a eventuais sobrecargas com provocação de danos elétricos.

5. Embora a culpa concorrente não exclua a responsabilidade do fornecedor, por não se tratar de culpa exclusiva, pode reduzir a indenização a ser paga por ele, na proporção da culpa do consumidor, nos termos do art. 945 do Código Civil.

(...)

8. Recursos conhecidos. Desprovido o recurso dos autores. Provido parcialmente o recurso da ré.

(Acórdão 1014066, 20140110323575APC, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 27/4/2017, publicado no DJE: 10/5/2017. Pág.: 345/352) (grifei)

Outro ponto que merece destaque pela adaptação às novas tecnologias, refere-se à responsabilidade civil das instituições bancárias por fraudes e golpes. Embora, as jurisprudências do STJ abordadas alhures tratassem de falha nas prestações bancárias, estas se deram com o uso de cheques, modalidade de pagamento que está em amplo desuso, em virtude das novas possibilidades de pagamento, sendo que a responsabilidade da instituição versava ante a não conferência de assinaturas.

Aqui, destaca-se que poder-se-iam citar inúmeros acórdãos apenas do ano de 2022, em relação às fraudes e golpes, modalidade criminal em expoente crescimento nos últimos anos, especialmente contra idosos. Dentre as modalidades mais atuais de golpes cuja responsabilidade recai sobre as instituições financeiras, pode-se citar o golpe do motoboy, no qual os criminosos contatam as vítimas passando-se por prepostos do banco e questionam sobre compras supostamente efetuadas no cartão da vítima.

Diante das negativas, o suposto funcionário informa que o cartão será cancelado e informa a vítima que está encaminhando um motoboy ou, em alguns casos, um funcionário do banco para retirar o cartão. Após a entrega, são efetuadas compras no cartão da vítima.

Cumpramos rememorar que Súmula 297 do STJ já determinou que a atividade das instituições financeiras é tutelada pelo Direito do Consumidor. Caso análogo ao

narrado encontra-se na apelação cível 1010314-32.2021.8.26.0590³¹, julgada pela 24ª Câmara de Direito Privado do Foro de São Vicente - 6ª Vara Cível, na data de 14/09/2022, a decisão foi no sentido de que no caso é cabível a aplicação da culpa concorrente, haja vista a contribuição da parte autora para o resultado, vez que não manteve a guarda de seu cartão de uso pessoal e intransferível. No que tange a responsabilidade da instituição bancária, entende-se objetiva e resta evidente a falha na prestação do serviço, pois não tomou as atitudes cabíveis, a fim de evitar ou atenuar as frequentes fraudes, tais como: permitir apenas transações que sejam compatíveis ao perfil do correntista, ou entrar em contato com o cliente quando das transações.

Ressalta-se que o julgado é do mês de setembro de 2022, demonstrando a atualidade do entendimento jurisprudencial. Nesse sentido, incontroverso o fato de que os Tribunais Estaduais apresentam posicionamento convergente ao da doutrina, sopesando a participação de cada uma das partes no dano, para determinar qual indenização será suportada pelo fornecedor.

Ademais, tais fraudes e golpes têm se tornado extremamente comuns na sociedade brasileira, podendo-se citar, além do exemplo supracitado, o envio de boletos falsos via aplicativos e os falsos auxílios prestados em caixas eletrônicos. Com efeito, se extrai que a responsabilidade civil também seguirá em constante evolução, a fim de garantir a segurança jurídica da sociedade como um todo.

Isso posto, resta claro que entendimento dos magistrados coaduna com o da doutrina, no sentido de que, embora o Código de Defesa do Consumidor não elenque a possibilidade de aplicação da concorrência causal para reduzir o dever de indenizar do fornecedor, ela deve ser ponderada com o intuito de estabelecer o *quantum indenizatório* da maneira mais justa possível. Destarte o artigo 945, pode ser utilizado nas relações consumeristas.

³¹ TJSP; Apelação Cível 1010314-32.2021.8.26.0590; Relator (a): Cláudio Marques; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/09/2022; Data de Registro: 14/09/2022

5. CONCLUSÃO

O crescimento exponencial das inovações tecnológicas dos últimos séculos, que levaram a uma mudança global nas mais diversas áreas, nas relações sociais em geral, nas relações de trabalho, nas relações contratuais, nas relações internacionais, nas relações de consumo, dentre outras, exigiram alterações significativas nos conteúdos normativos, de forma que estes viessem a tutelar para garantir a segurança jurídica dos envolvidos em tais interações. No direito brasileiro, especialmente durante os séculos XX e XXI, não foi diferente.

Especificamente no que tange à Responsabilidade Civil, com a promulgação Constituição Federal de 1988, associada ao Código do Consumidor em 1990 e ao Código Civil Brasileiro de 2002, estabeleceu-se de maneira relevante a teoria do risco, objetivando, assim, a responsabilidade civil nos casos previstos pela norma, bem como naqueles em que a atividade de praxe do autor do dano apresente riscos a terceiros. Embora a regra geral permaneça sendo a responsabilidade subjetiva, que exige a culpa do agente, a responsabilidade objetiva forneceu maior segurança jurídica à parte que outrora era vulnerável devido à dificuldade, ou até impossibilidade, de demonstrar a culpa para então estabelecer a reparação que lhe era de direito.

De outra banda, o legislador se preocupou em não inverter a situação, através do artigo 945 do Código Civil, estabelecendo a possibilidade do julgador, pela análise do caso concreto, estabelecer a responsabilidade de cada um dos envolvidos, de acordo com gravidade de sua contribuição para o dano. Todavia, do entendimento doutrinário atual, resta claro que, em que pese preocupação do legislador demonstrar-se importante, este incidiu em uma falha conceitual, ao vincular a mitigação ao pressuposto da culpa quando, na verdade esta deve ser valorada da análise do nexo causal.

Destarte, diversos autores passaram a estudar e questionar a intenção do criador da norma no ponto, havendo entendimentos de que a intenção foi possibilitar a redução da responsabilidade subjetiva, enquanto a corrente majoritária, conforme citado no parágrafo anterior, defende que houve um equívoco e que se deve considerar a concorrência no nexo causal através da análise das concausas. A partir deste último entendimento, na responsabilidade objetiva, constatando-se que mais de um fator colaborou para o dano, o julgador poderá repartir o *quantum debeatur* de acordo com a responsabilidade de cada agente causador.

Nas relações de consumo, em que pese o Código de Defesa do Consumidor silenciar no ponto, além de existirem entendimentos doutrinários de que este fato representa a impossibilidade de fragilizar a responsabilidade do fornecedor, vigorando assim o princípio da reparação integral, a doutrina contemporânea tem apresentado o entendimento de que há sim a possibilidade de aplicar-se o previsto pelo artigo 945 nas relações de consumo. Primeiro porque, assim como na responsabilidade objetiva geral, a análise ocorre na seara da causalidade, e não na culpa, mas também porque, do contrário, estar-se-ia diante do locupletamento indevido do consumidor.

Outrossim, o dano a ser reparado é o que foi efetivamente causado pelo agente, não devendo suportar a responsabilidade daquilo que não deu causa. Logo, havendo uma contribuição do consumidor de modo a agravar o dano, o fornecedor apenas deverá responder pela parcela do dano que ocorreria independentemente da concausa oriunda do fato do consumidor, devendo este último suportar o restante.

Embora a doutrina e a jurisprudência venham se inclinando para o entendimento da aplicação do artigo 945 nas relações de consumo, uma alteração na redação do dispositivo, que substitui o pressuposto da culpa pelo nexos causal, se demonstraria bastante útil para positivar e solucionar o ponto.

De qualquer sorte, mesmo com a redação atual do artigo, que não é muito precisa, os argumentos pela sua aplicação na responsabilidade civil objetiva envolvendo relação de consumo se apresentam como mais assertivos. Isso porque a aplicação do referido artigo 945 possibilita uma maior equidade, e, por conseguinte, decisões mais justas no caso concreto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os pressupostos da responsabilidade civil no CDC e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros.** Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, n. 1, ago. 2012. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/9/5>. Acesso em: 20 abril. 2022

AZEVEDO, Álvaro V. **Curso de direito civil : teoria geral das obrigações e responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553609697. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609697/>. Acesso em: 26 set. 2022.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** Barueri: Atlas, 2021. E-book. ISBN 9786559770823. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770823/>. Acesso em: 26 set. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor.** Barueri: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559772766. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772766/>. Acesso em: 27 set. 2022.

DENARI, Zelmo e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor — Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7.** [São Paulo]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 978655598650. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655598650/>. Acesso em: 27 set. 2022.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 978655593624. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655593624/>. Acesso em: 27 set. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro - Volume 4.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 978655596144. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655596144/>. Acesso em: 26 set. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil.** 21ª ed São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>. Acesso em: 27 set. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz N. **DIREITO CIVIL: OBRIGAÇÕES : VOLUME 2**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555593464. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/>. Acesso em: 26 set. 2022.

MARQUES, Claudia L. **Direito do Consumidor - 30 anos de CDC**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. ISBN 9788530992156. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992156/>. Acesso em: 27 set. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor 6. ed.** São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da S. **Responsabilidade Civil, 12ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. ISBN 9788530980320. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em: 27 set. 2022.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. **Princípio da Reparação Integral, 1ª EDIÇÃO**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. E-book. ISBN 9788502152529. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152529/>. Acesso em: 26 set. 2022.

SOUZA, Sylvio Capanema D.; WERNER, José Guilherme V.; NEVES, Thiago F C. **Direito do Consumidor. 1ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. ISBN 9788530981273. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981273/>. Acesso em: 27 set. 2022.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.-10. ed. rev., atual. e reformo com acréscimo de acórdãos do STF e STj**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Coleção Rubens Limongi - Responsabilidade Civil Objetiva e Risco - Vol. 10**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011. E-book. ISBN 978-85-309-4232-8. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4232-8/>. Acesso em: 27 set. 2022

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559645251. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>. Acesso em: 27 set. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. 4**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. ISBN 9788530992453. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/>. Acesso em: 27 set. 2022.

THEODORO JR., Humberto **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. ISBN 9788530992941. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 27 set. 2022.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2**. Barueru: Atlas, 2022. E-book. ISBN 9786559771523. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771523/>. Acesso em: 27 set. 2022.

REsp n. 1.349.894/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 4/4/2013, DJe de 11/4/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.349.894/SP, Brasília, DF, 04 de abril de 2013, publicado no diário de Justiça Eletrônico em 11 de abril de 2013 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1216576&num_registro=201201694393&data=20130411&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg n. Ag 852683 do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8897555&num_registro=200602806964&data=20110221&tipo=91&formato=PDF

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 50014531120148210028, da nona Câmara Cível, 18 de março de 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70076070002, da nona Câmara Cível, 28 de fevereiro de 2018

BRASÍLIA. Tribunaç de Justiça do Distrito Federal e territórios. Apelação Cível nº 20120110296063, da 2ª Turma Cível, 06 de fevereiro de 2013, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 08 de fevereiro de 2013. P.: 99.