

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

QUEZIA DORNELLAS FIALHO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUTOR SUCUMBENTE

Vitória

2017

QUEZIA DORNELLAS FIALHO

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUTOR SUCUMBENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto.

Vitória
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

F438d Fialho, Quezia Dornellas, 1988-
Da responsabilidade civil do autor sucumbente / Quezia
Dornellas Fialho. – 2017.
160 f.

Orientador: Francisco Vieira Lima Neto.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Processo Civil. 3. Controle
da constitucionalidade. 4. Direito Civil. 5. Direito Constitucional. I.
Lima Neto, Francisco Vieira. II. Universidade Federal do Espírito
Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

QUEZIA DORNELLAS FIALHO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUTOR SUCUMBENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em 08 de maio de 2017.

COMISSÃO EXAMINDORA:

Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Ao Universo abundante, à Fonte, gratidão hoje e sempre.

As meus pais, que mesmo alheios à vivência acadêmica, sentem muito orgulho da pessoa que sou e de onde estou. À Tânia, o meu coração. Ao Hugo, a minha alma racional.

Ao meu orientador Francisco Vieira Lima Neto, pela admiração, respeito e carinho.

À Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) por me acolher mais uma vez.

RESUMO

A pesquisa, que tem por marco teórico o pós-modernismo jurídico, no contexto do Estado Constitucional Democrático de Direito, visa analisar, sob a perspectiva do código civil de 2002 e do código de processo civil de 2015, o regime jurídico da responsabilidade civil do autor sucumbente em demandas judiciais, com foco na solução do problema da responsabilização pelos danos, processuais e pessoais, decorrentes da atuação das partes na relação jurídica processual quando principalmente não ocorre violação da boa-fé objetiva ou processual, tendo em vista a perspectiva ética e democrática do processo civil constitucional, inserto na fase do formalismo-valorativo. Uma vez que os valores, os fundamentos e os princípios constitucionais tomaram o peso normativo necessário para conduzir de modo razoável e equo o processo, a boa-fé objetiva, entendida como princípio, foi assentada definitivamente ao patamar de cláusula geral do direito, orientando toda e qualquer decisão, bem como o comportamento das partes processuais, mormente em razão da vigência do novo diploma processual, pelo qual o legislador concedeu maior densidade ao instituto. Além disso, sob a perspectiva do direito civil-constitucional, em meio à hipermodernidade social, o código civil dá prevalência e precedência às relações existenciais, não mais às relações patrimoniais, porque à pessoa humana deve ser assegurada, por todo o ordenamento jurídico, em especial o civil e processual civil, tutelas e garantias prioritárias. Em razão disso, o instituto da responsabilidade civil passa por um período de questionamento e transformação a privilegiar ainda mais a pessoa humana. A objetivação da responsabilidade civil, como tendência hermenêutica fundada na solidariedade constitucional, é uma realidade jurídica apta a realizar de forma ética a justiça no caso concreto. O regime da responsabilidade civil visa resguardar a vítima, a parte processual inocente, que sofre o dano decorrente de ato ilícito, lícito e injusto, e, com isso, resguardar, o sistema jurídico como um todo, segundo os fundamentos constitucionais previstos expressamente no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade jurídica. Responsabilidade civil. Responsabilidade civil processual objetiva. Boa-fé objetiva. Autor sucumbente. Código Civil. Novo código de processo civil. Solidariedade constitucional.

ABSTRACT

The research, which theoretical framework is legal postmodernism, in the context of the Democratic Constitutional State of Law, aims to analyze, from the perspective of the civil code of 2002 and the civil procedure code of 2015, the legal regime of civil liability of the who Succumbs to lawsuits, with a focus on solving the problem of liability for damages, both procedural and personal, arising from the actions of the parties in the procedural legal, especially when there is no violation of objective or procedural good faith, in view of the ethical and Democratic process of the constitutional civil process, inserted in the formalism-evaluative phase. Since values, constitutional foundations and principles took the necessary normative weight to conduct reasonably and effectively the process, objective good faith, understood as a principle, was definitively settled to the level of the general clause of the law, guiding all And any decision, as well as the conduct of the procedural parties, mainly due to the validity of the new procedural law, by which the legislator gave greater importance to the institute. In addition, from the perspective of civil-constitutional law, in the midst of social hypermodernity, the civil code gives precedence and precedence to existential relations, no longer to patrimonial relations, because the human being must be ensured throughout the legal order in Civil and civil procedural, safeguards and priority guarantees. Because of this, the institute of civil responsibility goes through a period of questioning and transformation that privileges the human being even more. The objectification of civil responsibility, as a hermeneutical tendency founded on constitutional solidarity, is a legal reality capable of ethically performing justice in the concrete case. The civil liability regime aims to protect the victim, the innocent party, who suffers the damage resulting from an unlawful, unlawful and unlawful act, and thereby safeguard the legal system as a whole, according to the constitutional grounds expressly provided for in art. 3 of the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Legal postmodernity. Civil Responsibility. Objective civil liability. Objective good faith. Sucumbent author. Civil Code. New civil process code. Constitutional Solidarity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO JURÍDICO PÓS-MODERNO	18
2.1 DAS CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	18
2.1.1 Pressupostos do direito à reparação ou ao dever de indenizar	25
2.1.2 Fundamentos do direito à reparação ou ao dever de indenizar	32
2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ..	41
2.2.1 A contemporânea análise do parágrafo único do artigo 927	44
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	54
3.1 DA ATUAÇÃO ÉTICA-CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PÓS-MODERNO	54
3.1.1 Pontuais considerações sobre o processo civil constitucional	54
3.1.2 Atuação ética: o princípio da boa-fé processual	58
3.1.3 Abuso do direito e do processo	61
3.1.3.1 O conjunto de deveres éticos que informam o processo e da responsabilidade das partes por dano processual – os artigos 77 a 81 do novo código de processo civil.....	65
3.1.3.2 Abuso do direito de demandar.....	69
3.2 DOS DANOS DECORRENTES DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL	70
3.2.1 Dano processual	71
3.2.2 Dano pessoal decorrente do processo e a responsabilidade civil objetiva.....	74
3.2.2.1 Autorizações legais no código civil de 2002 – a responsabilidade civil objetiva do autor?.....	81
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO AUTOR SUCUMBENTE NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL	87
4.1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS – UMA PRÉVIA SINOPSE SOBRE O RISCO PROCESSUAL.....	87
4.2 DAS PREVISÕES NORMATIVAS EXPRESSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO AUTOR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	89
4.2.1 A responsabilidade pelas custas e despesas processuais e pelos honorários advocatícios	92
4.2.2 Aspectos práticos e relevantes acerca da responsabilidade civil do	

advogado	95
4.3 DAS PREVISÕES NORMATIVAS EXPRESSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO AUTOR NAS TUTELAS PROVISÓRIAS	100
4.3.1 A nova tutela provisória.....	100
4.3.2 A responsabilidade civil objetiva do autor nas tutelas provisórias.....	102
4.4 DAS PREVISÕES NORMATIVAS EXPRESSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUTOR NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA	109
4.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO AJUIZAMENTO DE QUAISQUER ESPÉCIES DE DEMANDA – A TESE DO RISCO PROCESSUAL..	109
4.6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL NO CONTEXTO PÓS-MODERNO: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR.....	120
5 CONCLUSÃO	135
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	148

1 INTRODUÇÃO

O marco teórico do presente trabalho é o pós-modernismo jurídico, ao qual estritamente se vinculou o direito civil-constitucional. O Direito, como ciência social aplicada, não é um conjunto de normas isoladas, mas um sistema normativo plural que rege o tecido social. A Constituição Federal de 1988, de caráter rígido, tem força vinculante sobre todo esse ordenamento, cujos princípios consubstanciam valores não passíveis de interpretação puramente lógico-formal.

O código civil de 1916 representou o estatuto da vida privada, estruturado em seu tripé de valores: pessoa, família e patrimônio. Diante do paradigma atual e, conseqüentemente, a par da perda de importância do código civil, sobreveio o fenômeno da emigração dos princípios do direito civil para o constitucional. A igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana se tornam os parâmetros axiológicos de toda hermenêutica jurídica, o que, de fato, ainda é uma revolução no direito privado, do qual ainda digerimos.

Enquanto o código civil anterior dava prevalência às relações pessoais e patrimoniais, o novo direito civil-constitucional valora as relações existenciais ou não patrimoniais.

Na verdade, a contemporaneidade vive um momento de transição, ao passo que se espera que as próximas gerações definitivamente rompam com a visão privatista do direito civil e do direito processual civil.

No cenário histórico pós-guerra, do qual o avanço da técnica se materializou sem precedentes na história, época pela qual o niilismo tecnológico e político fez sua morada, ao processo incorporaram-se princípios jurídicos e valores fundamentais, abandonando-se uma das principais características do positivismo jurídico dogmático: a não-conexão entre moral e direito.

A responsabilidade civil é um dos temas mais impulsionados pela realidade e dinamismo social. Interessa a todos os ramos do direito. O instituto vem passando por uma crise em sua visão clássica e reclama uma transformação estrutural e funcional. Esse cenário se intensifica com o abarrotamento do Poder Judiciário com questões relativas à indústria judicial dos danos, à supervalorização patrimonial em detrimento do aspecto assistencial do instituto, sendo, também, pouco expressiva a sua função pedagógica.

O ponto de partida para compreender tais fenômenos – seja de crise ou de socialização – deve ser uma visão pós-moderna do direito privado e do direito constitucional, que se traduz não no rompimento dos paradigmas construídos ao longo da modernidade, mas na sua releitura, reflexão e revisão organizacional crítica da vida em sociedade.

Neste cenário da hipermodernidade do mundo contemporâneo, o trabalho tem por objeto analisar, sob o paradigma pós-positivista do Estado Constitucional Democrático de Direito, sobretudo com base no novo código de processo civil, o regime jurídico da responsabilidade civil do autor sucumbente nas demandas judiciais. A pesquisa visa solucionar o problema da responsabilização pelos danos decorrentes da atuação das partes na relação jurídica processual quando, mormente, não ocorre a violação da boa-fé objetiva, tendo em vista a perspectiva ética e democrática do processo.

A responsabilidade civil no âmbito do processo é um tema pouco versado na doutrina e na jurisprudência, principalmente em se tratando da responsabilidade objetiva.

O problema da pesquisa se baseia no seguinte questionamento empírico e viável: qual o regime jurídico da responsabilidade civil do autor sucumbente no atual panorama jurídico pós-moderno? Ainda, quais as hipóteses legais expressas no novo código de processo civil e no código civil que autorizam a responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente?

A visão do Direito como uma ciência ética é reforçada pela evolução metodológica e filosófica ocorrida no cenário jurídico a partir da segunda metade do século passado. O Estado Constitucional Democrático de Direito, em superação ao liberalismo desmedido e ao positivismo dogmático, consolidou a força normativa da Constituição, levada até às últimas consequências hermenêuticas, e arquitetou as bases pós-positivistas do processo civil constitucional, inserto na fase do formalismo-valorativo ou do formalismo ético.

Valores e princípios constitucionais tomaram o peso normativo necessário para conduzir de modo razoável e equo o processo. Em decorrência do valor ético constitucional, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, entendida aqui como princípio, foi assentada ao patamar de cláusula geral do direito, orientando toda e qualquer decisão, bem como o comportamento das partes na relação jurídica processual.

Inclusive, cabe notar que o novo diploma processual, a festejada Lei n. 13.105/2015, dedicou a sua parte introdutória às normas fundamentais do processo civil, dentre as quais a boa-fé (art. 5º do código). Assim, todo aquele que de qualquer forma participar da relação jurídica processual deve agir livre de malícia ou de segundas intenções, visando a construção cooperativa e conjunta de uma decisão judicial justa no caso concreto. Com isso, diferentemente do diploma processual de 1973, que estabelecia em seu art. 14, inciso II, a regra genérica de conduta leal das partes e seus procuradores, o legislador pretendeu dar maior densidade ao instituto.

Neste sentido, o processo, como um instrumento ético e democrático, deve ser útil ou apto a tornar efetivo o direito material – não se admitindo o isolamento e a neutralidade ideológica desta ciência, não obstante sua reconhecida autonomia científica. Nesta visão axiológica do processo, como instrumento de garantias dos direitos, o legislador, ao lidar com os eventuais prejuízos causados pelo exercício do direito de ação, optou por um sistema misto de responsabilidade civil, ora atribuindo responsabilidade objetiva à parte pedinte, ora condicionando a indenização à verificação de culpa, como veremos ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

A responsabilidade civil é um instituto simples e cotidiano. Está presente no dia-a-dia da sociedade e demanda litigiosidade em vários âmbitos, inclusive na relação jurídica processual, que, aliás, encontra campo fértil de incidência.

Calcado sob a máxima *neminem laedere*, a responsabilidade civil representa uma solução pragmática extensiva também à resolução dos conflitos processuais.

Produto da dinâmica social e da evolução histórica do direito privado, uma vez que toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade, é comum se dizer que a regra geral do nosso sistema seja a responsabilidade civil subjetiva (ou aquiliana) pelo cometimento de um ato jurídico que gera prejuízo a outrem ou de conduta culposa que violaria dever jurídico geral ou *lato sensu* de não causar danos a quem quer que seja.

Ainda, além dos atos ilícitos *stricto sensu*, existem outros casos passíveis de responsabilização, como os decorrentes do abuso do direito e do processo, a medida que se tratam de condutas que violam o dever ético e a cláusula geral da boa-fé.

A ideia subjacente à responsabilidade civil subjetiva possui raízes tão profundas na cultura ocidental que nunca foi preciso explicar ou averiguar o motivo pelo qual a culpa enseja uma resposta proporcional à ação danosa, sendo ela própria a sua razão de ser.

Como o sistema da responsabilização civil foi construído sobre as bases conceituais de ato ilícito, a culpa sempre fez parte, portanto, do fundamento jurídico das decisões condenatórias ou absolutórias, sempre foi fonte da obrigação de indenizar.

Assim, quando se trata de analisar a responsabilidade civil independente de culpa ou objetiva, estabelece-se uma resistência e uma discussão constante e infundável por parte da doutrina e da jurisprudência, principalmente em tutelar novos direitos e novas perspectivas fáticas.

Diante da complexificação das relações e das transformações sociais ocorridas sob o panorama jurídico pós-moderno, a culpa, além de ser a causa para as situações de injustiça e de não ressarcimento à vítima, é hodiernamente questionada quanto à sua superação perante o sistema de responsabilização, dada a sua incongruência com solidariedade constitucional.

Desse modo é que no âmbito do sistema objetivo de responsabilidade civil a vítima não deve suportar os danos injustamente gerados por outrem. A responsabilidade civil objetiva não se baseia no ato ilícito ou antijurídico, mas no ato injusto.

Ora, o que dizer dos atos lícitos lesivos? Principalmente aqueles executados no contexto da relação jurídica processual e que precisam ser indenizados, dado o corte metodológico da presente pesquisa.

A responsabilidade civil objetiva é uma resposta ao ato lícito, havendo ainda fortíssimas resistências à ideia de que possa incidir a reponsabilidade sem a antijuridicidade.

Cabe adiantar, neste ponto, a previsão legal expressa do art. 302 do diploma processual de 2015, repetindo quase que inteiramente o modelo anterior do art. 811, que prevê a responsabilidade objetiva do autor em caso de prejuízo ao réu pelo deferimento da tutela provisória cautelar ou de urgência, independentemente da reparação do dano processual proveniente de má-fé. Diante desta autorização pontual, a pesquisa visa averiguar se o regime da responsabilização da qual a culpa independe para configuração da obrigação reparatória se aplica de forma extensiva a outras situações, ou seja, se haveria incidência da responsabilidade objetiva do autor sucumbente sempre que omissa a norma jurídica ou o legislador.

As hipóteses da pesquisa levantadas, portanto, relacionam-se com a responsabilização civil processual do autor sucumbente ora subjetiva, em suas hipóteses e circunstâncias, ora objetiva, de igual forma, em suas hipóteses e circunstâncias.

Outra hipótese suscitada é circunscrita ao novo código de processo civil. Diante das possíveis e poucas autorizações expressas de incidência da responsabilidade civil objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco, visualiza-se através da norma do art. 302 do diploma processual, através de uma interpretação extensiva e analógica, autorização para o alargamento da incidência da reponsabilidade civil objetiva do autor sucumbente às demais hipóteses de danos ocasionados na relação jurídica processual.

Por fim, há a hipótese da tendência moderna à objetivação dos casos de incidência de responsabilidade civil no direito civil, o qual a pesquisa amplia ao processo.

Zelando pela transparência e honestidade, o processo moderno busca resultados céleres e efetivos. Confia-se que o direito seja exercido por seu titular de forma adequada e em respeito à boa-fé processual ou objetiva. Ocorrerá abuso de direito sempre que o agente invocar autorização legal para atingir objetivo não tolerado pela ordem jurídica e pelo consenso social, isto é, quando restar evidenciado o desvio de finalidade.

Assim, o objetivo geral do trabalho não poderia ser outro senão estabelecer, sem pretensões definitivas, aos moldes do novo código de processo civil, os contornos próprios da responsabilização civil do autor sucumbente que, num primeiro momento, age de má-fé, abusa do direito de demandar, viola a boa-fé objetiva. Num segundo momento, visa estabelecer os contornos da responsabilidade civil objetiva genérica fundada no risco de qualquer atividade normalmente desenvolvida, segundo prerrogativa estabelecida pelo parágrafo único do art. 927 do código civil de 2002.

Exatamente com a finalidade de evitar o abuso do direito de demandar e a resistência às ordens judiciárias (*contempt of court*), torna-se relevante a temática ora ventilada acerca da possibilidade e da forma de responsabilizar não apenas os eventuais excessos, mas também, fora do âmbito da litigância de má-fé, da possibilidade do réu, por sofrer demanda judicial, exigir indenização ao autor em

caso de eventual dano pelo simples ajuizamento da ação.

Desse modo, incumbe situar o problema proposto no campo do novo processo, que foi idealizado para simplificar e dar maior celeridade e efetividade aos processos judiciais na esfera civil, construindo hipóteses e designando objetivos específicos e gerais à linha de pesquisa do direito processual público, com foco no formalismo valorativo e no acesso à justiça, de acordo com paradigma moderno do processo constitucional.

Neste íterim, não pode ser desconsiderado que existam outros tópicos e assuntos que constituem premissas necessárias ao raciocínio a ser desenvolvido e que, portanto, devem merecer atenção para que seja possível a construção de sólidas bases à compreensão das ideias centrais do estudo.

Desse modo, é de extrema relevância as premissas basilares fixadas no primeiro capítulo, como os pressupostos e os fundamentos da obrigação indenizatória, bem como a análise minuciosa da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil de 2002. Este capítulo foi dedicado inteiramente ao instituto da responsabilidade civil, seus conceitos básicos, seus fundamentos, seus requisitos e suas funções. Além disso, foram verificados os dispositivos que tratam da matéria no código civil de 2002, em especial a silogística estabelecida para tutelar a responsabilidade civil objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco, prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927.

Já o segundo capítulo foi desenvolvido para estudar a responsabilidade civil no âmbito da relação jurídica processual propriamente dita, segundo o panorama desenhado pelo novo código de processo civil. Em um primeiro momento, procurou-se analisar a responsabilidade civil subjetiva pelo cometimento de atos processuais ilícitos verificados na atitude comportamental das partes e seus procuradores, que violam a boa-fé processual, que desrespeitam os deveres comportamentais primários, que abusam do direito e do processo e que agem de má-fé ou dolo

processual. Em um segundo momento, dá-se relevo à responsabilidade civil objetiva circunscrita ao dano processual. Sob a perspectiva da responsabilização objetiva, foram analisadas as hipóteses expressas no código civil de 2002 que autorizam a incidência desta responsabilização ao autor sucumbente.

Finalmente, o terceiro capítulo se dirige a destrinchar as hipóteses expressas de responsabilidade objetiva do autor sucumbente previstas no novo código processual. Restringiu-se a análise da responsabilidade civil do autor sucumbente tão-somente em seu caráter objetivo, investigando-se as hipóteses expressas autorizativas no texto do novo código de processo civil e tecendo as devidas perspectivas de expansão da norma genérica do art. 927, parágrafo único, do código civil à relação jurídica processual em conformidade com o fundamento constitucional da solidariedade. Além disso, aponta para a extensão da aplicação dessa espécie de responsabilização para quaisquer hipóteses de manifestação de dano derivado do risco processual.

O tratamento da responsabilidade civil da parte autora sucumbente é de extrema importância no nosso contexto processual pelo qual inúmeras demandas são protocoladas diariamente nos órgãos do Poder Judiciário. É importante ressaltar que muitas destas relações jurídicas processuais instauradas já trazem consigo uma potencialidade danosa ao réu. Eis a justificativa da pesquisa.

A efetividade e a celeridade são os dois comandos mais notáveis do novo diploma processual, conforme extraímos claramente da sua exposição de motivos, o que não se coaduna, infelizmente, com a nossa realidade de banalização da litigância e do processo, ao passo que o novo código de processo civil tenta implantar a cultura da desjudicialização.

O presente trabalho possui objetivos específicos em explorar e explicar os conceitos que dão respaldo à responsabilidade civil das partes no processo e, secundariamente, verificar e avaliar as condições práticas das decisões e da postura

da doutrina e da jurisprudência ante o tema da presente pesquisa, segundo paradigmas axiológicos do processo.

Além de pouca produção científica encontrada sobre o assunto, o que se verifica é que autores de renome simplesmente ignoram o potencial de transformação jurídica e social da responsabilidade civil objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco, repetindo teses cimentadas sobre os casos tradicionais de responsabilidade processual civil subjetiva, sem refletirem de forma mais acurada sobre o paradigma constitucional solidarista e sem darem uma abordagem pragmática sobre os efeitos sociais de eventual responsabilização da parte autora pelo simples fato de demandar e causar danos a outrem.

Neste cenário, sendo o processo o garantidor de direitos do cidadão em face do Estado, indaga-se quais as faces da responsabilidade civil no processo. Indaga-se, igualmente, de que maneira o direito de demandar, como um ato lícito e de risco, até fora do âmbito da litigância de má-fé e de abuso de direito, poderia ser o fundamento para a responsabilização processual civil do autor.

O trabalho especula amostras do porvir e procura, a partir de uma visão holística, ampliar a concepção pós-moderna ou contemporânea da responsabilidade civil no sistema jurídico constitucional. É o que segue.

2 DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO JURÍDICO PÓS-MODERNO

2.1 DAS CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

De um modo geral nossa coexistência é regida pela lei da ação e reação, que é um teorema da física mecânica clássica, pela qual toda interação na forma de força que um corpo aplica sobre outro implica em uma força recebida de mesma direção, intensidade e sentido oposto.

De igual forma, no contexto jurídico, simbólica e comparativamente ao sistema de troca de forças entre os corpos, a ideia de reponsabilidade, vocábulo que descende do verbo latino *respondere*, surgiu desde as primeiras organizações sociais como medida de defesa do patrimônio do lesado perante o causador da lesão.¹

A responsabilidade civil é, assim, um dos institutos mais simples e corriqueiros na *práxis* jurídica, que se manifesta tanto no direito privado quanto no público, em âmbito contratual e extracontratual. Nasceu, por assim dizer, junto com o direito.²

Importante anotar que, na lição de Luiz Edson Fachin, inexistente, no Brasil, uma “escola”, no estilo dos filósofos gregos, que tenha encontrado a verdade última do fenômeno jurídico da responsabilidade civil. Tampouco, aliás, tanto o pensamento crítico do direito civil brasileiro quanto a vertente consolidada do direito civil-constitucional a isso se propuseram. O intento foi, e continua sendo, problematizar os limites e as possibilidades da responsabilidade, mas que, sem medo de equivocidade, mostra-se ainda acanhada.³

¹ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 144-195.

² RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 23-24.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. Disponível em: <<http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

Quem pratica um ato ou incorre numa omissão de que resulte dano deve suportar as consequências do seu procedimento. Aqui estabelecemos a relação simbiótica entre responsabilidade e liberdade como garantias fundamentais antagônicas e complementares, sendo a responsabilidade civil, portanto, uma regra elementar de equilíbrio social.⁴

A responsabilidade civil é uma demonstração da constante renovação da ordem jurídica e do sistema aberto e dinâmico. Novos elementos e circunstâncias são uma exemplificação da evolução do instituto, que não se aprisiona em uma época ou em um código.

As exigências de uma vida intensa, multiplicando os pontos de atrito entre os interesses a proteger, a casuística e o arbítrio das relações, exige dinamicidade da técnica de tutela, aliado também à amplitude de campo de atuação e a inesgotabilidade de incidência.⁵

Como passo inicial, é importante situar a responsabilização aos tempos pós-modernos, cujo palco é uma sociedade pós-industrial, globalizada, hipercomplexa, multifacetada, que valoriza o transitório, marcada pelo retorno ao sentimento e ao individualismo nas soluções, pela tópica e pela crise dos sistemas, cética quanto aos benefícios das ciências e à capacidade do Direito para a resolução dos problemas.⁶ Ao longo do trabalho, que tem por marco teórico o pós-modernismo jurídico ou o pós-positivismo, far-se-á diversas referências a tais características imanentes à sociedade contemporânea, líquida e fractal.

De origem romana, segundo a máxima *neminem laedere*, o princípio de responsabilidade representa o mais elementar senso de justiça porque é da essência humana obrigar a reparar o dano quem o tenha causado, é da essência

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

⁵ DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 13 et seq.

⁶ LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – crítica à luz do novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 235-267.

humana buscar o equilíbrio nas relações de vivência. A responsabilidade civil, por estar em constante evolução, é a face mais pragmática do direito civil por procurar a justiça no caso concreto, adaptando-se às transformações sociais.⁷

Para Fernando Noronha, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos à pessoa ou ao seu patrimônio, bem como os danos causados a interesses coletivos, comportando, nesse sentido, duas acepções: uma ampla, consistente na obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem (aquiliana), e outra *stricto sensu*, relativa à obrigação de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais.⁸

Responsabilidade, rigorosamente definida, é expressão iniludivelmente ligada às ideias de imputabilidade. Visa o ressarcimento dos prejuízos acarretados ao lesado, seja em seu patrimônio, seja em componentes de sua pessoa ou personalidade, até o limite das perdas experimentadas, como expressão, da metáfora mencionada, de que toda força que um corpo recebe é consequência da força que ele aplicou. Assim sendo, responsável somente pode ser quem falta com um dever preexistente, sabendo que o deve observar e podendo fazê-lo.⁹

A natureza jurídica da responsabilidade civil é a de obrigação legal, segundo ensina Sérgio Cavalieri, que vez que a lei que determina o seu nascimento.¹⁰ Já Humberto Theodoro Júnior sustenta que se trata de “obrigação-sanção” porque a lei a impõe como resultado necessário do comportamento infringente a um dever ou de obrigação preexistente.¹¹

⁷ RIZZARDO, 2013, p. 23-24.

⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 427-428.

⁹ DIAS, 1980, p. 14.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2 et seq.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: artigos 185 a 232*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.18.

Com efeito, pelo instituto, fica o agente obrigado a satisfazer os interesses do lesado, atingidos por fato próprio (responsabilidade direta), por fato de terceiro ou, ainda, pelo fato da coisa ou animal sob sua égide.

Interessante notar que, conforme lição de Francisco Vieira Lima Neto, ao contrário de perder importância em uma sociedade de incertezas, a liberdade se afirma e supera os obstáculos que a impedem de florescer, mormente em razão da consagração do regime político democrático. Desse modo, a responsabilização aquiliana anda lado a lado com a liberdade ao passo que, ao ser exercida democrática e plenamente, o homem pode causar dano a outrem ou a grupo social. Por isso, pode-se afirmar que o instituto em análise não é circunscrita à ciência jurídica tão-somente, mas se liga a todos os domínios da vida social.¹²

Para situarmos corretamente o estudo da reponsabilidade civil, não custa nada lembrar que, na teoria geral do direito, a obrigação de reparar o dano surge do ato contrário ao direito, civil ou penal, que decorre dos fatos voluntários, isto é, produto da vontade humana, e que, por sua vez, decorrem dos fatos jurídicos *lato sensu*, fatos com relevância jurídica, dos quais há incidência de norma.

Produto da dinâmica social e da evolução histórica do direito privado, uma vez que toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade, o seu principal objetivo é compatibilizar as condutas humanas ao ordenamento jurídico ao qual estão vinculadas, reprimindo originalmente tão-somente o ilícito:

É possível dizer que a concepção jurídica de responsabilidade civil terá como fundamento de um ato inadequado que merece o estigma de culpa e, como horizonte, o desejo de uma compensação que purga a culpa, mas não apaga a memória do ilícito. O cidadão é um ser condenado à imperfeição por mais que se tente remediar. No caminho do homem sempre haverá o destino de erros a purgar. Em consequência, a justiça a ser reclamada tem por perfil aquele traço mais comum, vulgar ou singelo que é considerado por todas as tradições humanas: o equilíbrio na esfera individual da vítima e a harmonia social se encontrarão restabelecidos depois que a ação injusta for penitenciada por alguma forma de compensação.¹³

¹² LIMA NETO, 2006, p. 238-239.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 18.

Neste cenário, importante entendermos a ideia de *dever jurídico* decorrente de uma norma cominado pela ordem jurídica. Qualquer jurisdicionado é portador de direitos e deveres jurídicos. O dever é a conduta exigida prevista para determinada situação da vida e conferida pela convivência social. Assim, o dever jurídico não é mais que a individualização de uma norma jurídica aplicada a um sujeito.

Ocorrendo violação do comportamento ideal, ou ato ilícito, que quase sempre acarreta dano, nasce, em contrapartida, o direito subjetivo da parte que suportou aquela conduta e também um novo dever, *dever jurídico sucessivo*, qual seja, o de reparar a lesão. Desse modo, impor *deveres jurídicos originários* implica também criar obrigações, visto o seu caráter relacional conferido naturalmente pelo convívio em sociedade. O dever jurídico é, assim, o oposto de direito subjetivo.¹⁴

Nesse contexto nasce a figura da responsabilidade, que exprime a ideia de imputabilidade ou da obrigação de responder por condutas, sejam elas próprias, de terceiros ou pelos objetos confiados. Responsabilidade civil é, então, um dever jurídico *sucessivo* ou obrigacional que surge para recompor o *dano* decorrente da violação de um dever jurídico *originário*.

A responsabilidade civil é uma reação provocada pela infração a um dever jurídico antecedente. A sua principal função é restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, o *status quo ante*, com ressalvas lógicas de exceção apenas sobre o dano moral. Além dessa característica-função básica, podemos citar também o seu caráter pedagógico na prevenção dos comportamentos antissociais.¹⁵

Entendemos que a função primordial da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio das relações sociais; é de natureza existencial, como ainda veremos, e reparatória. A função intimidativa ou de prevenção é decorrente da função

¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 309-311, v. 8.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, *passim*.

reparatória. A finalidade punitiva é própria da esfera criminal, apesar de Antônio Junqueira admitir a ideia de punição no direito civil relativo ao dano social.¹⁶

Assim sendo, para identificar o sujeito a quem lhe é atribuída a responsabilidade é necessário verificar quem primeiro descumpriu o dever jurídico preexistente, que nem sempre estará formulado com as mesmas precisões em todas as obrigações, uma vez que, a depender do caso concreto, o dever originário pode ter conteúdo variável se se tratar de *obrigação de conteúdo indefinido* da qual apenas se aponta para um fim, sem indicação das condutas adequadas para se atingir tal finalidade. Identificado o agente causador do dano e a ilicitude, incide o dever de indenizar.¹⁷

O ato ilícito ainda ocupa um lugar especial na teoria já que é a fonte principal geradora de responsabilidade. No campo civil, considera-se ato ilícito todas as ações ou as omissões culposas ou dolosas contrárias à ordem jurídica que atingem direitos de outrem, causando-lhe prejuízo. Dentro da responsabilidade extracontratual o ilícito se reveste de ato próprio, ato ou fato de terceiro, fato da coisa e fato ou guarda de animais.

Acontece que a indenização por ato lícito é possível, mas a maioria da doutrina ainda considera esta hipótese excepcional, somente havendo espaço em situações expressas na lei, como em caso de dano causado em estado de necessidade ou outras situações específicas do código civil e do código de processo civil. Contudo, como ainda será demonstrado, deve-se atentar também para os casos de danos antijurídicos e injustos e para os casos de responsabilidade civil objetiva de atividades lícitas e arriscadas.¹⁸

A ilicitude da conduta, isto é, a violação de um dever jurídico preexistente, cujo prejuízo é verificado, pode ser configurada objetiva ou subjetivamente, a depender

¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-380

¹⁷ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 2 et seq.

¹⁸ GONÇALVES, 2015, p. 50 et seq.; LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – crítica à luz do novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 235-267.

se para a sua configuração importar apenas a conduta desconforme ao direito, com foco apenas no resultado ou na materialização efetiva, ainda que sem origem em vontade livre e consciente.

As obrigações derivadas de atos ilícitos são as que se constituem por meio de ações e omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano a outrem. A obrigação decorrente é a de ressarcir o prejuízo causado.

Desse modo, apresentando o ato ilícito aquiliano aspecto subjetivo ou objetivo, a espécie de responsabilidade que daí resulta será ora subjetiva, da qual o elemento *culpa lato sensu* é seu pressuposto lógico, ora objetiva, da qual o elemento *risco* é o seu fundamento.

A responsabilidade civil passa por uma crise de transformação estrutural e funcional no que concerne à sua visão clássica, o que pode ser percebido pelas críticas e dúvidas acerca da sua função reparadora e pedagógica; do abarrotamento do Poder Judiciário com questões relativas à reparação civil; etc. Essa problemática será considerada ao longo do desenvolvimento da pesquisa.

O ponto de partida para compreender tais fenômenos – seja de crise ou de socialização – deve ser uma visão contemporânea do direito privado, com enfoque na pós-modernidade jurídica, movimento do final do século XX. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionamento crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação para novas condições de vida. É, pois, uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de se alargar por muitas décadas até a sua consolidação. Em verdade, é preciso rever conceitos e não rompê-los totalmente.¹⁹

¹⁹ BITTAR; Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 97-100, apud TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 21-22.

Diante desta mudança paradigmática, interessante a seguinte opinião:

Se no século XX diante de um acidente e de um dano, as pessoas olhavam a vítima como azarada, que teve a sorte como inimiga naquele evento danoso, modernamente parece que o sentimento que paira no meio social é o de reparar sempre, tentando encontrar o autor do dano, melhor dizendo, o responsável pela reparação do prejuízo. Nada obstante essa mudança na forma de conceber as consequências de um ato danoso, procurando proteger a vítima, a regra, a meu ver, é a não indenização. (...) porque a *regra dos atos cotidianos é não indenizar*, sendo a *indenização uma exceção* que se concretiza somente quando estão presentes certos elementos bem precisos, os quais estão estabelecidos no art. 186 do Código Civil, dispositivo que deve ser analisado combinando-o com o art. 927 do mesmo diploma, o qual trata da reparação.²⁰

O código civil de 2002 dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil.

Na parte geral, no livro dos fatos jurídicos, o título III é dedicado aos atos ilícitos (arts. 186, 187 e 188), que estabelece a regra básica da responsabilidade aquiliana, decorrente de relação extracontratual ou geral, e algumas excludentes. Na parte especial, além de estabelecer a regra básica contratual no art. 389, no livro do direito das obrigações, o título IX é dedicado à responsabilidade civil (arts. 927 a 954), como modalidade autônoma de obrigação.

2.1.1 Pressupostos do direito à reparação ou ao dever de indenizar

São três, às vezes, quatro, os elementos cumulativos básicos para a configuração da responsabilidade civil na prática: a conduta (ação ou a omissão) voluntária do agente, o dano e o nexo causal. Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, será necessário acrescer o elemento culpa *lato sensu* (culpa *stricto sensu* e dolo), que merece referencia à parte, em subtópico adiante.

O ato ilícito ou a culpa não é elemento ou pressuposto fixo da obrigação de indenizar, apesar de haver ainda diversos doutrinadores de renome acadêmico que defendem o contrário.

²⁰ LIMA NETO, 2006, p. 241, grifo do autor.

Partilhamos do entendimento que os elementos constitutivos devem ser analisados de forma estaque, a depender da espécie de responsabilização, objetiva ou subjetiva.²¹

Diante a evolução do instituto, os pressupostos fixos da obrigação indenizatória são os três acima citados, mesmo porque diversas são as hipóteses de responsabilidade sem culpa ou dolo, aliada à tendência da objetivação do sistema de responsabilização no código civil de 2002.

Interessante notar, ainda, que há quem defenda a crise desses pressupostos diante de “novos danos” face à complexidade da sociedade, tanto em razão dos crescentes avanços científicos e industriais, da produção em massa, da explosão da mídia, ou seja, do crescente potencial lesivo da autonomia privada aliado à grande expansão da consciência humana em relação aos interesses de natureza existencial, consubstanciando os danos de natureza extrapatrimonial.²²

O nascimento da obrigação de indenizar por ato ilícito está claramente estabelecido no *caput* do art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” E o conceito de conduta ilícita está presente na parte geral do código civil, que é a violação de direito e a ocorrência de dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

Como se denota da simples leitura combinada, a conduta humana e voluntária é o elemento primário a ser verificado, na responsabilidade subjetiva e objetiva. O comportamento do agente contrário à ordem jurídica pode ser ativo ou passivo, isto é, pode se manifestar por uma ação ou uma omissão (art. 186).

²¹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38-39.

²² SOUZA, Maristela Denise Marques de; SOUZA, Adriana. *Crises dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil*. In: Revista Ajuris – doutrina e jurisprudência. Vol. 40, n. 129, 2013, p. 107-152. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/310/245>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Como já exposto anteriormente, o comportamento do agente reflete uma infração a um dever jurídico preexistente, previsto ou não na legislação, previsto ou não no contrato. Assim, se certa pessoa é involuntariamente hipnotizada e em estado de transe, destrói parte do patrimônio de outra, não está obrigada a reparar o dano.²³

Para Carlos Roberto Gonçalves, a exigência de um fato voluntário na base do dano exclui do âmbito da responsabilidade civil os danos causados por forças da natureza, bem como os praticados em estado de inconsciência, mas não os praticados por uma criança ou um demente. Essencial é que a ação ou a omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem. Fato voluntário equivale a fato sob o comando do homem.²⁴

Já Rui Stoco ensina que a voluntariedade da conduta, embora seja coeficiente essencial da ação, não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado, de assumir o risco de produzi-lo, de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta. O querer intencional é matéria ligada à culpabilidade *lato sensu*.²⁵

Cabe lembrar que a responsabilidade civil por omissão é geralmente verificada em relação contratual, pois é preciso que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (de não se furtar) e que se demonstre que, com sua prática, o dano poderia ter sido evitado.

São fatos geradores do direito à reparação ou ao dever de indenizar, portanto, os atos ilícitos, sejam eles próprios, ato ou fato de terceiro, fato da coisa e fato ou guarda de animais (ações ilícitas enunciadas taxativamente na lei e desenvolvidas

²³ LIMA NETO, 2006, p. 241-242.

²⁴ GONÇALVES, 2015, p. 71.

²⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 129.

por pessoas ou pelo fato da coisa ligadas ao imputado), o exercício de atividades perigosas e o exercício de atividades nucleares.²⁶

O dano é o elemento lógico para dar vida à relação indenizatória. Sem a prova da lesão, material ou moral, ninguém pode ser responsabilizado civilmente, mesmo que este dano não repercuta na órbita financeira ou íntima da vítima, entendimento este consagrado nos arts. 402 e 403 do código.

Segundo a própria Constituição Federal, no inciso V do art. 5º, assegura-se o direito de indenização por dano material, moral e à imagem. Protege-se também, sob pena de reparação material ou moral, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, segundo o inciso X. A cumulação de indenizações é possível, porém comporta exame caso a caso.

A compensação do dano, em sua extensão, conforme incidência do art. 944, deve abranger o que efetivamente se perdeu e o que se deixou de lucrar (dano emergente e lucros cessantes ou perdas e danos), impedindo que por meio da reparação a vítima possa estar numa situação econômica melhor do que a que se encontrava antes do ato delituoso, isto é, para além do *statu quo ante*, o que ensejaria enriquecimento sem causa.²⁷

Como expressamente claro no texto legal (art. 186), para a configuração do direito à reparação não basta a mera violação do direito, é necessário cumular esta infração com a ocorrência do “dano a outrem”. Interessante notar que não obstante seja uma conduta dolosa, não ocorrendo prejuízo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude da conduta. Ou ainda, em se tratando de dano justo, como nas hipóteses de atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, por exemplo, não será ressarcível o prejuízo.

²⁶ Cabe notar que a responsabilidade civil por fato de terceiro (arts. 932 e 933) é objetiva, fundada na teoria do risco, não mais fundada na teoria da culpa presumida, segundo o Enunciado n. 451 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. De igual forma, a responsabilidade por fato da coisa (arts. 937 e 938) e por fato ou guarda de animais (art. 936).

²⁷ STOCO, 2014, p. 128.

Configura dano, segundo Bittar, a lesão ou a redução patrimonial sofrida pelo ofendido em seu conjunto de valores protegidos no Direito, seja quanto à sua própria pessoa – moral ou fisicamente – seja quanto a seus bens ou a seus direitos. É a perda, ou a diminuição, total ou parcial, de elemento, ou de expressão, componente de sua estrutura de bens psíquicos, físicos morais ou materiais.²⁸

A definição clássica de dano oscila entre duas fórmulas. O dano é ora conceituado como lesão a um bem jurídico, ora como lesão a um interesse jurídico. Grosso modo, argumenta-se que em prol da segunda definição: a noção de interesse é preferível, pois bem jurídico seria insuficiente para designar o objeto dos danos à pessoa, por exemplo.

Cumpra observar que parte da doutrina procura diferenciar dano, o fato bruto, de prejuízo. Este seria a consequência daquele. Muitas vezes, ainda, a palavra dano vem empregada para aludir não à lesão a um interesse juridicamente protegido, mas à consequência desta lesão, isto é, ao prejuízo. Têm-se então dois danos: dano-evento e dano-prejuízo. Ambos os danos comportam subdivisões. O dano-evento pode se qualificar como lesão à pessoa, ao patrimônio e à terceira pessoa. O dano-prejuízo pode ser agrupado em dano patrimonial, moral e social.²⁹

O dano é atentado material, elemento objetivo, enquanto o outro é atentado jurídico, elemento subjetivo, que exige, para sua caracterização, a qualidade da vítima, já que só a agressão a um direito subjetivo pode ser qualificada de prejuízo. Assim, o prejuízo limita o quadro da responsabilidade, podendo o dano designar outra lógica de reparação a depender do lesado.³⁰

Tal distinção, porém, a nosso ver, tem pouca ou nenhuma relevância para a literatura jurídica, que os emprega indistintamente.

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil: teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7-8.

²⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 654-657.

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 7

Como se nota, o dano é a lesão direta, atual e efetiva a qualquer bem jurídico (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, entre outros). Segundo entendimento de Rui Stoco, para que um dano seja indenizável não basta que seja um dano econômico, é fundamental que traduza um dano jurídico, quer dizer, um bem jurídico cuja integralidade o sistema normativo proteja, garantindo-o como direito do indivíduo.³¹

Assim sendo, afasta-se a possibilidade de reparação de dano futuro e de dano hipotético ou eventual (por isso a máxima dedicação na apuração dos lucros cessantes, resultante de uma probabilidade objetiva e não apenas na simples possibilidade de lucro).³²

Admite-se, porém, o dano em ricochete ou reflexo, preenchidos os requisitos de certeza do prejuízo. De acordo com Fernando Noronha, é “aquele que atinge outras pessoas, por estarem ligadas àquela que é vítima imediata de um determinado fato lesivo”.³³ Eis o ensino firmado desde a década de 90:

Alguns requisitos são exigidos para a caracterização do dano em concreto, admitidos também certos temperamentos na respectiva formulação. Assim, requer-se que: a) o dano seja atual (e não remoto), mas aceita-se o dano futuro, ou a perda de oportunidade, desde que consequências certas e previsíveis da ação violadora (como, por exemplo, a perda de capacidade para o trabalho); b) certo (definido, ou, pelo menos, determinável); c) pessoal (refletido na pessoa do lesado), todavia, é ressarcível o dano ocasionado a pessoas da família (como o pai ou o filho); e d) direto (resultante de ação violadora), contudo, acolhe-se o dano derivado, ou reflexo (como, por exemplo, a privação sofrida pelo filho frente à morte do pai, ou pela mulher, diante da morte do filho, que arrimo de família).³⁴

O terceiro elemento do direito à reparação ou ao dever de indenizar é o nexo de causalidade entre a conduta humana (ação ou omissão voluntária) e o dano, ou seja, o vínculo entre o comportamento e o resultado, a relação de causa e efeito.³⁵

³¹ STOCO, 2014, p. 1232-1233.

³² GONÇALVES, 2015, 491-492.

³³ NORONHA, Fernando. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 578.

³⁴ BITTAR, 1990, p. 18.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil*. Contratos e responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 359-391.

Não se trata de um conceito jurídico porque decorre de leis naturais, mesmo porque causalidade não se confunde com imputabilidade. É indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que lhe seja necessária.³⁶

Surgem dificuldades em determinar a relação de causalidade quando existem concausas sucessivas ou simultâneas, em saber qual delas deve ser eleita como responsável pelo dano.

Dentre as várias construções teóricas que almejaram contornar os problemas criados pela equivalência das condições, a que obteve mais sucesso, até hoje, foi a teoria da causalidade adequada, atribuída ao fisiologista alemão Von Kries.³⁷

O que se deve examinar é, dentre as múltiplas causas que normalmente interferem no processo de produção do evento danoso, qual delas se configura a mais adequada para efeitos de imputação da responsabilidade. É nesse sentido que a teoria da causalidade adequada complementa a da equivalência das condições, acrescentando à noção de causa, que permanece a mesma, o atributo da adequação para a produção do dano.

Diante de inúmeros debates ao longo da história do direito civil brasileiro, das doutrinas criadas para identificar a causa determinante do prejuízo à vítima, o código civil de 2002, no art. 403, adotou a teoria dos danos diretos e imediatos, que considera como causa a consequência efetiva e adequadamente necessária. O texto legal é claro em manifestar que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

A expressão “efeito direto e imediato” evidencia que nem todas as causas têm relevância na imputação do dano, mas somente aquela que foi a mais direta, a mais relevante.

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. N. 397, p. 11-19. Rio Grande do Sul: Notadez, 2010, p. 13.

³⁷ MARINO, 2011, p. 680-683.

Esta teoria, segundo Gonçalves, nada mais é que um amálgama das teorias da 'equivalência das condições' e da 'causalidade adequada', com certa amenização no que tange às extremas consequências a que se pudesse chegar à aplicação prática de tais teorias. Seria o desejável meio-termo, mais razoável.³⁸

Dentro da teoria da causalidade adequada, a formulação ampla, pela qual haverá nexos de causalidade adequada entre fato e dano sempre que este for uma consequência normal ou típica do fato, fora de um contexto de natureza geral, é preferível à restritiva.

Verifica-se modernamente uma relativa flexibilização do nexo causal a fim de não deixar a vítima sem reparação, recorrendo-se, muitas vezes, à causalidade alternativa, que atribui à conduta de todos os envolvidos, em conjunto ou não, o que corrobora para a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade.³⁹

O rompimento do nexo causal se efetiva quando o sujeito passivo da relação processual afirma e comprova que o fato se deu em razão de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, entre outros aspectos.

Muitos doutrinadores contemporâneos têm se posicionado criticamente quanto à tradicional teoria da responsabilidade civil e a definição taxativa de seus pressupostos, pois, atualmente, estes não suprem mais as necessidades verificadas no âmbito da reparação de danos e impostas pela realidade social, ao lado de uma prodigalidade de formulações teóricas.

2.1.2 Fundamentos do direito à reparação ou ao dever de indenizar

São dois os fundamentos: a culpa e o risco.

³⁸ GONÇALVES, 2015, p. 486-488.

³⁹ SOUZA; SOUZA, 2013, p. 129.

A culpa é pressuposto ou o fato gerador tão-somente da responsabilidade civil subjetiva, conforme dispõe a norma básica do art. 186 do código civil, que correlaciona o ato ilícito, culposo ou doloso (deliberadamente lesivo), ao dano. Implica violação de um dever de diligência exigível ao homem médio, ou seja, violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e da adoção das medidas capazes de evitá-los, em face das circunstâncias concretas da situação, de modo que o agente podia e devia agir de outro modo.⁴⁰

A culpa em sentido estrito traduz um comportamento equivocado, o descumprimento de um dever de cuidado, seja por imprudência, negligência ou imperícia, porém sem a intenção de lesar ou de violar direito (dolo), mas fundado em erro inescusável, ou seja, poder-se-ia exigir um comportamento diverso naquela situação do agente, mesmo porque o resultado era previsto (culpa consciente) ou previsível.

Não podemos afirmar que, como o faz a doutrina majoritária, a regra geral do código civil de 2002 é a responsabilidade civil subjetiva, segundo o teor de seu texto na parte geral. Todavia, tal perspectiva ainda será mais bem desenvolvida ao longo da presente pesquisa.

No decorrer da história, em conjugação com o desenvolvimento das técnicas industriais e das formas de vida, do crescimento populacional, da complexificação das relações, a responsabilização precisou se adaptar às novas demandas e à nova realidade social. Esta característica de modulação sócio-jurídica, aliás, é um atributo inato ao instituto. Ainda bem.

O novo desenho da culpa a eleva ao patamar de culpa normativa, ou seja, é associada à objetiva desconformidade com o padrão de conduta esperado. Dito por outras palavras, para se verificar se o agente incorreu em culpa, deve-se analisar não o seu lado psicológico (culpa subjetiva), mas, antes, impõe-se a comparação objetiva entre a sua conduta e a de um tipo abstrato tomado como modelo geral de

⁴⁰ GONÇALVES, 2015, p. 4453-454.

comportamento, que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas ao autor do dano.⁴¹

Diante de tantas hipóteses criadas, tem-se procurado fundamentar a responsabilidade para além da culpa *lato sensu*, principalmente quando esta restar insuficiente para atender às imposições de progresso, não impondo à vítima, com isso, a dificultosa tarefa de demonstrar, além do nexo de causalidade, a culpa do agente, o que poderia deixá-la irressarcida.

O legislador previu casos especiais em que se deve ocorrer a obrigação de reparar independentemente de culpa, no código e em leis esparsas, abrindo a possibilidade de responsabilidade objetiva também pelo exercício de atividade perigosa, além dos casos especificados na lei, de acordo com o parágrafo único do art. 927, que será ainda objeto de maior atenção, permitindo que o julgador, bem como a jurisprudência, considere certas atividades como perigosas e de risco.

Dentre as fases pelas quais passou a teoria da responsabilidade civil, o código civil de 2002 adotou, enfim, a teoria do risco, superando a teoria da presunção de culpa em vários casos. A obrigação de reparar o dano independe de prova da culpa nos casos especificados em lei e quando o agente criar um risco maior para terceiros, em razão de sua atividade.

Assim, no que tange à responsabilidade objetiva, torna-se imperiosa somente a demonstração do dano e do nexo de causalidade para que se dê ensejo à obrigação reparatória. A teoria que lhe explica, como dito, é a do *risco*, que possui propositalmente, ao nosso sentir, conteúdo vago e indeterminado.

Conforme lição de Flávio Tartuce, o código civil de 2002 consagrou três princípios fundamentais: o princípio da eticidade, representado pela valorização da ética e da boa-fé; o princípio da socialidade (em superação ao caráter individualista do diploma anterior, vez que agora todas as categorias civis têm função social) e o princípio da

⁴¹ NORONHA, 2017, p. 237-239.

operabilidade (que se consubstancia na simplicidade, na efetividade ou concretude – buscado através de sistema aberto ou cláusulas gerais).⁴²

Importante anotar que se coube à Constituição proclamar os direitos e garantias fundamentais é ao Direito Civil que incumbe transformá-los em concreto instrumento de ação. A adoção da responsabilidade civil objetiva representa a positivação dos três mencionados postulados.⁴³

As cláusulas gerais são “janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso.” Possuem sentido dinâmico, o que as diferencia dos conceitos jurídicos indeterminados, que são, por sua vez, construções estáticas que constam da lei sem definição. Porém, quando o aplicador do direito cumpre a tarefa de dar sentido a um conceito jurídico indeterminado, passa a construir uma cláusula geral. Muitas das cláusulas gerais são princípios, mas não necessariamente.⁴⁴

A atividade de risco referenciada no parágrafo único do art. 927 do código civil é cláusula geral.

Pela teoria do risco não há que se falar em culpa, apenas a prova da relação de causalidade entre a conduta e o dano, isto é, da causalidade material. Mesmo porque, no contexto pós-positivista, a pessoa humana foi elevada ao patamar de epicentros dos epicentros e automaticamente “despatrimonializa-se progressivamente a responsabilidade civil, bem como se destaca da base de seu conceito a exigência da ilicitude”, conforme ensina o atual ministro do Supremo.⁴⁵

Interessante anotar que boa parte doutrinária ensina que o atual código não estabeleceu a culpa (aqui entendida como a *aquilliana* ou extracontratual) como

⁴² TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1-69.

⁴³ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 63-67.

⁴⁴ TARTUCE, 2016, p. 8.

⁴⁵ FACHIN, 2011, p. 359-391.

regra geral, situando os dois fundamentos em pé de igualdade, o da responsabilidade com culpa e a responsabilidade sem culpa ou objetiva, isto porque o art. 186 e o parágrafo único do art. 927 estabelecem regras independentes. O código civil de 2002 criou, pois, um sistema onde os dois mecanismos – subjetivo e objetivo – gozam de status idênticos, como confirmado:

A orientação foi absorvida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que, além de prever novas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, instituiu, no parágrafo único do seu artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco. Consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do atual art. 186, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa e agora também pela cláusula geral contida na nova codificação civil.⁴⁶

Miguel Reale, em seus comentários sobre as diretrizes gerais do então projeto do atual código civil, comentou:

Responsabilidade subjetiva ou responsabilidade objetiva? Não há que se fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsável, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa, mas isso não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve (*sic*) em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.⁴⁷

Todavia, outros juristas defendem que a lei deu primazia sim à culpa por trazer logo na parte geral do código a referida regra, de natureza conceitual e genérica (art. 186), aplicável, pois, à parte especial. Neste sentido, o parágrafo único do art. 927 apenas especifica as hipóteses fáticas taxativas, em exceção mencionada no *caput*, não estabelecendo uma regra geral ou integrando um sistema dualista. Tal perspectiva doutrinária, ensina que as numerosas exceções previstas no

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194-195.

⁴⁷ REALE, Miguel. *Diretrizes gerais sobre o projeto do Código Civil*. Estudos de filosofia e ciência do direito. Saraiva, 1978, p. 176, apud AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva – do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 32-34.

ordenamento da responsabilidade civil objetiva não contrariam a regra geral, ao contrário, confirmam-na.⁴⁸

Em 2002, o código civil estabeleceu, ao lado da cláusula geral da culpa (*caput* do art. 927), outra regra geral, com base no “risco da atividade”, que inaugurou uma nova sistemática para ao dever de indenizar alinhado, assim, à constitucionalização do direito. Assim sendo, podemos dizer que o atual código civil, além de possuir uma sistema dualista muito bem arquitetado, alterou substancialmente a anterior sistemática ao adotar o risco como fundamento legal para a responsabilização genérica, deixando para à doutrina e à jurisprudência de esclarecer o alcance e o sentido da nova norma.

Ainda, outra corrente doutrinária assenta a culpa como elemento meramente accidental da responsabilidade, não como elemento de regra geral, por não conter cunho de generalidade, sendo os elementos da responsabilidade civil apenas três: a conduta humana, o dano e o nexo causal.⁴⁹

Ao longo dos anos, a noção de culpa evoluiu para a presunção de culpa, que conduzia à inversão do ônus da prova, com uma aceitação muitas das vezes ampla da culpabilidade, para, enfim, chegar aos casos de presunção irrefragável de responsabilidade cuja exigência de culpa desaparece.

O presente trabalho não pretende, e nem poderia, adentrar de modo mais profundo na discussão do alcance da culpa no código civil de 2002, contudo, filia-se à doutrina de não ser a culpa em sentido amplo requisito elementar da responsabilidade civil, uma vez que o instituto existe e irradia seus efeitos no mundo jurídico livre e autonomamente à culpabilidade do ato ou ao “desvio de conduta”.

⁴⁸ STOCO, 2014, p. 130-132; AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). *O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 152.

⁴⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil - Responsabilidade Civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 28-29.

A responsabilidade subjetiva ainda é importante no nosso sistema, porém se tornou insuficiente para atender a todas as possibilidades e demandas de ressarcimento de dano na sociedade pós-moderna. Até porque a perquirição da subjetividade, em termos de prova, é de difícil realização para a vítima, ficando por vezes à mercê dos danos suportados.

Agora, pela teoria do risco, subsume-se a ideia de que toda atividade pode oferecer um risco de dano a terceiros. Como fundamento da responsabilidade civil, basta, então, a simples causalidade entre o dano e a ação para que o agente assuma a resposta pelos prejuízos resultantes da sua atividade:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos).⁵⁰

Anteriormente ao código civil de 2002, somente era permitida a existência da responsabilidade objetiva quando prevista em lei, como verificada na Lei das Estradas de Ferro (decreto n. 2.681/1912) e no Código Brasileiro de Aeronáutica (lei nº 7.565/1986). A teoria do risco só foi realmente adotada com a Constituição de 1988, parágrafo 6º do art. 37, e com o código de defesa do consumidor:

Décadas de debates na jurisprudência e na literatura jurídica, fizeram emergir um viés progressivo de solidarismo social e a socialização dos riscos já no começo do século XX. Indo para mais além disso, constroem-se as bases da lesão existencial que demanda reparação de bens imateriais: para o dano patrimonial o regime da reparação e para o dano à pessoa o regime da compensação. Simultaneamente, as mudanças no modo de ser e de estar, especialmente com a massificação de bens e serviços, torna presente o regulamento jurídico securitário como forma de arrostar os crescentes desafios da responsabilidade civil. Demais disso, os meandros que a conformam se transpersonalizam, alcançando outros sujeitos que se situam fora do quadro tradicional da relação clássica de causa e efeito. Ainda mais: no terreno da responsabilidade civil, se firmam os fundamentos teóricos da responsabilidade pré-contratual, descortinando novos elementos para a estrutura e a função da indenização e do dano.⁵¹

⁵⁰ GONÇALVES, 2015, p. 47-49.

⁵¹ FACHIN, 2011, p. 372-375.

É interessante anotar que a decisão tomada diante de uma situação de perigo pode gerar a existência de risco. Por exemplo, o cigarro é um perigo, mas o ato de fumar é que constitui a situação de risco. Embora o perigo esteja presente, sempre dependerá de uma tomada de decisão.⁵² O risco é, então, o dano em potencial, a probabilidade de prejuízo, o eventual perigo, mais ou menos previsível, do comportamento humano.

A ideia de risco pode ser a de *risco-proveito*, que se funda na noção de benefício do responsável pela atividade danosa realizada, baseando-se no preceito de quem auferir o bônus, deve suportar o ônus. Esta perspectiva é amplamente aplicada às relações de consumo, por exemplo. Também pode assumir a face mais genérica de *risco criado* ao expor terceiro a dano sem necessariamente proveito do agente causador, isto é, baseada em qualquer atividade ou ato humano, independentemente do aspecto econômico ou profissional.⁵³

A concepção do risco criado, que amplia a noção de risco-proveito, baseia a responsabilidade não a um proveito e lucro particular ou ao aspecto econômico e profissional, mas sim à consequência inafastável da atividade em geral, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. É uma postura mais equitativa para vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.

Além da teoria do risco, a responsabilidade objetiva tem hoje outros fundamentos que legitimam o dever de reparação do dano, que consiste na responsabilização pelo resultado, e não pela causa.

⁵² FONSECA, Aline Klayse dos Santos. *A imputação da responsabilidade por danos futuros à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Vol. 1, n. 2, jul/dez. 2015, p. 197-212.

⁵³ O risco integral, a modalidade mais extrema da teoria do risco, obriga o agente a reparar o dano causado até quando inexistir o nexo causal, ainda que oriundo de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. É aplicável ao dano ambiental, danos nucleares, DPVAT, entre outros.

Observa-se, assim, a tendência à objetivação da responsabilidade civil à luz da ideia da socialização dos riscos frente à complexa organização social, ao progresso técnico e às maciças interações intersubjetivas dele correspondentes.

Contudo, cumpre salientar que não obstante a inclinação pela teoria objetiva, existe uma convivência harmônica entre as teorias subjetiva e objetiva e que fique claro que não ocorreu e nem ocorre substituição de uma responsabilidade pela outra: ambas, como forças paralelas, visam um mesmo fim, qual seja, proteger o direito lesado e ressarcir o dano. Nem seria possível cogitar em extinção da responsabilidade subjetiva porque abolir a ideia de culpa resultaria em caos social, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito:

Cabe à vítima, então, diante do caso concreto, buscar sua indenização com fundamento na teoria que melhor se adequar à hipótese, posicionando-se pela subjetiva ou objetiva. Se optar pela teoria subjetiva, deverá provar a culpa do agente causador do dano (caput do art. 927 do Código Civil), salvo se a culpa deste for presumida pelo ordenamento jurídico, de forma relativa ou absoluta. Se optar pela objetiva, deverá se valer de um dos dois caminhos a seguir: ou demonstrará que a situação vivida se subsume a algum tipo legal impositivo do dever indenizatório (primeira parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil) ou deverá demonstrar que o agente causador do dano exerceu atividade arriscada para um direito seu (segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil).⁵⁴

A regra geral da responsabilidade civil no nosso sistema é dúplice e de igual importância. É o sistema do duplo binário.

Daí, diante de um caso concreto, surge uma questão prática: como identificar a espécie de responsabilização para determinado acontecimento, principalmente quando a lei é silente quanto à culpa ou quanto ao risco?

É um equívoco supor que somente com a exigência expressa ou não do elemento culpa pelo legislador é que será possível diferenciar as espécies da responsabilização. O primeiro passo é a averiguação da conduta, se lícita ou ilícita.

⁵⁴ SOUZA, 2010, p. 44-45.

Por diversas vezes, principalmente no código de processo civil, a lei é silente quanto ao elemento culpa, ainda assim é possível encontrar fundamentação na responsabilidade civil objetiva, não obstante a não autorização ou previsão expressa.

Se a conduta processual é ilícita e danosa, estaremos diante da responsabilidade subjetiva. Caso a conduta processual seja lícita e de risco, e que cause prejuízos à parte processual adversa, em uma clara relação de causalidade, estaremos diante da responsabilidade objetiva.⁵⁵

Reiteramos que não há que se falar em exceção no sistema jurídico da responsabilização objetiva e, por isso, sempre esperar por sua previsão legal. Ou ainda, não há que se falar em responsabilidade subjetiva sempre que não houver previsão legal da objetiva.⁵⁶

Não há obrigatoriedade de que conste da lei menção expressa à responsabilidade civil objetiva, desde que, da interpretação sistemática, mormente do paradigma pós-moderno, extraia-se tal conclusão. Neste coadunar, coadunamos com Theodoro Júnior: “(...) para haver responsabilidade civil não é necessário que a conduta do agente seja sempre injusta, o que tem de ser necessariamente injusto é o dano”.⁵⁷

2.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A doutrina objetiva nasceu no século XIX, sob os auspícios dos franceses Saleilles e Josserand. No Brasil, o precursor foi Alvaro Lima, na tese com que se apresentou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1938, com o título “Da Culpa ao Risco”, reeditada em 1960 sob nova epígrafe “Culpa e Risco”.⁵⁸

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53-54, v. 7.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2002, p. 309.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: artigos 185 a 232*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.22.

⁵⁸ PEREIRA, 2002, p. 269.

A responsabilidade civil fundada no risco postula que o dano deve ser reparado por quem se ligar ao nexo de causalidade. A culpa, se existente, jamais terá relevância no caso. Substitui-se a culpa, portanto, pela ideia de risco:

A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a *teoria do risco criado*. (...) Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do *risco criado*.⁵⁹

A teoria objetiva é concebida, doutrinariamente, sob várias modalidades de risco, como já comentado: risco-proveito, risco criado, risco profissional e risco integral. Majoritariamente, consolidou-se entendimento que a responsabilidade civil objetiva se funda na teoria do risco criado pelo exercício de profissão ou de atividade lícita, mas perigosa.⁶⁰

Assim sendo, a responsabilidade objetiva, seja em razão da lei ou do risco criado, é constituída e reforçada pelo fato do sistema da culpa não funcionar adequadamente, ao mesmo tempo em que apresenta um custo social muito alto para ser suportado em uma sociedade de complexa.

De maneira lógica, portanto, a responsabilização não está circunscrita tão-somente à prática do ato ilícito, engloba também os danos decorrentes de condutas lícitas ou conformadas à lei. Esta conclusão, em especial, será um ponto crucial no presente trabalho.

Além da norma peculiar prevista no parágrafo único do art. 927, que trata da responsabilidade objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco, que será considerado logo mais à parte, o código inovou em relação ao diploma civil anterior ao prever expressamente várias hipóteses de reponsabilidade independente de

⁵⁹ PEREIRA, 2002, p. 210-284.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 690-691.

culpa. Esse dilatado número de hipóteses revela primazia à responsabilidade objetiva, ao nosso ver:

Beneplacita-se, com inteireza, a responsabilidade assentada no risco, de natureza objetiva; o art. 927 do Código Civil brasileiro acolhe essa distância entre responsabilidade e culpa, nomeadamente ao se referir à atividade perigosa. Sem afastar-se de certos elementos da concepção subjetiva da culpa, o estado da arte no direito civil brasileiro apreende, no plano legislativo, transição entre a culpa e o risco. Há uma objetivação da culpa como também, em numerosas hipóteses, há responsabilidade sem culpa.⁶¹

O código civil previu várias hipóteses de incidência da responsabilidade objetiva, hipóteses legais típicas ou fechadas.

O art. 931 prevê que a empresa responde independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Tal norma é de aplicação a situações outras não abarcadas pelo CDC, ou seja, é uma forma de compatibilizar o código civil com o de defesa do consumidor, mormente o disposto nos arts. 12 a 17 do mesmo diploma. A doutrina ensina que o art. 12, por sua especialidade, só tem incidência quando há relação de consumo, reservando-se ao art. 931, muito mais abrangente, a aplicação de sua cláusula geral nas demais relações jurídicas, contratuais e extracontratuais.⁶² Assim, o referido artigo incide a quaisquer vítimas dos danos derivados do produto, ainda que participantes da própria cadeia de fornecimento, como o transportador, o armazenador, o comerciante, entre outros. Este tema foi, inclusive, objeto de enunciado próprio.⁶³

Ainda, como oportunidade de apresentar brevemente, a responsabilidade civil objetiva está expressa também nos arts. 932 e 933, cujo dever de indenizar é por

⁶¹ FACHIN, disponível em: <<http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: janeiro de 2017.

⁶² Segundo Ruy Rosado, o art. 931 é “norma que deve ser entendida como aplicável não apenas ao consumidor, destinatário final do produto, já protegido pela responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, mas também a quaisquer vítimas dos danos derivados do produto, ainda que participantes da própria cadeia de fornecimento, como o transportador, o armazenador, o comerciante etc.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – pontos de convergência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 48, out./dez 2003, p. 65.).

⁶³ O Enunciado n. 42 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe: “O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação do produto.”

fato de terceiro (pessoas sobre as quais os responsáveis possuem o dever de guarda ou vigilância), no art. 936, por fato ou guarda de animais, nos arts. 937 e 938, por fato da coisa. Há mais hipóteses de responsabilidade objetiva típica em outros livros do código, porém, dado o corte metodológico, não se convêm maiores considerações por ora.⁶⁴

Impende alhear a passagem da responsabilidade civil ao direito de danos, mais focado na vítima e menos no causador ou na reprovação de sua conduta.

De maneira geral, a inspiração constitucional fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados ao definir o regime de reparação civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir, como veremos ao longo do desenvolvimento deste trabalho.⁶⁵

2.2.1 A contemporânea análise do parágrafo único do artigo 927

Como se sabe, o sistema tradicional da responsabilização foi construído a partir do conceito de ato ilícito, isto é, da conduta reprovável daquele que, por negligência, imprudência e imperícia, viola direito e causa dano a outrem. Tradicionalmente, ilicitude sempre foi sinônimo de culpa, o que gera muita contrariedade no caso concreto, conforme iremos ainda observar.

A começar, cumpre dizer que o sistema de reparação calcado na culpa exige em muitas hipóteses a constituição de prova diabólica e a não reparação da vítima.⁶⁶

⁶⁴ LIMA NETO, 2006, p. 242.

⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 330.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 334-335.

O giro conceitual do ato ilícito para abarcar também o dano injusto é importante para entendermos que a ideia de ato ilícito ou ato antijurídico não traz inevitavelmente intrínseco a ideia de culpa. Dano injusto nos remete tanto à ideia de atos lícitos como ilícitos que igualmente causam danos a outrem.⁶⁷

Ocorre que para parcela da doutrina que considera a ilicitude como um pressuposto indissolúvel da responsabilidade civil, é necessário compreender o conceito de ilicitude de forma ampla, a abarcar a ilicitude em sentido estrito, fundada na culpa, e a ilicitude em sentido lato, fundada na antijuridicidade, e que enseja um dano injusto. Assim, a antijuridicidade seria gênero do qual o ato ilícito fundado na culpa e o ato ilícito gerador de dano injusto seriam espécies.⁶⁸

A expressão dano injusto tem por base o art. 2.043 do código civil italiano, de 1942. Pode-se entender que o dano injusto traduz a noção de lesão a um interesse juridicamente protegido, expressão que se torna mais própria modernamente, abrangendo bens, direitos imateriais e da personalidade, enfim, toda uma gama de situações que antes restavam indenens.

Dano injusto, em suma, é o evento causador de desequilíbrio social sanável pelo balanceamento da responsabilidade civil. A ideia de justiça não é aquela ordinária, no sentido de bom e valoroso. Injusto é quando o ordenamento toma a lesão por intolerável.

Destarte, no âmbito do sistema objetivo de responsabilidade civil, a vítima não deve suportar os danos injustamente gerados por outrem. A responsabilidade civil objetiva, para parcela da doutrina que não considera a ilicitude como pressuposto indissolúvel do sistema da responsabilização civil, não se importa com o ato ilícito ou antijurídico, mas com o ato injusto, embora lícito.

⁶⁷ LIMA NETO, 2006, p. 256-261.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 258-260.

Assim sendo, a complexificação das relações sociais e a industrialização provocaram um aumento natural dos eventos, gerando danos injustos, o que, progressivamente, veio a dar lugar a assunção da noção do risco.

A inovação constante no parágrafo é significativa e representa, indubitavelmente, um avanço sobre o instituto. A admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício da atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta no texto, possibilita ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável. Poder-se-á entender, exemplificadamente, que, se houver dano, tal ocorreu porque não foram empregadas as medidas preventivas tecnicamente adequadas.⁶⁹

Se compreendido em toda a sua extensão, fora de uma interpretação cômoda e simplista, o parágrafo pode ser apontado como uma das alterações mais ousadas do código civil. Esse dispositivo do código civil, portanto, transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto.

Como já explicado anteriormente, a atividade de risco é cláusula geral e como tal precisa dialogar com as realidades sociais que a dinamizam.

O sistema jurídico é aberto e dinâmico; está em constante simbiose os fatos, os valores e as normas. Numa visão unitária do sistema, muitas vezes a norma não seria suficiente.⁷⁰

Nesse íterim, analisando-se semanticamente o parágrafo único, a primeira parte do texto não demanda maiores divagações e encerra afirmação até mesmo redundante (“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”), porém a interpretação do próximo período da sentença ainda causa muitas divergências doutrinárias.

⁶⁹ GONÇALVES, 2015, p. 59-62.

⁷⁰ TARTUCE, 2016, p. 43-47.

Como o risco é a probabilidade de dano em função de um acontecimento incerto, inicialmente a responsabilidade objetiva foi circunscrita a situações específicas, nas quais o risco era evidente e certo, e não simplesmente possível. Todavia, por força da necessidade, a objetivação da responsabilidade passou a ter aplicação a situações menos óbvias, ou seja, a atividades não perigosas, atividades apenas arriscadas, remanescendo um alargamento interessante da incidência da responsabilidade possibilidade de causar danos (“ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”).

A segunda parte do parágrafo único do art. 927 foi a grande novidade do código civil de 2002. A norma enuncia que haverá o dever de reparação, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desempenhada pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

Trata-se da consagração da chamada *cláusula geral da responsabilidade objetiva*, consubstanciada pela soma das expressões “atividade”, como a soma de atos humanos que mantêm entre si uma correlação temporal, lógica e coordenada – não é, pois, uma atuação isolada, e “risco”, como a probabilidade concreta de *perigo* que deriva da própria atividade.⁷¹ Risco é a previsibilidade da ocorrência de dano, conseqüentemente falamos em probabilidade e não em mera possibilidade de que algo errado possa acontecer, dado que o fato se repete reiteradamente.⁷²

Em primeiro lugar, é de se indagar qual a teoria do risco adotada pelo código civil de 2002 no comando da responsabilidade civil objetiva.

O risco é conceito menor que perigo. É um conceito mínimo de excepcionalidade, que abarca também o conceito maior de *perigo*. Para Caio Mário, “risco é o perigo a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar-se”.⁷³

⁷¹ TARTUCE, 2011, p. 182-196.

⁷² SOUZA, 2010, p. 109-110.

⁷³ PEREIRA, 2002, p. 279.

Há no dispositivo em voga um risco excepcional, acima da situação de normalidade, mas que não chega a ser um perigo. Todavia, havendo perigo, o dispositivo pode ser subsumido. Está presente no dispositivo um conceito mutante ou variável, que pode se enquadrar em qualquer das categorias de risco:

Parece-nos que o legislador não convencionou o risco a uma atividade lucrativa ou a uma prestação de serviço (risco profissional). Também não há relação com o risco-proveito, mas, sim, com o risco que decorre da atividade por si só, havendo ou não lucro ou benefício ao agente. (...) é mais correto concluir que a construção da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código é um conceito mutante ou variável, o qual pode se enquadrar nas mais diversas modalidades de risco. As suas molduras práticas pela doutrina e jurisprudência nacional demonstram essa conclusão até o presente momento. O futuro também parece reservar tal variação.⁷⁴

Sem dúvidas, fora a teoria do risco criado que fixou as bases da responsabilidade sem culpa, que funda a responsabilidade extracontratual no risco advindo das múltiplas atividades humanas, que é fundamento da responsabilização genérica prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil.⁷⁵

Na medida em que danos anônimos são algo esperado pelo próprio desempenho da atividade, a imposição do dever de reparar ocorre da mera assunção desse risco. A objetivação da responsabilidade é uma releitura do direito civil em virtude da incidência dos princípios constitucionais.

A teoria do risco criado é a postulado de maior amplitude e benefício à vítima e por isso deve ser aplicada de igual forma à relação jurídica processual.⁷⁶

Roger Silva Aguiar, numa postura expansiva, ao defender a maior amplitude possível à segunda parte do parágrafo único do art. 927, ensina que a noção de risco no texto se bifurca em risco-possibilidade e risco-probabilidade para quantificar a expectativa de dano ou o grau de suscetibilidade de sua ocorrência. O primeiro retrata a simples possibilidade concreta de dano em razão de uma conduta praticada

⁷⁴ TARTUCE, *op. cit.*, p. 220.

⁷⁵ SOUZA, 2010, p. 50-51.

⁷⁶ SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 133.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3, p.142-148.

e o segundo apresenta maior perspectiva para a vítima pelo exercício de uma atividade arriscada. A não-aceitação deste raciocínio, para o autor, conduziria a considerar todas as práticas humanas perigosas, banalizando a interpretação do risco, ou a só considerar atividades perigosas como pressuposto da responsabilidade, entrando em choque até mesmo com as situações de responsabilidade objetiva estabelecidas na lei.⁷⁷

É por isso que a grande maioria da doutrina informa que a segunda parte do parágrafo único do art. 927 instituiu a responsabilidade baseada na teoria do risco criado por não fazer referência ao aspecto econômico ou profissional da conduta, colocada em termos genéricos, ligando-se a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes.⁷⁸

O que se denota é que a responsabilidade objetiva se funda, acima de tudo, num princípio de equidade e solidariedade, sob o prisma da ampliação do acesso à justiça, como medida de cunho democrático, visto que uma pessoa pode ser responsabilizada sem que tenha atuado com culpa, mas que tenha exercido qualquer atividade arriscada para os direitos de outrem. Trata-se de “dois inocentes”: o que sofre e o que comete o dano, sendo que a lesão não fora injustamente causada, porém injustamente sofrida.⁷⁹

Convém salientar, assim, que, para uma correta percepção do dispositivo estudado, torna-se necessário compreender os termos empregados no texto legal.

O conceito de “atividade” não traduz a ideia desta ser apenas circunscrita ao exercício profissional ou a uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, como boa parte da doutrina defende. O termo não aponta para uma área específica da vivência humana, mas apenas a um

⁷⁷ AGUIAR, 2007, p. 46-52.

⁷⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre: RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13298/2010_revista_tst_v76_n1.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jan. 2017.

⁷⁹ SOUZA, 2010, p. 59-62.

comportamento simples do agente, mesmo porque aproximar o vocábulo “atividade” do conceito de serviço do código de defesa do consumidor tornaria o dispositivo em voga inútil e redundante.

Para boa parte da doutrina, o termo *atividade* está intimamente ligado ao direito empresarial. Esta conclusão, ao nosso ver, levanta um sério problema: a *atividade* própria da responsabilidade objetiva genérica e a prática empresarial não adotam da mesma teoria de risco, pois àquela é influenciada pelo risco-criado e não pelo risco-proveito. Haveria, assim, certa contradição entre a interpretação da palavra atividade como fornecimento de bens e serviços com o escopo lucrativo e a aceitação de que a responsabilidade objetiva genérica teria deitado suas raízes na teoria do risco-criado.⁸⁰

A atividade em referência se trata, na verdade, de um conjunto encadeado de atos voltados para determinado fim, baseado em uma linha evolutiva de desenvolvimento do agente. Coadunamos, assim, com a posição dos professores Fernando Noronha, Gisela Hironaka e Caio Mário da Silva Pereira, não obstante ser posição vencida.⁸¹

A expressão “normalmente desenvolvida pelo autor do dano” significa que, a partir de seu conhecimento prévio e domínio intelectual, o comportamento não é esporádico, momentâneo ou isolado. Tal atividade deve ser regular, mas não necessariamente exercida de forma reiterada, e desenvolvida de forma tranquila e usual, sem sobressaltos pelo agente. Indica-se uma normalidade média de conduta para uma notável potencialidade danosa:

Daí a significação do termo normalmente, enunciando a necessidade de alguma relação entre a conduta danosa do fornecedor de produtos e serviços e a atividade rotineira desenvolvida pela pessoa jurídica ou física. Por exclusão, destarte, se uma agente realiza uma conduta que foge completamente ao âmbito de suas corriqueiras atividades e causa prejuízo a outrem, não haverá a obrigação indenizatória advinda da responsabilidade civil objetiva genérica. (...) Conclui-se que a atividade *normalmente* desenvolvida é aquela que não se apresenta extraordinária ou inesperada, havendo necessidade de um mínimo de ligação entre a conduta danosa e o

⁸⁰ SOUZA, 2010, p. 97-98.

⁸¹ NORONHA, 2003, p. 339; HIRONAKA, 2005, p. 393; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 285.

que frequentemente se verifica nas práticas rotineiras de determinada pessoa.⁸²

A atividade “normalmente desenvolvida”, como se deduz, é o ato lícito, normal, regulamentado e permitido pelo ordenamento jurídico que não visem ou não o lucro. Desse modo, constata-se uma hipótese de responsabilização civil por atos que podem se revelar, em um primeiro momento, legais e válidos, como é o caso da atividade processual do autor na demanda, como veremos mais à frente.

Já a locução “por sua natureza” invoca a ideia de atividade, embora lícita, essencialmente ousada dentro dos padrões normais, isto porque ela deve ser inerente não à forma de exercício, aliado ou não a meios empregados críticos, mas à própria atividade.

Significa que o risco para os direitos de outrem advém da própria atividade do agente causador do dano ou dos meios pelos quais a atividade é executada. Diversamente, porém, daquelas atividades pelas quais o risco faz parte de sua própria natureza, que já são objeto de legislação própria e específica. Desta feita, não basta que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco a terceiros, sendo imprescindível que, na natureza da atividade, ou seja, na sua essência, exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais.

Ademais, é preciso deixar claro que o dispositivo legal em referência não trata de atividades perigosas, das quais são objetos de leis específicas ou de referências intrassistemática ao código civil, mas atividades genéricas de risco. Contudo, não é qualquer modalidade simples de comportamento que enseja a probabilidade de dano. Exige-se que o risco embutido na atividade seja relevante, isto é, especial e anormal.⁸³

⁸² SOUZA, 2010, p. 100-104.

⁸³ O Enunciado n. 38 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal tem uma redação não muito clara e é encarado por diversos autores como inócuo e teratológico. Já o Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil da Justiça Federal aduz que a regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do código civil aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

Ratificando, não é qualquer tipo de risco abarcado na teoria. A atividade, mesmo que não defeituosa, deve ser especialmente indutiva de risco anormal.

Tanto é assim que Giselda Hironaka defende a responsabilidade pressuposta daqueles que, ao exercerem atividade de risco, expõem outros a perigo, bastando somente a explicitação do nexo quando da ocorrência do dano, como forma de diminuir as hipóteses de danos não reparados. O pano de fundo para o posicionamento da autora é o entendimento que todo dano à pessoa humana constitui violação de sua dignidade constitucionalmente assegurada.

Desse modo, o âmbito de incidência da responsabilidade objetiva genérica pelo exercício da atividade de risco (segunda parte do parágrafo único do art. 927) é verificado por exclusão, em virtude da incidência de outros sistemas de responsabilização que são específicos para aquela determinada situação, conforme lição de Wendell L. B. Souza:

Assim, em primeiro plano, quando o evento danoso resulte de uma conduta culposa (*lato sensu*, incluindo a dolosa ou aquela praticada por imprudência ou negligência), haverá incidência do *caput* do art. 927 do Código Civil, aplicando-se a teoria clássica subjetiva, com exclusão da responsabilidade objetiva genérica pela atividade de risco. Também não haverá necessidade de se recorrer à responsabilidade objetiva genérica pelo exercício de atividade arriscada quando a situação em apreço se subsumir a uma das hipóteses legais de responsabilidade objetiva típica ou fechada, como, repita-se, nos acidentes ocasionados em linhas férreas, etc. (...). Ainda, nas relações de consumo não haverá lugar para a aplicação da responsabilidade objetiva genérica pela atividade arriscada, dado que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) regerá a situação. (...) A responsabilidade civil do Estado, por seu turno, também não deriva da mencionada atividade de risco como prevista no Código Civil, mas na teoria do risco administrativo mitigado, encampada pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, de forma que as relações indenizatórias entre administração (como devedora) e administrado (como credor) são apuradas com base na responsabilidade objetiva ou fechada.⁸⁴

A importância da nova roupagem ao parágrafo único do art. 927 é não restringir o rol das atividades que realmente implicam risco para os direitos de outra pessoa. Desta feita, basta que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco

⁸⁴ SOUZA, 2010, p. 68-70.

a terceiros, sendo imprescindível, porém, que, na essência desta atividade exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais.

Dai ser importante dar efetividade e operabilidade máxima ao dispositivo, a fim de que ele realmente tenha relevância na realidade privada e na relação jurídica processual, seja se utilizando das máximas de experiência ou da análise do contexto social.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e uma parcela expressiva da doutrina civilista tradicional aplica o parágrafo único do art. 927 de maneira bastante cautelosa, extraindo do texto legal uma ideia de excepcionalidade do risco criado como justificadora de sua incidência no caso concreto. Contudo, defendemos uma interpretação mais moderna, garantista e expansiva do dispositivo.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 DA ATUAÇÃO ÉTICA-CONSTITUCIONAL NO PROCESSO PÓS-MODERNO

Para contextualizar a responsabilidade civil na relação jurídica processual, julga-se relevante, em um contexto pós-moderno, uma breve incursão na teoria dos princípios e dos valores presentes no ordenamento, especialmente após a vigência do novo código de processo civil, para até mesmo demonstrar como a boa-fé processual interfere no comportamento das partes e quais as consequências das suas condutas lícitas e ilícitas *lato sensu* que, por ação ou omissão, causem danos; e também para evidenciar como a responsabilidade civil objetiva ganha enorme importância nesta atual conjuntura.

Em um primeiro momento, abordaremos pontualmente o regramento que incide sobre o comportamento esperado pelos sujeitos da relação jurídica processual e sobre as condutas maculadas pela ilicitude ampla no novo diploma de 2015. Já num segundo momento, em um cenário em que o comportamento das partes na relação jurídica processual não viole a boa-fé objetiva, há de se tratar dos danos, especialmente os pessoais, decorrentes do processo, e como a responsabilidade civil interfere, sobretudo, para resguardar a vítima ou o réu litigante que, por não escapar da implacável demanda proposta pelo autor sucumbente, sofre prejuízo a qualquer bem jurídico ou interesse juridicamente tutelado de sua propriedade.

Torna-se, portanto, imprescindível uma breve exposição do formalismo-valorativo que orienta a fase atual do nosso sistema jurídico e mais ainda do nosso processo.

3.1.1 Pontuais considerações sobre o processo civil constitucional

Nada mais coerente que no contexto constitucional democrático do qual os juízes e as partes são atores sociais, a relação jurídica processual se desenvolva a partir dos valores erigidos pela Constituição de 1988 subsumidos ao novo diploma processual.

O novo diploma processual inova substancialmente ao trazer regras inaugurais e fundamentais a respeito dos instrumentos para a aplicação do direito privado. Como é notório, o código anterior se iniciava com regras relativas à jurisdição, que foram deslocadas para depois desse tratamento inaugural dos princípios, das “verdades fundantes” do processo.¹

O novo diploma reconhece e confere normatividade a diversos princípios e, logo em destaque, temos o art. 1º que, não obstante sua prescindibilidade, reforça a constitucionalização do direito e do processo: os institutos processuais devem ser analisados a partir da Constituição e dos direitos fundamentais. Igualmente ao código civil de 2002, o novo código processual também incorporou a ideologia pela qual não se pode dissociar dos princípios o valor coercitivo.²

O Direito, como ciência social aplicada, é justificado pelo conjunto de valores aceitos. A ética, entendida aqui como *princípio*, que visa o comportamento ideal e esperado pela aplicação de regras morais, é responsável, portanto, pela formação da consciência jurídica e deve estar sempre presente nos julgamentos. Mesmo porque o Direito é uma ordem ética, o próprio código civil de 2002 consagrou o princípio da eticidade como fundamental em seu sistema interno, como vimos, e a Constituição é norma valorativa complexa.³

A promulgação da Constituição de 1988 marcou o período jurídico democrático no Brasil, o chamado Estado Constitucional Democrático de Direito, e dentro do bloco paradigmático de direitos, liberdades e garantias constitucionais, o processo é uma

¹ TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1-69.

² A ideia-síntese que está à base da constitucionalização do Direito consiste na proteção dos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor justiça. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26 et seq.).

³ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática*. Revista Direito GV, São Paulo 4(2), p. 493-516, jul./dez, 2008, p. 495.

garantia fundamental que visa assegurar uma participação democrática e adequada das partes.⁴ Interessa-nos notar que:

O processo constitucional democrático se desenvolve sob uma técnica cuja finalidade não é a busca de decisões justas, mas assegura as partes participarem isonomicamente na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de justiça da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade. (...) Assim, o processo constitucional democrático se estrutura em uma função de garantia constitucional, cuja decisão se constrói democraticamente entre as partes e o órgão julgador.⁵

Barbosa Moreira, muito antes da promulgação da atual Constituição, porém já vivenciado a fase de consciência democrática surgida na resistência à ditadura, preocupou-se em combater a incorreção das partes no seu comportamento em juízo, seja quanto ao conteúdo das alegações, em respeito ao “dever de veracidade”, ou quanto à forma de atuação pessoal ou via procuradores, em respeito à obrigação de respeitar as “regras do jogo”, e a impedir a falta consciente à verdade no processo.⁶

A influência da democracia no direito e no processo, fase que se conveniu chamar de formalismo-valorativo ou formalismo ético, cria, em tese, uma relação jurídica processual cada vez mais paritária. Inúmeros dispositivos constitucionais são aplicados ao processo e os princípios-garantias do direito processual não admitem restrições senão quando previstas no próprio texto constitucional.

Neste contexto, visando o resgate da confiança no judiciário, marcado pela morosidade formal, o anteprojeto do novo código de processo civil visou uma técnica ética menos complexa que se esquadrinhasse sempre à análise do mérito.⁷

⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 36.

⁵ REZENDE, Marcos. *A contribuição da teoria estruturalista para o processo constitucional no Estado Democrático de Direito Brasileiro – Reflexões sobre a crítica de Hermes Zanetti Júnior à teoria de Fazzalari*. In: Revista brasileira de direito processual (RBDPro). Ano 22, n. 87 (jul./ set. 2014). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 38-39.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Responsabilidade das partes por dano processual*. In: Revista de processo, v. 3, n. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978, p. 15-16.

⁷ FUX, Luiz (presidente da comissão de juristas do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil). Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2015, p. 7-9.

A grande preocupação do novo código, logo, relaciona-se com a eficiência e a dinâmica do provimento jurisdicional, que se traduz na busca de meios para alcançar a força da decisão judicial na prática, os resultados (resolução mérito). Já se defendia que “a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos, as definições em objeto principal da ciência processual.”⁸

Assim sendo, o processo civil está deixando para trás a característica da neutralidade e impermeabilidade na realidade social para ser a ferramenta mais eficazmente indicada para concretizar os direitos e a realizar os valores fundamentais.⁹

O processo é instrumento ético, não o é somente técnico. O mínimo que se espera da tutela jurisdicional é que ela seja dotada de utilidade, de aptidão para tornar efetivo o direito material. Por isso ser insuficiente o formalismo dogmático ou ortodoxo que não é complementado pela ideia de valor.

O processo deve realizar os direitos fundamentais dos cidadãos.

O processo ético é um diálogo cooperativo e democrático. A sentença representa tudo o que ocorreu no processo, é produto do esforço conjunto.

É óbvio que para se chegar a uma sentença de mérito é imprescindível a observância de certas formalidades, que, em última análise, são necessárias porque se destinam a garantir a liberdade e igualdade de tratamento, porém não podem ser desmedidas, sob pena de servirem a uma burocracia frustrante e contrariarem seus próprios fins. Destarte, assegurada a participação dos interessados na formação do convencimento do julgador, na ausência de prejuízos relevantes, o problema da forma acaba caindo para segundo plano. O que importa é o resultado final.

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 09 et seq.

⁹ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011, p. 14-26, 2011, p. 176.

3.1.2 Atuação ética: o princípio da boa-fé processual

É de grande valia a exegese do princípio da boa-fé correlacionado ao comportamento esperado por quaisquer figuras participantes da relação jurídica processual. Boa-fé pressupõe verdade, transparência, lealdade, cooperação, confiança. É modelo ideal de conduta social e processual – *standard*.¹⁰

Em seu conceito ético-social, existente também fora do Direito, a boa-fé é atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade. Exatamente por isso, Rui Stoco não acredita em um conceito puramente jurídico de boa-fé. Já como *princípio*, não obstante o seu conceito vago e amplo, é fonte de validação dos atos, ganhando contornos de cláusula geral, servindo tanto ao direito privado como ao processo, orientando o comportamento dos sujeitos no exercício de todo e qualquer direito subjetivo, conforme estabelecia o art. 14, incisos I e II, do código de 1973, norma quase correspondente ao art. 77 do novo diploma.¹¹

Enquanto a moral e a ética são atributos da pessoa perante si mesma e perante a sociedade, a boa-fé é condição exigida de cada um para relacionar-se com outras pessoas, por isso o seu conteúdo deve ser averiguado em cada caso concreto.

Como já tivemos oportunidade de expor, a nova racionalidade jurídica se preocupa com a efetividade, o realismo e, neste sentido, podemos dizer que ela é mais empírica do que material. Nessa visão instrumental do processo se agrega o elemento ético – pressuposto necessário na busca da efetividade do provimento jurisdicional comprometido com a realização do justo. Desde o momento em que a

¹⁰ “Antiga a preocupação com a atuação dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidas em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, este devendo atuar em conformidade com as regras da ética.” (MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 291).

¹¹ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37 et seq.

regra moral passou a atuar em harmonia com a técnica do processo, a probidade desde então passou a servir aos propósitos da deontologia forense.¹²

Como exposto no capítulo antecedente, o código civil de 2002 consagrou três princípios básicos: o princípio da eticidade, representado pela valorização da ética e da boa-fé; o da socialidade e o da operabilidade (que se reveste de simplicidade e concretude por meio de um sistema aberto e de cláusulas gerais). Tais princípios, conforme lição de Gustavo Tepedino, podem e devem ser adaptados ao novo processo civil constitucional.¹³

O novo diploma processual valoriza sobremaneira a boa-fé, que é cláusula geral a ser atestada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, na mesma linha do sistema aberto do código civil, que também adotou a dimensão concreta da boa-fé, como já havia feito o código de defesa do consumidor, no inciso III do art. 4º:

A aplicação da boa-fé objetiva no Processo Civil transcende aos interesses das partes envolvidas na relação jurídica processual. Toda a sociedade tem interesse no resultado produzido pelo processo, não somente as partes. Não se trata apenas de identificar a vitória de um e a derrota de outro. O processo, antes que um método de debate é uma garantia fundamental do homem que tem no bojo do devido processo legal um conjunto de regras e princípios que repercutem na segurança do direito.¹⁴

Interessa-nos a exposição de Fredie Didier a respeito da boa-fé processual, ainda em comentários do diploma processual de 1973:

Trata-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral. Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos

¹² HOLANDA, 2011, p. 45-47.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. Temas de Direito Civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3-22.

¹⁴ SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *Boa-fé objetiva no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 143.

efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. A “boa-fé subjetiva” é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe princípio da boa-fé subjetiva. O inciso II do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções. (...) A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público.¹⁵

Diferentemente do conceito de boa-fé no direito privado, que se divide em subjetiva e objetiva, o *princípio* da boa-fé processual, dimensão objetiva ou comportamental, previsto expressamente no art. 5º, art. 322, § 2º, e art. 489, § 3º, do novo código, deve ser entendido como regra de conduta prática segundo um padrão ético objetivo de honestidade, lealdade, confiança e respeitabilidade recíproca.¹⁶ O elemento subjetivo da boa-fé apenas se torna relevante para fins de ilícitos processuais, portanto:

A necessidade de atuação proba das partes ao longo do processo se justifica, modernamente, pela ascensão do princípio da boa-fé objetiva, reclamando a observância do dever de cooperação das partes em prol da realização da justiça no processo. A solidariedade, antes tida como finalidade remota e lacônica no ambiente da argumentação jurídica, vivifica-se atualmente com o enfoque precípua de educar e prevenir a atuação das pessoas contra a litigância ímproba, sedimentando o reconhecimento do direito fundamental a um processo leal.¹⁷

A boa-fé objetiva, como regra de conduta, é pressuposto ou cláusula geral e aberta de interpretação de todo o Direito, tanto que sua a desobediência, além das sanções previstas pelo legislador, é capaz de influenciar, decisivamente, no resultado da causa, utilizando o julgador como prova, inclusive, o comportamento processual da parte.¹⁸

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Editorial 45. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

¹⁶ LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A favor das relações econômico-negociais: o princípio do ‘favor negotii’ no Código Civil*. In: SCIENTIA IURIS, n. 1, vol. 20, Londrina, p. 10-41, abr. 2016, p. 32-36.

¹⁷ HOLANDA, 2011, p. 174.

¹⁸ CORDEIRO, Menezes; ROCHA, Antonio Manuel da. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 648-661.

A boa-fé objetiva é entendida como de domínio da jurisprudência, o se conteúdo não advém da lei, mas da sua aplicação pelo juiz.

Com interferências recíprocas entre direito privado e público, a consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado da exigência do direito civil, mormente em se tratando de abuso do direito. Aliás, o abuso do direito e do processo configura violação ao princípio da boa-fé objetiva consagrado no art. 5º do novo diploma processual, além de ser um ato ilícito *lato sensu* pela normativa do código civil de 2002.¹⁹

3.1.3 Abuso do direito e do processo

Abuso, na lexicologia, traduz a ideia de *mau uso, uso excessivo, desmando ou desregramento*.²⁰ Abuso do direito, logo, é o uso irregular e/ou excessivo de uma determinada faculdade ou prerrogativa subjetiva prevista em lei. Apesar da existência lícita de um direito subjetivo e do manejo legal previsto, o exercício anormal o torna ilícito, dado o *desvio de finalidade* com que é movido o sujeito, que se afasta da ética e do fim social e econômico do Direito, sendo prescindíveis os elementos culpa e dano para a sua efetiva materialização.²¹

Portanto, o abuso se refere ao *modo* pelo qual o direito subjetivo é exercido, como exemplo a interposição de recurso para rediscussão de matéria já transitada em julgado com o claro propósito de tumulto processual e protelação da execução.²²

Assim, em se tratando de abuso, pelo qual não há violação direta de um direito subjetivo, maiores poderes investigativos sobre o nexos de causalidade e sobre o

¹⁹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (Org.). *Comentários ao código civil brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 01-150.

²⁰ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25-30.

²¹ OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales em America Latina. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 15-16.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 86-92.

exercício irregular do direito deverão ser verificados. Assim, a relevância da distinção entre ato abusivo e ato ilícito é *prática* porque pode interferir, por exemplo, na distribuição do ônus da prova: quando se se tratar de um mero ato ilícito, numa relação extracontratual objetiva, a prova recairá somente sobre o dano e o nexo de causalidade; se diante de um ato abusivo, seja de direito ou do processo, o ônus da prova deverá também recair sobre o *desvio de finalidade*.²³

O código civil, tratando dos atos ilícitos, como visto no capítulo anterior, incorpora o conceito acima ao dispor, a *contrario sensu*, que o *exercício regular de um direito reconhecido* não configura abuso e nem ato ilícito (art. 188, inciso I), com disciplina expressa no 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.”

Pela simples leitura, numa interpretação sistemática, o legislador adotou um critério predominantemente objetivo e finalista do abuso do direito, que subsiste independentemente da intenção agente, dispensável a comprovação do elemento subjetivo, dolo e culpa.²⁴

Em suma, o abuso é um ato ilícito em sentido amplo e a sua materialização independe de culpa porque não se exige qualquer intencionalidade do agente, diferentemente da redação que o diploma civil deu ao art. 1.228, parágrafo 2º, em se trata abuso no exercício irregular dos direitos inerentes à propriedade, segundo ensinamento do professor Rodrigo Reis Mazzei.²⁵

²³ ABDO, 2007, p. 107.

²⁴ *Ibidem*, p. 37-46.

²⁵ O presente artigo discorre sobre a incoerência entre o regime dos abusos de direito verificados nos dois dispositivos citados e visa equalizar esta contradição por meio de interpretação adequada ao código civil de 2002 e por meio do direito comparado. A solução proposta, até que se faça a reforma legislativa, fora a interpretação restritiva ao parágrafo 2º do art. 1.228, excluindo do dispositivo a exigência de “intenção” do agente (ou qualquer elemento de culpa) para fins de caracterização do abuso de direito de propriedade, uma vez que o critério finalístico-objetivo do abuso de direito estatuído no art. 187 é geral e qualquer que seja a relação ou figura privada lhe deve obediência. Inteligência esta que foi ratificada no enunciado n. 49 da I Jornada de Direito Civil (CJF). (MAZZEI, Rodrigo Reis. *Abuso do direito: contradição entre o § 2º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil*. In: Revista Forense, v. 104, n. 396, p. 207-218, mar./abr. 2008).

Interessante anotar que diferentemente do art. 186, o dispositivo 187 não faz alusão ao dano. Desse modo, a ilicitude configuradora de abuso do direito pode se materializar sem que o comportamento do agente lese especificamente outrem, porque por vezes a lesão maior em voga é em face do sistema jurídico ou do Estado-juiz. A sanção processual se revela ora pela nulidade do ato, ora pela perda de um direito processual ou material, entre outras penas distintas à indenização.

É preciso atentar que o abuso do direito foi configurado como ato ilícito em sentido amplo porque a boa-fé objetiva e os demais valores elencados na regra do art. 187 do código nada mais são que valores sociais éticos, e não culpa.²⁶

Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, mas um direito fundamental de acesso à justiça e de realização de garantias constitucionais e materiais, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada e a atribuir ao juiz maior poder para conduzir o *jogo*, com suas regras pré-estabelecidas.

Como o processo não pode ser usado ilegitimamente para prejudicar ou ocultar a verdade, os atos das partes estão sujeitos às regras éticas. Assim, o abuso do direito, instituto do direito privado, aplica-se com mais intensidade à relação jurídica processual, onde tem campo fértil.²⁷

Além do *desvio de finalidade*, outros critérios a ele combinado são reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina como violadores das regras do *fair play*. Helena Abdo elenca alguns desses outros critérios que devem ser constatados analisando o caso concreto, tais como os princípios e as cláusulas gerais da boa-fé e do devido processo legal; a falta de seriedade do ato (isto é, a falta de fundamento da demanda, irrelevância, emulação ou até mesmo o mero-capricho); a ilicitude do fim visado pelo agente; a lesividade causada à administração da justiça e a presença do

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 89 et seq.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 93-94.

dolo ou culpa.²⁸ Importa observar, pois, que, a simples transgressão a uma regra processual não é sempre abusiva.

Como vimos, a boa-fé objetiva é *standard* comportamental e direciona qualquer conduta, dentro e fora do processo. Tanto é assim que o art. 187 do código civil, ao igualar o abuso do direito ao ato ilícito (art. 186), faz referência expressa ao desvio de conduta que tem como paradigma a boa-fé, por exceder manifestamente os limites dela. O código civil de 2002 separou nos dispositivos 186 e 187, respectivamente, a responsabilidade subjetiva e objetiva (por abuso do direito), formulando um conceito abrangente de ilicitude, diferentemente do diploma de 1916, que previa somente o primeiro como pressuposto da responsabilidade civil.²⁹

A ilicitude do exercício abusivo do direito está verificada quando a conduta do sujeito é respaldada em lei, mas lhe fere totalmente o espírito, diferentemente da ilicitude do ato comum, em que a conduta descomedida não encontra qualquer apoio no direito, como já vimos. Eis a principal diferença entre ato ilícito *stricto sensu* e abuso do direito. O conceito de abuso é aberto e dinâmico: é um ato lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências.³⁰

Segundo expressamente previsto no texto legal do novo código processual, são sujeitos ativos do abuso do direito no âmbito do processo quaisquer personagens que intervenha na relação jurídica processual ou que tenham a faculdade de agir no curso do processo, contudo, são as partes que se mostram mais corriqueiras neste mister, vez que são titulares de inúmeras posições ou situações jurídicas processuais subjetivas (ativas e passivas). Tais situações jurídicas subjetivas são o

²⁸ THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 92-102.

²⁹ TARTUCE, 2013, p. 312-313.

³⁰ “Ato abusivo e ato ilícito distinguem-se fundamentalmente. Está consolidado o entendimento, entre a maior parte da doutrina atual, de que a ato ilícito é somente aquele que viola frontalmente a lei. Além disso, o ato ilícito não pressupõe a existência de qualquer direito do agente. O ato abusivo, por sua vez, pressupõe a existência de um direito subjetivo ou de uma situação jurídica subjetiva, de titularidade do agente, exercidos de maneira anormal, com desvio de finalidade.” (ABDO, 2007, p. 104-105).

objeto de abuso no processo civil porque traduzem comportamentos.³¹ Nesse contexto, salienta-se que:

Assim como só se pode admitir abuso do direito quando o agente é titular de um direito subjetivo, também só se pode admitir abuso do processo quando o *sujeito* (núcleo da situação subjetiva) é *titular* de uma posição processual (poder, dever, ônus ou faculdade). Caso contrário, está-se diante de um ato ilícito e não de um ato abusivo. (...) Apenas a titularidade de uma posição subjetiva, decorrente de uma posição legitimante, permite que dela se abuse.³²

3.1.3.1 O conjunto de deveres éticos que informam o processo e da responsabilidade das partes por dano processual – os artigos 77 a 81 do novo código de processo civil

Primeiramente, convém ressaltar que é comum o uso da expressão “dano processual” como sinônimo de prejuízo processual em virtude somente de condutas culposas, conforme assim ensina Barbosa Moreira em seu artigo clássico sobre o tema. O mesmo sentido restritivo ao termo foi encampado pelo próprio código processual novo (conforme livro I, capítulo II, seção II, arts. 77 a 81), ignorando-se as hipóteses de dano sem ocorrência de culpa no processo.

Desse modo, para o nosso sistema processual tradicional, dano processual se refere aos prejuízos advindos dos atos ilícitos efetivados na relação jurídica processual, que se relacionam com as incorreções comportamentais das partes.

Assim como no diploma anterior, o diploma processual de 2015, inspirando-se na repressão ao *contempt of court* americano, evitou a definição genérica de abuso processual, e também apenas descreveu casuisticamente no art. 80 os comportamentos dos litigantes de má-fé ou as situações reputadas como configuradoras do abuso, isto é, atos contrários à lealdade processual e ao conjunto de deveres éticos que informam o processo.

³¹ MOREIRA, Barbosa. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. In Temas de Direito Processual. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 54.

³² ABDO, 2007, p. 59-64 e 113.

Acerca dos deveres das partes e de seus procuradores, bem como de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, o novo diploma excluiu a redação contida no inciso II do art. 14 e repetiu os demais itens no art. 77, incisos I a VI, elencando em rol exemplificativo o comportamento ético esperado.³³

Não obstante a exclusão da citada redação no novo diploma em seu dispositivo correspondente (art. 77) da norma prevista no inciso II do art. 14 do diploma processual de 1973 (“competete às partes e aos seus procuradores: proceder com lealdade e boa-fé”), podemos afirmar que tal axioma pode ser encontrado no novo código processual com ainda mais expressão e coercibilidade, pois no seu art. 5º eleva o *standard* “agir com boa-fé” à categoria de norma fundamental do processo civil.

Assim, nada impede que, ocorrendo ofensa ao dever genérico de lealdade, estabelecida agora no art. 5º do código processual, mas não previsto expressamente no art. 77, a parte interessada busque, através de ação autônoma, reparação ou indenização com supedâneo no direito comum, desde que esse comportamento seja um ato ilícito, impregnado de dolo ou culpa. Já as condutas protelatórias são punidas como atentatórias à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar multa ao responsável.³⁴

O litigante de má-fé obteve tratamento independente mais uma vez: se condenado, deve responder por perdas e danos, pelo pagamento dos honorários e de todas as despesas judiciárias efetuadas pela outra parte (arts. 79 e 81).

³³ Segundo aduz o art. 77 e incisos: expor os fatos em juízo conforme a verdade (o que não significa que a parte omita fatos contrários ao seu interesse, pois não se trata de *dever de alegação total*); não formular pretensão ou apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento (não se admite fundamentação teratológica); não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito (o que contraria o princípio da duração razoável do processo do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição); cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação (este dever abrange quaisquer espécies de decisão: mandamental, condenatória e executiva *lato sensu*); declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações e não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. (NEVES, Daniel Amorim Assupção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 110-11).

³⁴ STOCO, 2002, p. 52-54.

Assim como na relação puramente contratual, pela qual a quebra dos deveres anexos gera a responsabilização civil independente de culpa daquele que desrespeita a boa-fé objetiva,³⁵ no âmbito do processo civil, de igual forma, a violação dos deveres anexos processuais passa a gerar, além da imposição das penalidades por litigância de má-fé (em caso de ato ilícito doloso), uma responsabilização por danos processuais ou materiais causados.

No exame do direito comparado, em termos bastante genéricos, Barbosa Moreira observa que as leis mais se têm preocupado com a correção formal da conduta das partes do que com a correspondência entre as suas alegações e a realidade objetiva. Um “dever de veracidade” expresso é encontrado em reduzido número de legislações. Em contrapartida, há sempre um grupo de regras, poucas que sejam, destinadas a conter em limites eticamente razoáveis o comportamento das partes e procuradores no processo, podendo-se encontrar um dispositivo de corte genérico onde se anuncie em fórmula sintética, e necessariamente elástica, esse outro aspecto da obrigação de atuar de maneira correta.³⁶

O processo é um jogo, mas não de esperteza, é instrumento ético de efetivação dos direitos da cidadania, é uma ferramenta técnica de ordem axiológica, como defendemos. Essa é uma tese que surge com a previsão expressa da boa-fé no novo diploma processual como norma fundamental e que deve ser debatida profundamente nos próximos anos.³⁷

Em relação aos ilícitos processuais *stricto sensu*, claramente identificados no rol taxativo do art. 80 do novo código processual, podemos dizer que todos eles tiveram origem na experiência prática, a partir de casos de abuso do direito no âmbito do processo. Tais hipóteses são classificadas como ilícitos somente por apresentarem a característica de contrariedade à lei. Isto é, são ilícitos porque assim o quis o

³⁵ Conforme expressa os enunciados n. 24 e n. 363 do CJF/ STJ, da I e IV Jornada, respectivamente.

³⁶ MOREIRA, 1978, p. 16-17.

³⁷ TARTUCE, 2016, p. 40.

legislador ao positivar as ocorrências mais frequentes do abuso do processo, já que seria impossível prever e positivar todos os possíveis casos de abuso.³⁸

Por isso, a conduta irregular dos sujeitos processuais está traduzida, em grande parte, na prática de um *ato abusivo* e não de um *ato ilícito stricto sensu*, mesmo porque o abuso do processo independe de hipóteses explícitas escrita em lei, podendo manifestar-se de acordo com casos tipificados de litigância de má-fé (art. 80 do código novo), em atos atentórios à dignidade da justiça (art. 77, incisos IV e VI) e genérica e indiretamente por atos eivados de desvio de finalidade.

Qualquer que seja a ação, o excesso se manifesta quando a demanda judicial é usada para prejudicar outrem, ultrapassando os limites do escorreito exercício do direito, mesmo que essa não seja a intenção original do litigante.

Acerca do regime da responsabilidade civil e das sanções pelas atitudes dos partícipes da relação jurídica processual, ilícitas em sentido amplo, incluindo as atitudes abusivas que excedem manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; as atitudes que violam os deveres comportamentais ideais previstos no art. 77 do novo código de processo e as atitudes de má-fé, cabe notar que as consequências normativas, no geral, serão as mesmas de todo e qualquer conduta ilícita do direito privado.

As sanções processuais, que não se excluem mutuamente, revelam-se ora pela nulidade do ato, como forma de corrigir o erro causado pelo transgressor, ora pela perda de um direito processual, pelas multas processuais sem caráter penal e a obrigação de indenizar, como forma de reprimir e prevenir a transgressão. A prestação pecuniária (perdas e danos) em face do comportamento incorreto de má-fé da outra parte configura a responsabilidade por dano processual, sem que o litigante seja vencido na causa ou no incidente.³⁹

³⁸ ABDO, 2007, p. 108-109.

³⁹ MOREIRA, 1978, p. 17-23.

É de primordial constatação e conclusão que a fórmula da lei deve ser necessariamente elástica e genérica para que o intérprete possa adaptá-la à verdade do caso concreto, reforçando os poderes conferidos ao juiz na condução do processo, mormente para que a responsabilidade civil possa abarcar todas as atitudes que violem o conjunto de deveres éticos que informam o processo. Mesmo porque, em um sistema aberto, composto por muitas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a vagueza do conceito de boa-fé objetiva possibilita aplicação de abrangência ampla a favor do processo civil moderno.

3.1.3.2 Abuso do direito de demandar

O abuso do direito de invocar a prestação jurisdicional constitui uma postura lesiva explícita ou temerária, uma conduta grave ao princípio da boa-fé por ausência de fundamento ou emulação. O processo acaba sendo um instrumento inócuo sem entregar a tutela jurisdicional efetiva.

Pelo novo código processual é possível a configuração do abuso de demandar pois expressamente prevê como litigante de má-fé aquele autor que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso e/ou alterar a verdade dos fatos” (art. 80, incisos I e II). Assim, não basta o insucesso da demanda, mas a intenção e a externalização temerária. Outro caso típico de abuso praticado pelo autor, quase sempre em conluio com o réu, é o processo simulado ou fraudulento.⁴⁰

Às portas do Judiciário não se admite a vontade desmedida de demandar, a litigância compulsória, o uso imoderado das faculdades processuais, isto é, a pretensão obsessiva de postular contra tudo e todos.

Interessante notar que rechaçar demandas abusivas não significa restringir o direito de acesso à justiça, pelo contrário. Por ser o processo uma garantia constitucional democrática a serviço do direito material, nada mais lógico que as pretensões que

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 113.

não visem tal desiderato sejam repelidas do sistema. A todos é oportunizado o acesso à justiça, mas desde que de forma regular e isento de pretensões egoísticas:

Dizer que o poder de ação pode ser objeto de abuso não significa de modo algum negar a garantia fundamental de acesso à justiça. Como já se afirmou, a liberdade de que gozam os sujeitos processuais é *relativa* e não absoluta. Assim, a liberdade no exercício do poder de ação está limitada pela vedação ao abuso do processo. É certo que, hoje em dia, o processo civil busca o acesso pleno à justiça, principalmente a partir da *universalização* da tutela jurisdicional, com a redução ao máximo do número de conflitos não-jurisdicionáveis e o tratamento adequado àqueles jurisdicionados. Todavia, é igualmente certo que não basta apenas universalizar a tutela. A ciência processual atual está preocupada com os *resultados* do processo. Dessa forma, a teoria do abuso em nada conflita com a garantia do acesso à justiça, mas apenas deixa claro que o *abuso* no exercício das situações subjetivas que compreendem a garantia da inafastabilidade do poder jurisdicional, esse sim, é repudiado pela ordem jurídica.⁴¹

Neste sentido, Humberto Theodoro lembra que “todos os direitos são relativos e sujeitam-se à observância de requisitos e pressupostos definidos em lei. O direito de ação não foge a essa contingência”.⁴²

O abuso do direito de demandar macula todo o processo, apesar de nenhum ato aparentemente se apresentar infringente ao preceito da lealdade ao longo da marcha processual, diferentemente de um ato isolado ou episódico de má-fé por alguma das partes, que pode ser individualmente anulado ou reconhecido para impor sanção pecuniária ao seu feitor.⁴³

3.2 DOS DANOS DECORRENTES DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Como visto no capítulo antecedente, três são os elementos indispensáveis para a materialização do direito à reparação ou do dever de indenizar, dentre eles o dano sofrido injustamente pela vítima, buscando reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes, ou indenizá-la quando o primeiro não for possível.

⁴¹ ABDO, 2007, p. 191.

⁴² THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 113-114.

⁴³ STOCO, 2002, p. 76-77.

Como a responsabilidade civil tem por finalidade, qualquer que seja a modalidade sob a qual se manifesta, recompor o patrimônio jurídico lesado (dada a sua função primordialmente reparatória, apesar de apresentar também a função punitiva e pedagógica de desestímulo), a essencialidade do dano se encontra expressa no art. 186 do código civil.

O dano é um elemento necessariamente fático que consiste, independente de qual seja a sua causa, na lesão, por ação ou omissão, a qualquer bem jurídico ou interesse juridicamente tutelado, e aí se inclui o dano moral. E cabe lembrar que esse acontecimento danoso, além de ter um mínimo de gravidade, deve ser certo quanto à sua existência, atual, não pode ser meramente hipotético, e pessoal.⁴⁴

Cumprir observar que parte da doutrina procura diferenciar dano (o fato bruto) de prejuízo. Este seria a consequência daquele. Muitas vezes, ainda, a palavra dano vem empregada para aludir não à lesão a um interesse juridicamente protegido, mas à consequência desta lesão, isto é, ao prejuízo. Têm-se então dois danos: dano-evento e dano-prejuízo. Ambos os danos comportam subdivisões. O dano-evento pode se qualificar como lesão à pessoa, ao patrimônio e à terceira pessoa. O dano-prejuízo pode ser agrupado em dano patrimonial, moral e social.⁴⁵

O dano é atentado material, elemento objetivo, enquanto o outro é atentado jurídico, elemento subjetivo, que exige, para sua caracterização, a qualidade da vítima, já que só a agressão a um direito subjetivo pode ser qualificada de prejuízo. Assim, o prejuízo limita o quadro da responsabilidade, podendo o dano designar outra lógica de reparação a depender do lesado.⁴⁶

Tal distinção, porém, a nosso ver, tem pouca ou nenhuma relevância para a literatura jurídica, que os emprega indistintamente.

⁴⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 79.

⁴⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 654-657.

⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 7

3.2.1 Dano processual

A regra geral da responsabilidade civil no nosso sistema é dúplice e de igual importância, como já tivemos oportunidade de estudar: a responsabilidade civil subjetiva (com fundamento no art. 186 do código civil) e a objetiva (com fundamento no parágrafo único do art. 927), que incidem sobre a conduta que viola o dever jurídico geral de não causar danos a quem quer que seja (art. 927, *caput*). Há convivência harmônica entre as teorias subjetiva e objetiva – como forças paralelas que convergem para um mesmo fim, qual seja, proteger o direito lesado e ressarcir o dano.⁴⁷

O dano processual é o prejuízo causado a outrem por aquele que pleitear, com má-fé, em juízo, como autor, réu ou interveniente (art. 79 do CPC), este é o tradicional e o legal entendimento.

Entende-se, pois, que o dano processual propriamente dito se resume a abusividade de retardar o processo se utilizando dos meios processuais legítimos, porém sem contraprovas ou fatos novos pertinentes à lide. Agindo assim, o *improbis litigator* compromete a realização do processo justo. O litigante de má-fé, como já ressaltado anteriormente, indenizará à parte contrária todos os prejuízos que sofreu mais os honorários advocatícios e as despesas efetuadas no processo.

Como já salientado, é comum o uso da expressão “dano processual” como sinônimo de prejuízo processual em virtude somente de condutas culposas, conforme encampado pelo livro I, capítulo II, seção II, arts. 77 a 81, do novo código.

É necessário esclarecer que, ao nosso sentir, a expressão deve ter uma abrangência de maior amplitude. Neste sentido e conseqüentemente, a expressão correlata “responsabilidade civil processual” deve abranger o regime reparatório decorrente seja da culpa quanto do risco.

⁴⁷ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44.

Barbosa Moreira salienta que em alguns casos previstos no diploma processual se exige a presença do elemento subjetivo da litigância de má-fé, como no requerimento doloso da citação por edital, na atuação dolosa do órgão jurisdicional e em algumas hipóteses do atual art. 80 (incisos I a IV), mas nem todos os casos se exige a má-fé subjetiva (como no caso dos incisos V a VIII). Trata-se de um dado relevante para confirmar a existência de uma cláusula geral de proteção da boa-fé objetiva.⁴⁸

A sanção para o dano processual está prevista no *caput* do art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa processual, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos (perdas e danos) que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

Cumprido dizer que as parcelas de honorários advocatícios e das despesas efetuadas no processo já compõem obrigatoriamente a indenização. Ou seja, quando o infrator vem a ser vencido no feito, tal circunstância já é suficiente para que ele seja condenado pelo juiz de ofício a pagar ao vencedor as despesas que este antecipou (que inclui: custas dos atos do processo, indenização de viagem, remuneração do assistente técnico e diária de testemunha) e os honorários do respectivo advogado, segundo dispõem os arts. 82, parágrafo 2º, 84 e 85, *caput*, do CPC/ 2015. Todavia, interessante é notar o seguinte:

Nesse caso, portanto, fica parecendo que, embora varie o *fundamento* da condenação, o resultado *prático* é sempre igual, quer se tenha havido má-fé por parte do sucumbente, quer não. Pensamos, todavia, que ainda resta uma diferença no tocante às verbas das despesas: o reembolso decorrente da mera sucumbência abrange as custas processuais, indenizações de viagem, remuneração do assistente técnico e diárias de testemunhas (art. 20, § 2º). Como sanção da má-fé, poderia ir além, compreendendo outras parcelas aí não referidas. É o que o art. 18, *caput*, tem em sua parte final, manda incluir na indenização a que faz jus o prejudicado “*todas as despesas que efetuou*” – contanto que se relacionem, é claro, com o processo. (...) Convém ressaltar, entretanto, que, se a parte se houver comportado como litigante de má-fé apenas em algum *incidente* do

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 26, apud DIDIER JR., Fredie. Editorial 45. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: jan. 2016.

processo, as despesas por ele indenizáveis ao lesado, a esse *título*, serão exclusivamente as que hajam *resultado* da conduta incorreta.⁴⁹

Para o sistema da condenação por dano processual, não importa a sorte que assistiu a qualquer das partes no deslinde do feito: a condenação pode ser imposta ao vencedor ou ao perdedor, ou até a ambos. Ainda, o pronunciamento judicial constituirá capítulo específico da sentença, da decisão interlocutória ou do acórdão e será considerado autonomamente para fins de recorribilidade e de transito em julgado.⁵⁰

Como se nota, no plano processual só é indenizável o dano que decorre de conduta subsumível a pelo menos um dos *standards* previstos em lei. Já no plano material, diferentemente, todo dano é ressarcível porque não se inspira no propósito de reprimir a má-fé ou a abusividade no comportamento dos litigantes.

O dano processual envolve as perdas ou diminuições decorrentes da atividade processual, como as decorrentes pelo fato do próprio processo (custas e honorários advocatícios) e as externas a ele, moral e material.

3.2.2 Dano pessoal decorrente do processo e a responsabilidade civil objetiva

Assim como em qualquer outra circunstância fática, a relação jurídica processual é capaz de gerar danos aos sujeitos nela envolvidos. Se comprovada, durante a marcha processual, a existência dos elementos essenciais da responsabilidade civil, a ação indenizatória sem dúvidas se legitima.

Toda responsabilidade civil, toda a sua teoria geral, exposta no primeiro capítulo, aplica-se ao processo, com naturais e pequenas adaptações.⁵¹

Não há que se falar, pois, em autonomia da responsabilidade civil processual, segundo defende alguns doutrinadores, dentre eles, Luso Soares, data vênica.⁵²

⁴⁹ MOREIRA, 1978, p. 30-31.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 28.

⁵¹ ABDO, 2007, p. 110.

A responsabilidade civil pertence, *mutatis mutandis*, à Teoria Geral do Direito, não apenas do Direito Civil, é gênero do qual a responsabilidade civil processual é espécie.

Neste momento da pesquisa estamos circunscritos às hipóteses de danos que se originam da relação jurídica processual sem que o autor, o réu ou o interveniente estejam agindo ilicitamente, de má-fé ou com abuso processual. Diante do presente corte metodológico, é o momento de verificar, não estando irregular a conduta dos sujeitos processuais, seja pela prática de um ato abusivo ou de um ato ilícito *stricto sensu*, quais os danos pessoais que o processo pode ocasionar especialmente ao réu vencedor da demanda ou de medida incidental à mesma.

Por meio desse rompimento na análise metodológica, importa-nos aprofundar o exame da responsabilidade civil objetiva do autor no novo diploma processual. Não há que se falar, por ora, em atos ilícitos *lato sensu* e nem em violação intencional da boa-fé processual.

O processo não é um jogo de esperteza e mesmo que as partes ajam com lealdade e de acordo com os padrões da boa-fé objetiva, é possível que não consigam evitar alguns expedientes ou exageros decorrentes do livre exercício do direito subjetivo da ação. Então, verifica-se que uma demanda pode representar danos, às vezes irreversíveis, àqueles que nela se veem envolvidos, mormente ao réu porque desta situação não pode escapar. O processo, logo, pode ser sim fonte de responsabilidade civil objetiva.

Como visto, o art. 77 do novo diploma processual elenca, em rol exemplificativo, uma série de condutas probas a serem exercidas pelas partes, seus procuradores e todos os que de qualquer forma participarem do processo. Trata-se de deveres jurídicos *primários* de atuação na relação jurídica processual, com inspiração na cláusula geral da boa-fé objetiva prevista expressamente no art. 5º do código novo.

⁵² SOARES, Fernando Luso. *A reponsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 139.

Mesmo não violados tais deveres basilares de conduta, é totalmente plausível que em determinada circunstância da relação jurídica processual ocorra dano pessoal, material ou moral, em face dos litigantes. Exsurge a obrigação ou o *dever sucessivo* de reparar o dano pelo litigante causador do aludido prejuízo. As sanções processuais previstas em várias partes do novo diploma processual não poderão ser aplicadas à parte não-ímproba, o que difere se difere das consequências sucumbenciais. A responsabilidade civil objetiva ganha campo fértil de incidência e desenvolvimento no processo e não se confunde com as verbas anteriormente mencionadas.

O código de processo civil de 2002, assim como o seu antecessor, adotou sistema misto de responsabilização, como já dissemos anteriormente. Ora a responsabilização se funda na má-fé, na culpa, no dolo e no abuso. Ora a culpa *lato sensu* ou o ato ilícito já não importam para ensejar a obrigação reparatória.

Contudo, cumpre notar que ambas as modalidades de responsabilidade podem ser cumuladas.⁵³

A autonomia e a subjetividade do direito de ação ou do ato de demandar serve como uma poderosa invocação da garantia do Estado. Por isso é possível que existam no sistema processual, além de lides temerárias e demandas infundadas de substrato lógico, vez que o direito de provocar a jurisdição é completamente distinto do direito material, as demandas que causem especialmente ao impetrado danos pessoais de ordem patrimonial e extrapatrimonial.

O autor, como agente que inaugura a relação jurídica processual ao exercer num primeiro momento o direito subjetivo de ação, reivindicando eventual interesse protegido abstratamente pelo ordenamento, é quem provoca a imperatividade da nova relação e cabe ao réu, por sua vez, estar circunscrito aos limites impostos pelos pedidos daquele.

⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380.

A conduta irregular dos sujeitos processuais está traduzida, em grande parte, na prática de um ato abusivo e não de um ato ilícito *stricto sensu*, mesmo porque o abuso independe de hipóteses explícitas escrita em lei, podendo manifestar-se genericamente ora de acordo com casos tipificados de litigância de má-fé (art. 80 do novo código processual), ora em atos atentórios à dignidade da justiça (art. 77, incisos IV e VI), ora em atos contrários aos deveres jurídicos primários de atuação na relação jurídica processual (art. 77, incisos I, II, III e V) e ora genérica e indiretamente por atos eivados, finalmente, pelo desvio de finalidade (atos abusivos). Em um sistema aberto, composto por muitas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a vagueza do conceito de boa-fé objetiva possibilita aplicação de abrangência ampla a favor do moderno processo civil. Qualquer que seja a ação, o excesso pode se manifestar mesmo quando a demanda judicial não é usada para prejudicar outrem, mas ultrapassa os limites do escorreito exercício do direito, não obstante esta não seja a intenção original do litigante.

Neste interim, também por uma numa visão ampla da responsabilidade civil objetiva e da interpretação moderna que damos ao parágrafo único do art. 927 do código civil, segundo os nossos estudos relativos ao primeiro capítulo, o réu tem pela parte autora o direito de reparação dos danos manifestados por meio do processo.

A segunda parte do parágrafo único do art. 927, uma cláusula geral, foi a grande novidade do código civil de 2002 ao fazer um alargamento interessante da incidência da responsabilidade civil objetiva, ao passo que o legislador preferiu deixar que o intérprete decidisse quando a norma deverá ser aplicada à luz de apenas alguns parâmetros essenciais impostos pela lei, qual seja, a conjugação entre a atividade e o risco. Ocorre que:

A doutrina civil até agora produzida defende o argumento de que a para “atividade” referida no dispositivo se limita a uma conduta reiterada habitualmente exercida na modalidade prestação de serviços e não uma mera atuação cotidiana do indivíduo comum (...). Na verdade, o sentido da expressão merecerá análise aprofundada por parte dos nossos tribunais e

da doutrina, evitando abusos do Judiciário, pois em uma sociedade em que todos indenizam tudo, ninguém recebe indenização alguma.⁵⁴

A norma enuncia que haverá o dever de reparação, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desempenhada pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem, em consagração à *cláusula geral da responsabilidade objetiva*. Tal cláusula se consubstancia pela soma das expressões “atividade”, isto é, a soma de atos humanos que mantêm entre si uma correlação temporal, lógica e coordenada – não é, pois, uma atuação isolada, e “risco”, isto é, a probabilidade concreta de *perigo* que deriva da própria atividade.⁵⁵

A responsabilidade objetiva no processo não é exceção, a nosso ver, assim como não o é mais considerada no direito civil. Prescinde de autorização expressa e, neste sentido, a teoria que também se aplica à relação jurídica processual é a do risco criado, não a do risco-proveito.

A atividade “normalmente desenvolvida”, como se deduz, é o ato lícito, normal, regulamentado e permitido pelo ordenamento jurídico. Desse modo, constata-se uma hipótese de responsabilização civil por atos que podem se revelar, em um primeiro momento, legais e válidos, como é o caso da atividade processual do autor na demanda na maioria das vezes.

O legislador considera condenável o ato que seja, por sua natureza, perigoso e que venha a causar dano. Ou seja, este ato é antijurídico produz traduz um prejuízo que o legislador considera que afronta o direito da vítima de não ser lesada. Independentemente da presença de culpa, o ato que causa um dano pelo a lei determina o dever de indenizar é antijurídico em sentido amplo, segundo o ensino de Francisco Vieira Lima Neto.⁵⁶

⁵⁴ LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – crítica à luz do novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 264.

⁵⁵ TARTUCE, 2011, p. 182-196.

⁵⁶ LIMA NETO, 2006, p. 260-261.

Em suma, pode-se conceituar a responsabilidade civil objetiva genérica ou a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil, como a sanção civil imposta ao agente do dano consistente na reparação do prejuízo causado à vítima em virtude da realização de condutas que não visem somente o enriquecimento, havendo necessidade de mínima ligação entre a conduta danosa e as práticas rotineiras de determinada pessoa física ou jurídica, regular ou irregular, em virtude da própria atividade desenvolvida pelo agente ou dos meios pelos quais ela é executada, diante da previsibilidade e efetivação do dano.⁵⁷

Daí ser importante dar efetividade e operabilidade máxima ao dispositivo, a fim de que ele realmente tenha relevância tanto na realidade privada quanto na relação jurídica processual.

Como já tivemos oportunidade de expor anteriormente, o risco criado está presente nas situações em que uma atividade ou mesmo um simples ato isolado cria riscos ao direito de outrem. Não necessariamente haverá uma atividade, no sentido de uma coordenação de atos com uma finalidade específica, como por exemplo na responsabilidade objetiva pelos objetos caídos ou lançados de prédio urbano ou rural (art. 938 do código civil).⁵⁸ No risco-proveito devem existir vantagens patrimoniais àquele que o cria em desfavor de outrem, como é a teoria de risco adotada pelo código de defesa do consumidor. Existem também, como sabido, outras modalidades de risco: o risco-profissional, o risco integral, entre outros.

O art. 927, parágrafo único, enuncia simplesmente a responsabilidade civil objetiva que decorre de atividade de risco normalmente desempenhada pelo autor do dano. É a adoção da teoria do risco criado. Há no dispositivo, na verdade, um risco excepcional, acima da situação de normalidade, mas que não chega a ser um perigo (todavia, havendo perigo, o dispositivo pode ser subsumido). Eis um conceito

⁵⁷ SOUZA, 2010, p. 112.

⁵⁸ LIMA NETO, 2006, p. 263.

mutante ou variável de risco, que pode se enquadrar em qualquer uma das suas espécies teóricas.

A teoria do risco adotada na segunda parte do parágrafo único do art. 927 é aberta porque o legislador não convencionou o risco a uma atividade lucrativa ou a uma prestação de serviço (seja pelo risco profissional ou pelo risco-proveito), mas mencionou o risco que decorre da atividade por si só, havendo ou não lucro ou benefício ao agente. Por isso que dissemos que o risco assume no parágrafo do referido dispositivo legal um conceito mutante ou variável.⁵⁹

É óbvio, segundo Caio Mário, que se supõe que a atividade possa ser até proveitosa para o responsável, porém não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente:

Uma atividade normal, exercida por alguém, pode ser a causa da reparação, desde que em si mesma cause dano à vítima. A ideia fundamental da teoria do risco pode ser simplificada, ao dizer que, “cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas consequências danosas”. (...) A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco-proveito. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.⁶⁰

Neste sentido, o ato de demandar é uma atividade típica do autor, é atividade “normalmente desenvolvida” por ele. É um ato de risco. Incide sobre a conduta do autor toda a exegese incidente sobre a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil.

Assim sendo, excluindo-se a ideia de anormalidade do ato danoso, uma vez que a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil vincula a obrigação ressarcitória a uma “atividade normalmente desenvolvida”, o réu lesado na demanda não necessita de provar se o autor estava ou não no exercício de sua atividade

⁵⁹ TARTUCE, 2011, p. 218-222.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 284-285.

habitual, ou se procedia dentro dos usos e costumes do ambiente social em que opera. Por outro lado, descabe ao autor sucumbente e causador do dano a escusa de não haver incidido em um comportamento excessivo. A eliminação destas qualificações retira, portanto, a doutrina do risco criado de qualquer influência da teoria subjetiva.⁶¹

É importante ressaltar que refutamos dizer que a norma da responsabilidade civil objetiva, incidente sobre o autor da relação jurídica processual, é semelhante à do código consumerista. Não partilhamos do entendimento de que, para a “segurança das relações jurídicas”, é necessária expressa previsão ou estipulação em lei de hipóteses de incidência da responsabilidade civil sem culpa, não se permitindo, por isso, construção doutrinária ou jurisprudencial a respeito, cumprindo à doutrina “somente definir a atividade que normalmente implica risco para outrem”.⁶²

Não obstante a prescindibilidade da previsão expressa do direito de reparação ou incidência do dever de indenizar, pouquíssimas são as autorizações previstas tanto no código civil de 2002 e no código de processo civil de 2015 acerca da responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente.

Numa análise sistemática dos citados diplomas legais, podemos elencar os mais relevantes dispositivos civis: arts. 333, 939, 940, 941, 1.425 e 1.456.

3.2.2.1 Autorizações legais no código civil de 2002 – a responsabilidade civil objetiva do autor?

O art. 939 do código civil de 2002 é enfático ao dispor que o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

⁶¹ PEREIRA, *loc. cit.*

⁶² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7 ed. Barueri/ SP: Manole, 2014, p. 644-645.

Os casos que a lei permite o autor cobrar o devedor antes de vencida a dívida estão previstos nos arts. 333, 1.425 e 1.465 do código civil. Os incisos e parágrafo único do art. 333 enumeram três situações de vencimento antecipado da dívida: a) em caso de insolvência com abertura de concurso creditório; b) em caso de constrição judicial em processo de terceiro, que comprometa a garantia real que foi oferecida pelo devedor ao credor; c) se razões econômicas e jurídicas apontarem para o enfraquecimento das garantias dadas para o cumprimento da obrigação e devedor, intimado, se negar a reforçá-las. O art. 1.425 robustece a presunção de insolvência, perecimento ou desapropriação do bem dado em garantia e o art. 1.465 alerta acerca do vencimento antecipado do crédito pignoratício.⁶³

Maria Helena Diniz defende que o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida estará agindo de má-fé. Se provar que estava de boa-fé pagará somente as custas vencidas na ação de cobrança, de que decairá, por ser intempestiva.⁶⁴

Pelo art. 940, o autor que demandar o réu por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, é obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Nesse caso, segundo ensinamento de Nelson Nery, o devedor deverá ajuizar reconvenção ou pedido contraposto, conforme o caso, ou mesmo propor ação autônoma em autos distintos, pleiteando a aplicação da penalidade em questão.

No caso de cobrança indevida, mas de boa-fé, existe discussão acerca da incidência ou não da regra, prevalecendo o entendimento de que a imposição desta pena exige prova de que o autor tenha agido com dolo, malícia ou má-fé, o que discordamos. No caso de cobrança excessiva, mas de boa-fé, há quem defenda ainda a incidência da súmula n. 159 do Supremo Tribunal Federal: "Cobrança excessiva, mas de boa-

⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 957.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 702.

fé, não dá lugar às sanções do art.1.531 do Código Civil” (o art. 1.531 do código civil de 1916 corresponde ao art. 940 ora comentado).⁶⁵

No entendimento de Maria Helena Diniz, somente será aplicada a pena se houver má-fé do credor, visto que o art. 940 estabelece uma sanção civil de direito material, contra demandantes compulsivos, como as do arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil de 1973, punindo-se o ato ilícito de cobrança indébita. Logo, para a autora, não haveria de se falar em absorção do art. 940 do código civil pelos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil:

Há uma relação de complementação entre esses artigos, pois eles não se excluem, mas se complementam, pois fixam a forma de reparação das perdas e danos. (...) A pena do art. 940 deve ser pedida em ação autônoma ou na reconvenção, mas a condenação por litigância de má-fé por perdas e danos (CPC, arts. 16 a 18) pode dar-se na própria ação em que se verificou, embora haja julgado admitindo a sua imposição *ex-officio* pelo órgão judicante, deve ser arbitrada em porcentagem sobre o valor da causa ou da condenação.⁶⁶

Como visto acima, no sistema do código civil, sempre se entendeu, majoritariamente, que a cobrança prematura, para justificar as sanções aplicáveis, deveria provir de conduta maliciosa, sob pena de inibir o ajuizamento de demandas. Melhor, porém, é a analogia que se pode fazer com a orientação da legislação do consumidor, que exime da penalidade o credor apenas quando ele demonstre que a cobrança derivou de engano justificável, quer dizer, aquele que, a despeito de todas as cautelas razoáveis exercidas, acabou por se manifestar. É interessante ponderar inclusive o seguinte:

Aliás, Caio Mário defendia, antes do CC/ 2002, tratar-se de caso de ato ilícito indenizável por culpa presumida do credor, no mínimo, porque ele sabe ou deveria saber qual a data do vencimento da obrigação. Ou seja, a tendência é, segundo se crê, a extensão à responsabilidade de que ora se agita da mesma sistemática do art. 42, parágrafo único, do CDC, dando-se a sanção como regra, apenas se permitindo ao agente a demonstração de engano justificável na cobrança indevida e, mais, objetivamente apurada.⁶⁷

⁶⁵ DINIZ, 2014, p. 959.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 702-703.

⁶⁷ PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2013, p. 929.

De fato, se há evidenciado a falta de dever de cuidado de quem cobra, corolário do princípio da boa-fé objetiva, em sua função supletiva, de revelação da eticidade, um dos três princípios cardeais da legislação civil (ao lado da operabilidade e socialidade), nada mais razoável que incida as regras da responsabilidade civil objetiva ao autor no caso.

Assim, julgamos a súmula n. 159 do Supremo suplantada e, logo, não pode ser mais aplicada. Acede, pois, a aplicação do art. 42, parágrafo único, do código de defesa do consumidor, por analogia, visto que há também na relação entre iguais um dever de cuidado genérico no código civil. Há quem defenda que, inclusive, a incidência da sanção ao autor independa de qualquer verificação de efetivo prejuízo ao devedor, sendo costume asseverar haver no caso uma sanção fixada *a priori*, com presunção de dano, por isso cuja prova se dispensa.⁶⁸

Interessante é o texto do art. 941 pelo qual dispõe que as penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

A indenização do réu após a desistência da ação de indenização movida pelo autor é uma novidade do código civil de 2002. Essa possibilidade é viável no caso de o réu ter sofrido em função da propositura da ação. Como o preceito da norma só incide se a desistência da ação ocorrer antes da contestação, duas hipóteses são possíveis no que diz respeito ao momento processual adequado para o pleito da indenização: a) caso o autor tenha requerido a desistência antes da citação do réu, este ainda não terá sido incluído na relação processual, o que o obrigará a propor nova ação para pleitear a indenização dos supostos prejuízos; ou b) caso a desistência tenha ocorrido depois da citação, o réu deverá com ela consentir (art. 485, § 4º, do CPC/ 2015). É possível que o réu negue consentimento à desistência da ação e, ainda, ajuíze reconvenção para discutir o prejuízo diretamente nos

⁶⁸ PELUSO, 2013, p. 930-931.

mesmos autos. Neste ultimo caso, o réu deverá se sujeitar ao prosseguimento da ação proposta contra si.

Havendo a citação do devedor e a posterior desistência da ação, o réu pode vir a ter direito à indenização se provar que, em virtude dessa ação ser indevidamente proposta, causou-lhe algum prejuízo. Da desistência da ação antes da contestação do réu, se não houver prejuízo para o devedor, apenas caberá ao autor arrependido o pagamento das custas processuais, mas não em dobro (que é uma das espécies de sanção material do art. 939 anteriormente comentado).⁶⁹

O autor só possui o direito de demandar dívida que está vencida, ou seja, quando esta é exigível. Não pode cobrar também por dívida já paga, parcial ou totalmente, ou cobrar dívida em excesso. Assim, os arts. 939, 940 e 941 representam formas de liquidação do dano ocasionado por cobrança indevida em que há sanções civis sérias ao autor, de má-fé ou não conforme pensamos.

O autor que demanda o réu antes da dívida vencida está incorrendo em falta grave, mas se provar que estava de boa-fé, para Nelson Nery e Maria Helena Diniz, terá apenas a ação decaída com o ônus das custas. A sanção material ao autor consistirá no desconto dos juros do devedor correspondente ao tempo que falta para o vencimento, bem como no pagamento das custas processuais em dobro. Como o ato é ilícito, o autor, além das sanções do art. 939, ainda deverá esperar vencer a dívida para receber a obrigação contraída.⁷⁰

Pela análise dos dispositivos do código civil que preveem expressamente a responsabilidade civil do autor sucumbente por demandar indevidamente em face do réu, notamos claramente que existe uma tendência doutrinária em defender a subjetividade da responsabilidade prevista no microssistema formado pelos arts. 333, 939, 940, 941, 1.425 e 1.456 do código civil de 2002.

⁶⁹ CHINELLATO, 2014, p. 655-656.

⁷⁰ NERY JÚNIOR, 2014, p. 968.

Apesar de considerarmos ser irrelevante a estipulação ou a previsão expressa em lei de hipóteses de incidência da responsabilidade civil sem culpa, a construção doutrinária e jurisprudencial a respeito do citado microssistema considera ser subjetiva a responsabilidade civil do autor que demandar o réu por dívida não vencida, por dívida já paga, no todo ou em parte, ou por cobrança em excesso.

Para Caio Mário, os arts. 939 e 940 do código civil de 2002 claramente representam a responsabilidade civil objetiva do demandante, conforme se partilha do posicionamento.⁷¹

É importante ressaltar, ainda, conforme lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, que o art. 940 do código civil se aplica exclusivamente à demanda que visa à condenação ao pagamento de quantia, não se aplicando à execução provisória, cuja disciplina está no art. 776 do novo código de processo civil.⁷²

Como já acastelado, é de crucial importância que a norma, no caso a que estatui a responsabilidade civil objetiva, seja necessariamente elástica e genérica para que o julgador possa manipulá-la de acordo com as necessidades do caso concreto, reforçando o poder instrutório e decisório do juiz.

Mesmo porque um das vantagens da responsabilidade civil sobre o sistema da culpa é não impor à vítima uma prova diabólica, além do mais, sem a exigência da prova da culpa, os processos são mais céleres e menos custosos.⁷³

Apesar da desnecessidade de clara previsão do direito de reparação ou do dever de indenizar, mínimas e quase inexistentes são as autorizações, segundo a construção doutrinária e jurisprudencial atual, previstas no código civil de 2002 acerca da responsabilidade civil objetiva do autor.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário. Instituições de direito civil – Vol. III. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 53.

⁷² NEVES, 2016, p. 1.212.

⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p 392-393.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO AUTOR SUCUMBENTE NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

4.1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS – UMA PRÉVIA SINOPSE SOBRE O RISCO PROCESSUAL

Até o presente momento nos interessou discorrer sobre a responsabilidade civil incidente sobre a relação jurídica processual, bem como sobre o dano processual e pessoal decorrente de atos jurídicos processuais lícitos e ilícitos (incorreção do comportamento), com enfoque no abuso do direito e do processo, nos atos ilícitos em sentido estrito, ou seja, aqueles que violam os deveres de comportamento na relação jurídica processual, previstos no art. 77 do novo diploma, os atos de má-fé propriamente ditos e os atos atentórios contra a dignidade da justiça.

Após toda a produção e revisão bibliográfica realizada nos dois capítulos anteriores, é possível e imperioso arquitetarmos o presente tópico acerca do regime jurídico da responsabilidade civil objetiva da atividade típica e de risco do agente que inaugura a relação jurídica processual, com base no novo código processual. Ao ato jurídico de demandar, com base nos dois fundamentos da responsabilidade civil, o risco e a culpa (a culpa *stricto sensu* e o dolo ou má-fé), são lançadas algumas regras processuais pontuais em caso de sucumbência do autor.

Interessa-nos agora conhecer e ponderar de modo reflexivo na possibilidade da incidência da responsabilidade civil do autor em caso de ausência de quaisquer incorreções comportamentais objetivamente consideradas, isto é, em hipótese em que o autor, guiado sempre pela boa-fé objetiva durante a marcha processual, vê-se obrigado a indenizar o réu caso venha a ser a parte sucumbente ou vencida na relação. Contudo, antes de uma análise dogmática incidental sobre o texto literal do novo código de processo civil, para fins de verificação dos dispositivos legais autorizativos da responsabilidade civil objetiva do autor, convém, inicialmente, conectar o que já fora delineado nos capítulos anteriores com o propósito deste.

Pela teoria do risco criado, teoria adotada pelo sistema jurídico para fundamentar a responsabilidade civil objetiva, mormente em se tratando da responsabilidade civil

objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco, sobescrita à segunda parte do parágrafo único do art. 927, do código civil de 2002, deixa-se claro que a teoria do risco é o fundamento mais apropriado porque a responsabilização não está circunscrita somente à ideia de ato ilícito ou de ato antijurídico.

A partir da vigência do atual código civil, nota-se uma tendência moderna à objetivação da responsabilidade civil, movimento ainda incipiente, mas com força em potencial. Podemos verificar tal intenção no espírito do legislador e do jurista mais atento ao notarmos tantas hipóteses de responsabilização sem culpa “típicas” ou “fechadas” previstas no código civil e em leis especiais, bem como pela consolidação da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva inequivocamente exposta no parágrafo único do art. 927, segunda parte, do diploma civil, na conjugação das expressões “atividade” e “risco”.

De fato, é necessário dar maior amplitude possível aos aspectos objetivos da responsabilização para que não ocorra restrição às atividades gerais que realmente impliquem em risco para os direitos e as garantias de terceiros, para que o instituto da responsabilidade civil tenha a relevância jurídica e social a que faz jus perante a realidade privada e perante o processo.

Neste sentido, ao processo, como uma situação potencialmente geradora de danos, independentemente da análise sobre o aspecto comportamental ilícito e antijurídico das partes da relação jurídica processual, deve ser convertida toda a lógica já esposada acerca da responsabilidade civil objetiva. Explica-se.

Com base na cláusula geral da responsabilidade civil sem culpa, o ato de demandar é sem dúvidas uma atividade típica do autor, uma “atividade normalmente desenvolvida” por ele. Além disso, é um ato de risco. Desse modo, incide sobre a conduta do autor toda a exegese consubstanciada na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do diploma civil.

A teoria do risco criado transita no processo. Ainda iremos melhor desenvolver esta ideia ao longo deste capítulo final.

A proposta, agora, é conhecer o regime jurídico da responsabilidade civil do demandante sucumbente que age de boa-fé no novo código de processo civil.

Desde já cumpre adiantar que, como no código processual de 1973, o novo código repetiu, com pontuais diferenças, as regras relativas à responsabilização do requerente das medidas processuais provisórias e das medidas executórias, a pedido, decretadas pelo juiz.

Desse modo, o presente capítulo visa também dissecar as hipóteses de incidência de tal encargo à luz do código de processo civil de 2015, bem como na concatenação desta normativa a arrestos mais recentes da jurisprudência, e no caso, paradigmáticos.

4.2 DAS PREVISÕES NORMATIVAS EXPRESSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO AUTOR NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Primeiramente, e ratificando nosso entendimento já revelado no capítulo antecedente, não partilhamos do entendimento de que, para a “segurança das relações jurídicas”, é necessária expressa previsão ou estipulação em lei de hipóteses de incidência da responsabilidade civil sem culpa, não se permitindo, por isso, construção doutrinária ou jurisprudencial a respeito, cumprindo à doutrina “somente definir a atividade que normalmente implica risco para outrem”.¹

Destarte, nossa tradição dogmática ainda não nos permite irmos tão longe à determinação da incidência da responsabilidade civil sem culpa do autor na relação jurídica processual, cabendo neste momento apenas a indicação dos dispositivos no novo código de processo civil que permitem tal exegese de modo literal e expresso.

Não obstante a prescindibilidade da previsão expressa do direito de reparação ou incidência do dever de indenizar sem culpa, tendo em vista a responsabilidade civil objetiva genérica pela atividade de risco autorizada expressamente na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil, pouquíssimas são as

¹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7 ed. Barueri/ SP: Manole, 2014, p. 644-645.

permissões previstas no diploma processual civil de 2015, iterando, com pontuais alterações, a redação dos dispositivos do código de 1973, acerca da responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente.

Excluindo-se a ideia de anormalidade do ato danoso, uma vez que a segunda parte do citado parágrafo único vincula a obrigação ressarcitória a uma “atividade normalmente desenvolvida”, o réu lesado na demanda não necessita de provar se o autor estava ou não no exercício de sua atividade habitual, ou se procedia dentro dos usos e costumes do ambiente social em que opera. Por outro lado, descabe ao autor sucumbente e causador do dano a escusa de não haver incidido em um comportamento excessivo.²

Neste íterim, interessante a lição de Barbosa Moreira, ainda sob a vigência do código de processo civil de 1973, ao diferenciar o regime jurídico da responsabilidade civil incidente sobre a prestação pecuniária (perdas e danos) decorrente de dano processual propriamente dito e a obrigação reparatória ou do dever de indenizar que derivam de atos de boa-fé no processo:

É oportuno advertir que não se incluem neste âmbito outros dispositivos do Código, nos quais também se estabelece obrigação de indenizar: assim, por exemplo, o art. 588, I, concernente à reparação de danos causados ao devedor pela execução provisória da sentença, e o art. 811, onde se catalogam hipóteses de responsabilidade do requerente da medida cautelar, perante o requerido, pelo prejuízo que este sofrer em virtude da execução da providencia. Tais casos relacionam-se com princípios diferentes e não se inspiram no propósito de reprimir a má-fé no comportamento dos litigantes. Não é impossível, todavia, que algum dos pressupostos da responsabilidade, contemplados nestes dispositivos, *concorra* com outro ou com outros, dentre os referidos na parte do Código que trata da má-fé processual. Aliás, o *caput* do art. 811 é expresso em declarar que a responsabilidade nele prevista se configura “sem prejuízo do disposto no art. 16”.³

Cabe lembrar que há dois tipos de responsabilidade processual: uma objetiva, que leva o vencido a responder, perante o vencedor, com reembolso das custas processuais e a pagar honorários advocatícios ao advogado deste – trata-se de meras verbas sucumbenciais; e outra, subjetiva, que leva a parte, nas hipóteses tipificadas de má-fé, a indenizar os prejuízos causados aos seus adversários.

² PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 285.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Responsabilidade das partes por dano processual*. In: Revista de Processo. São Paulo: ano III, n. 10, vol. 03, p. 15-31, abril-junho de 1978, p. 22.

O mero fato de uma pretensão fracassar, ainda quando tal haja acontecido por motivos alheios ao litigante derrotado, implica o imperativo de este abonar os dispêndios do processo, reembolsando as detrações patrimoniais sofridas pelo seu opositor; excepcionalmente, se age de má-fé, sanciona-se o agente com duplo encargo.⁴

Desse modo, o regime jurídico da responsabilidade civil dos atos ilícitos no processo se relaciona com princípios diferentes do regime da responsabilização do autor sucumbente de boa-fé, visto que não se inspiram obviamente no propósito de reprimir a má-fé no comportamento dos litigantes.

Destarte, não nos interessa perquirir, por exemplo, se a propositura de quaisquer espécies de demandas em face de pessoa que sabidamente não deveria estar no pólo passivo permite reparação por dano material e moral. Ora, se o autor *sabidamente* conhecia tal aspecto, o dolo restaria configurado e ensejaria o regime jurídico da má-fé processual (abuso do direito de demandar), com espeque no art. 79, inciso I, V e VI, do código de processo civil. Além do mais, tal abuso configura violação dos deveres primários da relação jurídica processual, segundo trata o art. 77 do novo diploma.

Estas premissas normativas são essenciais para o entendimento correto das consequências derivadas do regime jurídico da responsabilidade civil do autor sucumbente no novo código de processo civil. Basicamente, são os arts. 302 e 520 do novo código processual que determinam a responsabilização do requerente vencido e os procedimentos mais importantes.

Todavia, numa análise sistemática do novo código de processo civil podemos elencar, como as mais relevantes e categóricas permissões à responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente e de boa-fé, os seguintes dispositivos processuais: arts. 302 (anterior art. 811 do código de processo civil de 1973), 520 (anterior art. 475-O) e 776.

⁴ SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra : Almedina, 1987, p. 76.

Porém, antes de verificarmos tais disposições no novo diploma, convém ressaltar uma questão prática relacionada à responsabilização pelo pagamento das despesas e custas judiciais bem como dos honorários advocatícios.

4.2.1 A responsabilidade pelas custas e despesas processuais e pelos honorários advocatícios

As despesas processuais, das quais as custas são espécie, e os honorários advocatícios sucumbenciais, receitas previstas expressamente nos arts. 82 a 97 do novo código processual, são dispêndios que não decorrem da responsabilidade civil, mas da mera sucumbência ou da manifestação do direito de acesso à justiça, embora tal responsabilidade econômica possuir cunho objetivo.

Não há que se falar em conduta ilícita e nem em dano injusto pelo exercício público e subjetivo do direito de ação, tanto é assim que a condenação do vencido independe de pedido explícito, cabendo ao juiz o comando imperativo pela eventual condenação.⁵

Tais dispêndios não importam em decréscimo patrimonial das partes. Assim, não se trata de “atribuir ilicitude ao exercício da ação ou da defesa, que constituem superiores garantias constitucionais, mas somente de encarar objetivamente essas condutas como causadoras de despesas, pelas quais o causador deve responder.”⁶

Humberto Theodoro Júnior assim preleciona que “a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da causa, em relação à parte.”⁷

Desse modo, situações que não englobam a responsabilidade civil no processo, como quando não há recomposição de danos processuais e diminuição de

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 666-667, v. 2.

⁶ *Op. cit.*, p. 666.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: artigos 185 a 232*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 92.

patrimônio, revestem-se de meras sucumbências ou simples aplicações de multas e penalidades processuais.

Diferentemente é a questão prática relacionada aos honorários advocatícios contratuais. Questão de relevância é a possibilidade de impor ao autor sucumbente, além dos honorários sucumbenciais (art. 22 da Lei n. 8.906/1994), os honorários contratualmente firmados entre a parte vencedora e seu respectivo patrono.

Há divergência doutrinária a respeito. Parte defende que não se pode atribuir tal encargo ao vencido pois este não participou das negociações realizadas na contratação dos serviços jurídicos particulares. Outra parte vislumbra ressarcimento integral.

O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a viabilidade do pedido, uma vez que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme os arrestos abaixo colacionados:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VALORES DESPENDIDOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. 1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. 2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1134725/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 24/06/2011)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. HONORÁRIOS CONVENCIONAIS. PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL . (...) 4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389 , 395 e 404 do CC/02 . 5. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389 , 395 e 404 do CC/02 , que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º , parágrafo único , da CLT . 6. Recurso especial ao qual se nega provido. (STJ, REsp 1027797/MG. TERCEIRA TURMA. DJe 23/02/2011. Ministra NANCY ANDRIGHI).

Contudo, a matéria não é pacífica em sede dos tribunais de primeiro grau. Para exemplificar, a divergência é clara entre as próprias câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIA PAGA (...) - DESPESAS COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - MERA FACULDADE - POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS GRATUITOS DA DEFENSORIA PÚBLICA - RESTITUIÇÃO DAS DESPESAS GASTAS COM O AJUIZAMENTO DA AÇÃO - ESPECIFICADAS E COMPROVADAS - POSSIBILIDADE. (...) A contratação de advogado particular para o ajuizamento de ação judicial, apesar de não configurar conduta contrária ao direito, constitui mera faculdade da parte, que tem a opção de utilizar-se dos serviços da Defensoria Pública quando não possuir recursos financeiros. Os gastos com o exercício desta faculdade decorrem do contrato entabulado entre a parte e seu advogado, sendo aquele contra quem a demanda será proposta pessoa estranha a esta contratação e que não pode, portanto, ser condenado à restituição do valor contratado. Reconhecida a responsabilidade da construtora ré na rescisão contratual, cabível à restituição à autora dos valores gastos com o ajuizamento da ação, desde que devidamente especificados e comprovados nos autos. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.376448-0/001, Relator(a): Des.(a) Arnaldo Maciel, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/03/2017, publicação da súmula em 09/03/2017)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ATO ILÍCITO - CONSERTO DE VEÍCULO (...) - VALORES DESPENDIDOS PELO CONSUMIDOR A TÍTULO DE TRANSPORTE E DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - RECOMPOSIÇÃO MATERIAL DEVIDA - PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. (...) Por força do Princípio da *restitutio in integrum*, os responsáveis pelo ilícito devem repor ao cliente os valores despendidos com transporte, no período em que o seu veículo permaneceu indisponível, e com os honorários advocatícios contratuais, por integrarem o *quantum* devido a título de perdas e danos (Código Civil, arts. 389, 395 e 404). (TJMG, Apelação Cível 1.0024.13.392522-2/001, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/11/2016, publicação da súmula em 16/11/2016)

Embora os honorários extrajudiciais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do causídico não pode ser abusivo. Sendo o valor dos honorários contratuais exorbitante, o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB.

É possível a cumulação, ainda que existam posições respeitáveis em sentido contrário, da condenação dos honorários advocatícios contratuais com espeque no art. 133 da Constituição e no art. 2º da Lei n. 8.906/1994, bem como na restituição

integral dos danos nos termos do disposto na redação dos arts. 389, 395 e 404 do código civil.⁸

Longe de restar pacificada a matéria, no nosso sentir, e a luz do art. 402 do código civil de 2002, a reparação dos danos deve ser feita de forma ampla, permitindo-se a restauração do estado anterior ao ato lícito ou ilícito. Assim, de forma objetiva, a parte vencedora deve ser ressarcida quanto à quantia despendida com os honorários contratuais ao seu respectivo causídico.

4.2.2 Aspectos práticos e relevantes acerca da responsabilidade civil do advogado

A responsabilidade civil dos advogados, por disposição legal, possui caráter subjetivo, caminhando em direção diversa da evolução da cláusula geral da responsabilização ou da nova axiologia constitucional, que atenta aos ditames da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana.⁹

Como vimos, há uma preocupação maior com a injustiça do dano do que com a conduta geradora, evoluindo-se, desta feita, da ideia da dívida da responsabilidade para a ideia de crédito da indenização. Atualmente, o significado da responsabilidade objetiva se fundamenta mais na inexistência de culpa do que propriamente na existência de risco.¹⁰

Não obstante predominar o aspecto subjetivo dos profissionais liberais, a nova tendência à objetivação também os alcançam, no nosso sentir, devido à facilitação da prova da culpa e da aplicabilidade da inversão do ônus da prova, conforme incidência do código de defesa do consumidor naquilo que não conflitar com as regras da legislação profissional específica. Assim, defende-se que a responsabilidade do causídico deve ser aferida sempre no caso concreto, vez que a

⁸ PEGHINI, Cesar Calo. Possibilidade da cumulação dos honorários advocatícios contratuais como forma de reparação de dano. In: *Honorários de advogado: aspectos materiais e processuais (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil)*. MAZZEI, Rodrigo; LIMA, Marcellus Polastri (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 161-179.

⁹ TREVIZAN, Thaita Campos. *A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional*. Vitória: EDUFES, 2013, p. 106-107.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33-34.

culpa do advogado adquire caráter normativo e deve ser configurada de acordo com os padrões comportamentais dispostos pela legislação específica que regulamenta a profissão (Estatuto da Ordem e Código de Ética e Disciplina) e pela jurisprudência.¹¹

É interessante ressaltar que, na visão histórica dos honorários advocatícios, a verba era destinada originalmente à Coroa porque visava indenizar a honra molestada.

Antigamente, o advogado somente contava com os emolumentos taxados no regime de custas, pois lhe era vedado tratar de verbas com seus clientes, vez que, à época das Ordenações, o advogado era oficial do foro que exercia um ministério público, sendo remunerado pelos cofres oficiais.

Modernamente, os honorários recursais devem ser atribuídos ao advogado vencedor do recurso, pouco importando o resultado final da causa.

Neste contexto, a sucumbência recursal, novidade do código processual, visou criar estímulos para inibir a litigância frívola para que as partes sejam mais criteriosas ao pedir o reexame de uma decisão nas instâncias superiores.¹²

Até a vigência do diploma processual de 1973, a interposição de recursos não fazia surgir o direito à nova verba honorária. O novo diploma cria uma situação inovadora porque o parágrafo 11 do art. 85 prevê que o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. O parágrafo se encontra em sintonia com o parágrafo 1º, que aduz: "São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente".

Contudo, há severa crítica doutrinária à redação final do referido parágrafo 11 ao passo que foi estabelecido um "teto" de condenação de honorários recursais – que,

¹¹ TREVIZAN, 2013, p. 111-112.

¹² FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Os honorários de sucumbência no Projeto do novo CPC. In: *Honorários de advogado: aspectos materiais e processuais (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil)*. MAZZEI, Rodrigo; LIMA, Marcellus Polastri (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 29-36.

somados à condenação em primeira instância – não poderá ultrapassar o valor de vinte por cento da condenação, o que esvazia o instituto para o fim de mudar a chamada “cultura da litigância” brasileira, enveredando-se para uma concepção do processo que realmente vise a autocomposição dos litígios.

É interessante destacar, na prática, as três hipóteses mais frequentes da responsabilização dos advogados em caso de sucumbência da parte.

Primeiramente, ressalta-se a responsabilidade pela perda de uma chance (que é uma base intermediária entre o dano emergente e os lucros cessantes), bastando se pensar, exemplificadamente, na falha consubstanciada na perda de prazos processuais. No ambiente forense e acadêmico, a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa.

Neste caso deve haver uma relação de causalidade adequada entre o ato ou a omissão do advogado e o dano. Assim, em uma análise posterior à conduta, deve-se aferir se o dano decorreu necessária, direta e imediatamente da falha cometida pelo advogado, sob pena de enriquecimento sem causa do cliente.¹³

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tranquilamente tem enquadrado o dano decorrente da perda de uma chance como passível de reparação:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA. 1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da "perda de uma chance". 2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial. (EDcl no REsp 1321606/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL

¹³ TREVIZAN, 2013, p. 122-125.

PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010)

Com efeito, o arbitramento sempre será necessário. A natureza do prejuízo – se moral ou material – e a possibilidade de êxito existente em torno da demanda são fatores que influenciam na fixação do *quantum debeatur*.¹⁴

Existe comumente também a responsabilidade civil do advogado pelo ajuizamento de lides temerárias e abuso de direito no processo civil.

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 32 do Estatuto da Advocacia, em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Desse modo, nos casos em que a parte não detém o domínio completo sobre as ações praticadas por seu advogado aliado a um cenário em que os serviços

¹⁴ TREVIZAN, 2013, p. 132.

advocatícios estão cada vez mais massificados, de modo que os clientes às vezes não tomam conhecimento da atividade realizada por seu patrono, seja pela inobservância do dever de informar e da ausência de consentimento, admite-se com certa fleuma a responsabilização solidária, dada, ademais, a função social do advogado.¹⁵

A terceira hipótese comum de incidência da obrigação de reparar o dano causado ao cliente por seu patrono, consubstancia-se na hipótese de reversão de medidas liminares em âmbito definitivo, assunto que ainda será logo adiante versado.

Em caso de prática processual abusiva, em desrespeito aos standards de comportamento que também permeiam a seara da medidas provisórias, há o dever de indenizar sem que seja necessária a comprovação da intenção de lesar, até mesmo porque a culpa é vista modernamente de modo normativo.

Embora o art. 320 do diploma processual de 2015 estabeleça expressamente a responsabilidade objetiva da parte requerente, é possível sim que tal responsabilização seja estendida ao seu patrono caso seja possível atribuir ao advogado ações tomadas em desacordo às instruções do cliente ou se não tiverem sido passado claramente e de forma inequívoca as informações pertinentes ao risco de sua execução à parte autora, isto é, em caso de desídia em relação às instruções do cliente ou nos casos em que não o tenha advertido acerca dos prejuízos e riscos provenientes de sua execução, em razão de seu caráter provisional.

Vê-se que se trata de responsabilidade subjetiva, pois dependente de uma violação de standard comportamental esperado do profissional e, nesse cenário, dificilmente o ônus pode ser aferido de modo direto, pois a responsabilidade da parte é objetiva. Assim, o caminho mais fácil para a vítima de eventuais prejuízos decorrentes da execução da medida provisória seria o uso da ação regressiva.¹⁶

Por derradeiro, a despeito do regime de responsabilidade ser subjetivo, o contrato de seguro de responsabilidade civil profissional para advogados está sendo uma

¹⁵ TREVIZAN, 2013, p. 138-139.

¹⁶ *Ibidem*, p. 140-146.

tendência de garantia da reparação, cuja finalidade é a de aliviar o autor do ato lesivo da responsabilidade civil em caso de reparação decorrente de eventuais danos. Assunto ainda embrionário no sistema contratual brasileiro.¹⁷

4.3 DAS PREVISÕES NORMATIVAS EXPRESSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO AUTOR NAS TUTELAS PROVISÓRIAS

4.3.1 A nova tutela provisória

De início, cabe lembrar que o novo diploma processual dedicou um capítulo específico ao gênero “tutela provisória”, composta pelas espécies tutela provisória de urgência (subdividida, neste íterim, em cautelar e antecipada) e tutela provisória da evidência.

Assim, ser provisória significa que a tutela tem tempo de duração e será substituída pela tutela definitiva, seja ela positiva ou negativa, concedida ou denegada.¹⁸

Como o código novo prevê, diferente do código Buzaid, a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa de urgência (arts. 303 e 304), o conceito de provisoriedade adequado ao direito brasileiro deve sofrer um acréscimo: provisória é aquela decisão que tendencialmente não dura para sempre e potencialmente será substituída por outra com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte, segundo complementa a mais recente doutrina.¹⁹

Dinamarco lembra que é muito natural que uma nova lei, e particularmente quando essa nova lei é um código, ponha em crítica o acervo dos institutos regidos pela lei anterior, seja para lhes conferir nova configuração, eliminar alguns institutos, acrescentar outros, esclarecer dúvidas existentes na jurisprudência ou na doutrina.

¹⁷ SANTOS, Suzanne Dobignies. *O seguro da responsabilidade civil do profissional liberal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1959/O-seguro-da-responsabilidade-civil-do-profissional-liberal>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional – processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55-56.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 390.

Neste contexto, por exemplo, foi suprimido o livro do processo cautelar e as medidas cautelares nominadas ou típicas:

O legislador procurou com isso dar um *trato sistemático* a todas as medidas relacionadas com a mitigação dos males da espera pelas delongas do processo até que sobrevenha a decisão final da causa (...). Em boa medida a disciplina das medidas antecipatórias vivia de empréstimos tomados ao L. III, portador da disciplina das cautelares.²⁰

Desse modo, o procedimento não definitivo se caracteriza pela cognição sumária, via juízo de probabilidade, vez que o magistrado ao deferir a tutela ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da lide e, portanto, não tem certeza da existência do direito do requerente, mas somente indícios, dada a aparência ou a expectativa da existência deste direito.²¹

As variações da cognição variam conforme a necessidade de tutela, seja sob o plano vertical (que se traduz na profundidade de análise das questões a serem analisadas: exauriente e sumária ou superficial) e o horizontal (delimitação das questões que podem ser conhecidas pelo julgador: total ou parcial). É de se supor que ela seria sempre a mais completa e aprofundada possível. No entanto, há outros valores igualmente importantes que justificam a limitação à cognição, como a efetividade e a duração razoável do processo.²²

Assim sendo, em se tratando de decisão sobre a tutela provisória proferida incidentalmente ao procedimento comum, ainda que decorrente de cognição total, é superficial, pois se funda na plausibilidade do direito.

A espécie tutela de urgência, antecedente ou incidental (art. 294 do código), visa resolver uma crise relacionada ao perigo do lapso temporal, estando o direito do requerente a mercê de perecimento. Tal expediente, por sua vez, subdivide-se em tutela cautelar, que visa garantir resultado útil e eficaz do processo, e tutela

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 52-54.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 159.

²² WAMBIER, 2016, p. 57-58.

antecipada, que é a medida satisfativa do direito material. Em suma, “a tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir”.²³

De fato, sempre pareceu confusa a distinção entre as categorias provisórias de urgência, tanto que o próprio legislador, no parágrafo único do art. 305 do novo diploma processual, previu expressamente a fungibilidade entre elas.²⁴

A técnica antecipatória pode viabilizar uma decisão provisória capaz de satisfazer ou acautelar o direito. A distinção da doutrina entre satisfatividade e cautelaridade continua sendo integralmente aplicável. Assim, a tutela provisória pode viabilizar a realização e a fruição do direito pela parte (tutela satisfativa), fundada na urgência ou na evidência, direcionada contra o ilícito ou contra o dano, ou pode somente assegurar que essa fruição tenha condições de eventual e futuramente ocorrer (tutela cautelar), sempre fundada na urgência, direcionada contra o dano.²⁵

Tais preceitos normativos são essenciais para o entendimento correto das consequências jurídicas da cassação das tutelas provisórias. A maioria deles está expressamente prevista dentro do mesmo bojo legal que oferece a possibilidade de utilização dessas formas processuais especiais. Basicamente, a partir do art. 300 do novo código processual é que determinam a responsabilização do requerente vencido e os procedimentos na cassação de tutelas provisórias.²⁶

4.3.2 A responsabilidade civil objetiva do autor nas tutelas provisórias

Segundo Tércio Chiavassa, ainda que o suposto direito material não exista, a licitude da execução das tutelas provisórias cassadas, verificada legitimamente no processo em decorrência da aplicação de regras processuais válidas, não exime o requerente do encargo de responder pelos prejuízos causados.²⁷

²³ NEVES, Daniel Amorim Assupção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 462.

²⁴ Técnica interessante para auxiliar na diferenciação é analisar se os efeitos práticos que a tutela gera se confundem com os efeitos que serão criados com o resultado final do processo. Havendo coincidência, a tutela será antecipada; caso contrário, cautelar.

²⁵ MARINONI, 2017, p. 388-389.

²⁶ WAMBIER, 2016, p. 862-865.

²⁷ CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier, 2004, p. 115.

Pela posição de Pontes de Miranda sobre a situação fática decorrente da execução da tutela provisória cancelada ou da pretensão à tutela jurídica por segurança ou adiantamento, com base numa ação executiva de cognição incompleta, é aplicável o princípio da responsabilidade porque se verifica a ilicitude, que ao seu entender é “contrariedade a direito”.²⁸

Assim sendo, na concessão de uma tutela provisória invalidada e pela qual o autor invada a esfera jurídica da parte contrária, ainda que inexista culpa, há para o autor o dever de recomposição do dano porque os fatos praticados são contrários ao direito e, portanto, ilícitos. A relação jurídica existiu, mas foi desfeita.

Discordando em partes da posição de Pontes de Miranda, e complementando-a, Chiavassa leciona o seguinte:

Não haveria, aí, ato contrário ao direito material, mas eventualmente a regras de direito processual e, mesmo assim, na hipótese única de a tutela de urgência ter sido concedida e executada em contrariedade às normas de processo. Em relação ao direito material, nem cabe falar em licitude ou ilicitude, já que o campo de atuação é próprio do direito processual.²⁹

Não há dúvidas que o uso indiscriminado da técnica provisional (medidas liminares cautelares ou antecipatórias) gera o risco de insurgência em condutas imoderadas, vez que são concedidas, geralmente, em cognição sumária, por meio do juízo de probabilidade ou de verossimilhança, e em postergação ao contraditório. A cognição do juiz sempre é superficial no plano vertical ou da profundidade, por isso esse expediente deve ter sempre caráter excepcional, como vimos.

Todavia, nem sempre é possível ao julgador prevenir e coibir abusos nesse campo. Muitas vezes, como lembra Helena Najjar, aquele autor que busca o deferimento de uma liminar a qualquer custo geralmente acaba omitindo arditosamente informação ou documento essencial que faria cair por terra a verossimilhança de suas alegações. Ou então simula uma situação de *periculum in mora* que sabe não ser verdadeira.³⁰

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado (Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 437.

²⁹ *Idem*, 2004, p. 91.

³⁰ ABDO, 2007, p. 211-213.

Para evitar tais acontecimentos, o magistrado, também no novo diploma de processo civil, conta com a possibilidade de exigir a prestação de caução (segundo previsão do parágrafo 1º do art. 300) ou de marcar audiência de justificação (parágrafo 2º) para abrandar a violência representada pela invasão na esfera jurídica do réu sem a adequada cognição da situação fática concreta descrita pelo autor. Além da perda da caução, a parte constrangedora sofre a responsabilização civil objetiva decorrente da pena civil ou do ressarcimento pecuniário pelos prejuízos resultados, segundo estabelece o art. 302.

Mesmo que o autor não tenha o propósito de lesar outrem ou fraudar a lei, pode contribuir para a prática de abusos microscópicos, utilizando-se de mecanismos processuais específicos, diferentemente do abuso macroscópico que fica circunscrito à ação e à defesa, que envolve a tutela jurisdicional globalmente considerada, conforme lição da professora Helena Najjar Abdo.³¹

Na lição de Tércio Chiavassa, o art. 302 do código de processo civil é fonte legal da responsabilidade objetiva para a técnica antecipatória ou as medidas provisórias, assim também defendida pela maioria da doutrina, ressalvada a opinião da minoria divergente que argumenta ser de duvidosa constitucionalidade esta previsão de responsabilidade objetiva. Nas palavras do citado autor, "*o artigo 811 do CPCB ressalva desde o início a responsabilidade daquele que promove medida cautelar pelos prejuízos causados, ainda que não se configure má-fé na medida pleiteada*".³²

De tal modo, em nenhuma circunstância se exigirá prova de culpa ou dolo do requerente, visto que a responsabilização é puramente objetiva, exigindo-se somente a existência do dano, a frustração da medida provisional, antecipatória ou cautelar, e o nexos causal entre a tutela deferida e a lesão, esta já era posição sedimentada antes da vigência do novo diploma de 2015.³³

³¹ ABDO, 2007, p. 189-226.

³² CHIAVASSA, 2004, p. 211-214.

³³ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO AUTOR DA AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. O autor da ação responde objetivamente pelos danos sofridos pela parte adversa decorrentes da antecipação de tutela que não for confirmada em sentença, independentemente de pronunciamento judicial e pedido específico da parte interessada. O dever de compensar o dano processual é resultado do microsistema representado pelos arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e art. 811 do CPC. Por determinação legal prevista no art. 273, § 3º, do CPC, aplica-se à antecipação de tutela, no que couberem, as disposições do art. 588 do mesmo diploma

Convém discordar de parcela doutrinária que busca diferenciar a natureza jurídica da responsabilização civil incidente sobre cada hipótese verificada nos incisos do art. 302. Para uma pequena parte da doutrina, é preciso distinguir as seguintes hipóteses: para os incisos II e III do art. 302, pode-se falar em responsabilidade objetiva, mas nas hipóteses dos incisos I e IV a responsabilidade tem de ser subjetiva porque implica ignorar a existência da decisão que anteriormente concedeu a medida antecipatória, em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca tivesse existido:

É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes reconhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. Nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação de tutela depende da alegação e prova de dolo e culpa, porque amparada em um legítimo exercício de poder estatal. Só há responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência quando a tutela provisória é obtida de forma injustificada, isto é, como violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa).³⁴

Consideramos que o novo código processual repetiu a disciplina do direito anterior no que tange a tal responsabilização e em caso de prejuízo pela efetivação da tutela, caso verifica em concreto alguma das hipóteses taxativas previstas nos quatro incisos do aludido dispositivo, a reparação do dano é independentemente da culpa e reparação do dano processual no caso de má-fé.³⁵

Apenas pode ser concedido provisoriamente aquilo que pode sê-lo definitivamente, conforme ressaltamos alhures. É evidente que o autor da ação provisória, tendo como base uma sumária e superficial demonstração de seu possível direito, impõe, em regra, restrições mais ou menos graves ao direito do promovido caso o Estado conceda tais restrições.³⁶

(atual art. 475-O, incluído pela Lei n. 11.232/2005). Ademais, aplica-se analogicamente à antecipação de tutela a responsabilidade prevista no art. 811 do CPC, por ser espécie do gênero de tutelas de urgência (a qual engloba a tutela cautelar). Com efeito, a obrigação de indenizar o dano causado ao adversário pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença, e por isso independe de pronunciamento judicial, dispensando também, por lógica, pedido específico da parte interessada. Precedentes citados do STF: RE 100.624, DJ 21/10/1983; do STJ: REsp 127.498-RJ, DJ 22/9/1997; REsp 744.380-MG, DJe 3/12/2008, e REsp 802.735-SP, DJe 11/12/2009. REsp 1.191.262-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/9/2012. (Informativo n. 505 - 2012)

³⁴ MARINONI, 2017, p. 396-397.

³⁵ NEVES, 2016, p. 480-484.

³⁶ CÂMARA, 2017, p. 163.

Não se pode olvidar que a execução de uma tutela provisória decorre de um ato duplo: é ato da parte que a pleiteia aliado ao ato de concordância do Estado-juiz, sem o qual não seria possível a produção dos efeitos oriundos desse ato jurídico processual. Por ser a responsabilidade objetiva do requerente patente, não pode o juiz agir de ofício, antecipando a tutela satisfativa ou a cautelar, dado o regime de responsabilidade objetiva inerente à sua fruição, conforme ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini.³⁷

Porém, quando a medida tiver sido deferida pelo juiz de ofício, não há que se falar em assunção de risco pelo requerente, devendo o Estado, nesse caso, responder pelos prejuízos suportados pelo réu.³⁸

Trata-se de uma questão prática averiguar a responsabilidade civil decorrente de medida provisória decretada de ofício.

No regime do código processual anterior, o STJ admitia em casos excepcionais tutela de urgência de ofício, com efetivação/cumprimento realizado por responsabilidade do requerente, o qual se obriga, nos casos de sua reforma, reparar os danos sofridos pela parte adversa, conforme REsp 1.309.137/MG.

Como de acordo com o novo art. 302, há uma responsabilidade objetiva do autor se a tutela de urgência for revogada que impede a concessão de ofício da tutela. No novo código de processo civil não há previsão específica a respeito da concessão de ofício. Ainda não jurisprudência formada a respeito do assunto.

Somente terá o regime objetivo encampado do art. 302 do diploma processual se a hipótese se enquadrar exatamente em uma das previsões do dispositivo legal. Não há responsabilidade objetiva do juiz ao decretar de ofício uma medida provisória.

Contudo, uma coisa é o juiz decretar a medida, outra é quem efetiva e se beneficia da mesma medida. Contudo, é necessário verificar, em cada caso concreto, se a parte autora beneficiária concorreu ou efetivou medidas de execução da medida

³⁷ WAMBIER, 2016, p. 885.

³⁸ *Ibidem*, p. 880-881.

decretada. Caso haja nexos causal, a responsabilidade resta configurada. Se não houve ato atribuível ao autor, se não deu causa aos prejuízos, descabe reparação, sendo possível ação regressiva em face do Estado, com fundamento no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição.

A responsabilidade objetiva do vencido pelas custas judiciais e pelos danos causados ao réu advém de ato jurídico processual executado sob o beneplácito do Poder Judiciário. A decisão que concede a tutela faz atuar a vontade da lei processual e se aquela é cancelada ou substituída após cognição exauriente, a vontade da lei externada no momento da concessão se manifestou perfeitamente. Desse modo, descontinuado o ato jurídico processual por sentença de improcedência, o próprio processo deve fornecer a resposta à parte que foi lesada por um ato lícito.³⁹

Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada, assim também a tutela cautelar e a execução provisória, são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não.

Como não existe nada de certo ou mesmo peremptório em torno da técnica antecipatória, o autor assume todo o risco da sua execução. Reitera-se: o autor assume o risco de ressarcir o réu de todos os prejuízos causados ao mesmo quando a medida for extinta.

E para tanto, é irrelevante se investigar a boa ou a má-fé, o dolo ou a culpa do autor. Aliás, se estiver em litigância de má-fé responderá também, cumulativamente, pelas penalidades imputáveis a tais condutas. Admitido que o ato de efetivação da tutela provisória é ato jurídico processual lícito, o abuso de direito no pleito deste tipo de incidente configura ilícito processual:

O beneficiário da tutela de urgência que agir além do conteúdo que se possa extrair daquela decisão concessiva, no intuito de obter vantagem claramente indevida, certamente extrapola o campo da conformidade com o direito processual e aí sim se pode afirmar que adentra no campo do ilícito

³⁹ CHIAVASSA, 2004, p. 103-108.

processual. (...) A análise do ilícito processual é importante e possui interesse prático, já que nessa hipótese os dispositivos que impõe a responsabilidade objetiva continuam a ser aplicados, mas haverá também a imputação das consequências a que se referem os artigos 16 a 18 do CPCB, que tratam da responsabilidade das partes por dano processual, mas aqui decorrente principalmente daquele que agir de má-fé.⁴⁰

Utilizar do processo para conseguir objetivo ilegal talvez não seja a tônica do autor, mesmo porque o abuso, como já vimos, pressupõe licitude aparente, isto é, a legalidade no antecedente e a ilicitude no consequente tendo em vista o agente lançar mão de um direito exercido com excesso ou desvio de finalidade.

Exercer regularmente um direito, no caso o de demandar, independentemente do resultado da ação judicial instaurada, jamais deve repercutir numa mecânica responsabilização arbitrária. O resultado favorável ou desfavorável da demanda, não autoriza o vencedor a pleitear perdas e danos automaticamente apenas por se encontrado no pólo passivo, embora vencedor, da relação jurídica processual.⁴¹

Destarte, a perda da ação se mostra despiciendo e insuficiente para conduzir o dever de indenizar: somente a perda da ação não licencia o vencedor a pretender perdas e danos, invocando o fato de ter figurado compulsoriamente do lado passivo. Como sabido, o exercício da demanda não é um direito absoluto porque se acha condicionado a um motivo legítimo. A parte que intenta ação sem substrato lógico e fático deve incorrer em responsabilidade porque abusa de seu direito processual.

A responsabilidade prevista no art. 302 do novo código de processo civil não se trata de princípio de direito material inserida confusamente no texto legal, como defendem alguns, mas princípio de direito processual, inclusive é regra jurídica de direito processual posta no lugar próprio.⁴²

Na verdade, a responsabilidade objetiva para quem obteve o deferimento da tutela antecipada nas tutelas de urgência foi um dos regimes que não sofreu alteração

⁴⁰ CHIAVASSA, 2004, p. 155-157.

⁴¹ STOCO, 2002, p. 141-149.

⁴² MIRANDA, Pontes de. *Comentários do código de processo civil*. Tomo XII. Forense, 1976, p. 101

significativa em seu conteúdo, apesar de ter sido quase que completamente reestruturado no novo diploma o sistema das tutelas provisórias.⁴³

Em suma, para se tornar exequível, a obrigação dependerá de dois requisitos, quais sejam: i) a ocorrência de prejuízo efetivo oriundo da execução da medida provisória; e ii) a determinação do *quantum* por meio de posterior liquidação, caso necessária. Apurado o dano, a execução se processará conforme o rito de quantia certa.

Cumprido ressaltar que o posicionamento quanto à responsabilização objetiva das tutelas urgentes são extensivas à execução provisória de sentença.

4.4 DAS PREVISÕES NORMATIVAS EXPRESSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AUTOR NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O dinamismo das relações sociais e a endêmica demora do processo sempre foram forças contraditórias. Desde antes da vigência do novo código de processo civil, o legislador se preocupou em determinar medidas capazes de reverter os efeitos deletérios do tempo, como as tutelas provisórias, que permitem a aceleração do resultado prático do processo ou ainda tornar segura uma eventual futura execução, e o processo executivo propriamente dito iniciado antes do trânsito em julgado da sentença.⁴⁴

⁴³ RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. JULGAMENTO DEFINITIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO REQUERENTE. ART. 811 CPC/1973. NEXO DE CAUSALIDADE. 1- Ação ajuizada em 27/7/2007. Recurso especial interposto em 23/8/2013 e atribuído à Relatora em 25/8/2016. 2- Controvérsia que se cinge em determinar se há nexo de causalidade entre a medida liminar deferida em favor da recorrida e os danos causados à recorrente em razão de sua execução. 4- O art. 811 do CPC/1973 trata da responsabilidade objetiva do requerente de medida antecipatória, posteriormente revogada por sentença, cuja execução tenha causado prejuízos à parte contrária. 5- Nessas hipóteses, a sentença de improcedência constitui título de certeza da obrigação de indenizar pelos danos experimentados, cujo valor exato deve ser apurado em liquidação nos próprios autos. Precedentes. 6- Na espécie, conquanto decisão prévia proferida pela Justiça Federal tenha servido de substrato à fundamentação adotada pelo julgador, que culminou no deferimento da tutela antecipada pela Justiça Estadual, é certo que eventual prejuízo suportado pela recorrente originou-se diretamente da proibição da comercialização do medicamento determinada por esta última. 7- A liquidação dos prejuízos, portanto, deve ser apurada nos autos da presente ação indenizatória, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional II - Santo Amaro/SP. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1637747/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017)

⁴⁴ CHIAVASSA, 2004, p. 295-297.

A execução provisória, fundada em título executivo judicial provisório, cuja formação precedeu uma cognição exauriente (ao contrário das tutelas provisórias, que se baseia apenas em direito suposto), já que a sentença pode ser modificada ou anulada mediante recurso, pelo qual é recebido somente no efeito devolutivo,⁴⁵ far-se-á de acordo com as regras estabelecidas no art. 520 e seguintes do novo diploma processual. Interessa-nos, por ora, analisar apenas os incisos I e II do dispositivo:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos.

Interessante é verificar que o diploma novo deixa de utilizar o termo “execução provisória” e passa a adotar “cumprimento de sentença provisório”, o que nada tem de relevância prática porque toda execução de título executivo judicial realmente passa a ser feita por meio de cumprimento de sentença no novo código processual.

Neste ínterim, tanto a execução propriamente dita provisória como a tutela provisória são um remédio necessário contra o atraso e retardamento que o tempo pode causar no processamento dos atos jurídicos da relação jurídica processual. Assim sendo, a cassação ou a substituição da temporária tutela por uma decisão final diversa, não faz surgir uma ilicitude retroativa, em face do direito material, do ato do autor sucumbente. Se este requerente demonstrou à época os requisitos para se obter a tutela judiciária conforme requerida, obtendo do Judiciário a legitimidade necessária para executar o pleito executório, há evidenciada a prática de um ato jurídico processual válido e lícito.⁴⁶

Isto porque, na verdade, não se pode afirmar que o credor tenha praticado ato ilícito, desde que a execução provisória, nos casos admitidos em lei, é um direito seu, embora de implicações e efeitos aleatórios.⁴⁷ A execução pode ser mostrar injusta

⁴⁵ NEVES, 2016, p. 892-893.

⁴⁶ CHIAVASSA, 2004, p. 298-300.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3, p.22.

sim, caso seja assim verificado após decisão de anulação ou modificação do título judicial que a sustentou, mas nunca ilegal.

Na execução provisória prevista no supracitado art. 520, a responsabilidade do autor não é aquiliana, ou fundada em culpa, é objetiva e decorre da vontade da própria lei, que prescinde do elemento subjetivo dolo ou culpa *stricto sensu*. Parcela doutrinária sugere que o inciso I prevê “nítida aplicação da teoria do risco-proveito”, dado que a execução provisória é uma opção benéfica ao exequente, permitindo senão a sua satisfação, ao menos o adiantamento da prática dos atos de expropriação.⁴⁸

O inciso II estatui que tudo deve ser repostado ao *status quo ante* as expensas do exequente. Este “estado anterior” diz respeito à situação patrimonial do executado antes da execução provisória, tanto que a caução (prevista no inciso IV) deve ser suficiente e idônea para assegurar o eventual ressarcimento pelos danos causados pelo cumprimento que se mostrar posteriormente indevido.

Sobre o retorno ao *status quo ante* que deve corresponder ao que se passava no momento da propositura da demanda, e a recomposição dos danos causados pela atuação indevida da execução provisória, Tércio Chiavassa pondera:

Deve-se trabalhar com a imagem de Judiciário fotografando o estado de fato dos sujeitos do processo no momento da propositura de uma demanda. No final da ação, após declarar o direito, deverá o Judiciário olhar essa mesma foto e recompor a situação fática, quando possível, e/ou determinar a recomposição dos danos porventura causados ao vencedor, independentemente de ser o autor ou o réu.⁴⁹

A necessidade de retorno ao *status quo ante* é efeito direito da responsabilidade objetiva decorrente do risco inerente ao processo e da ocorrência de dano a ser recomposto. Os efeitos da tutela provisória inicialmente deferida desaparecem *ex tunc* com a sentença final desfavorável.

Nessa linha, como ensina douda doutrina, é interessante notar que a caução (cuja natureza jurídica não é de medida cautelar)⁵⁰ não guarda necessariamente paridade com o importe econômico do bem ou valor reclamado no cumprimento, mas com o

⁴⁸ NEVES, 2016, p. 895.

⁴⁹ CHIAVASSA, 2004, p. 176-177.

⁵⁰ NEVES, 2016, p. 893.

que inspira confiança a promover adequadamente a indenização (podendo vir a ser dispensada nas quatro hipóteses fechadas do art. 521), assim, “o referencial para o arbitramento de caução suficiente é o montante eventualmente indenizável e não necessariamente a expressão econômica da coisa ou da quantia objetivada pelo cumprimento”.⁵¹

Humberto Theodoro Júnior, ao tratar da origem da caução, lembra que o termo deriva do latim *cautio* que significa prevenção e que se trata de um instituto comum a vários ramos do direito, adotada também como cláusula contratual em vários negócios jurídicos públicos e privados. No sentido aqui pretendido, contudo, a caução é medida incidental necessária de ofício, uma espécie de caução processual.⁵²

Em suma, o cumprimento da decisão provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do demandante. Depende do requerimento da parte interessada e se reformada a decisão que lhe outorga a sustentação, o demandante se obriga independentemente de culpa a reparar os danos sofridos, dimensionados nos mesmos autos, mediante liquidação. Trata-se, logo, de responsabilidade civil objetiva pela prática de um ato lícito.⁵³

Em uma análise sistemática do novo código de processo civil, elencamos, além dos dois procedimentos principais e usuais estabelecidos nos arts. 302 e 520, inexistindo outras permissões categóricas no que tange à responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente e de boa-fé.

Interessante a redação do art. 776, em complementação ao art. 520, inciso I, do novel diploma processual:

Art. 776. O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 640.

⁵² *Ibidem*, p. 43.

⁵³ MARINONI, 2017, p. 639.

O título executivo não representa a certeza da obrigação exequenda, mas a possibilidade de sua existência, o que já é suficiente para legitimar os atos materiais de expropriação, o que coloca o executado sempre em desvantagem processual e material. Assim, se a obrigação é inexistente, pois jamais deveria ter sido proposta, e como não se pode voltar no tempo, o art. 776 reitera a responsabilidade civil do exequente perante o executado lesado.⁵⁴

A responsabilidade do exequente é reiterada como objetiva, conforme redação do transcrito dispositivo, e segundo concorda majoritariamente a doutrina. Porém o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a condenação ao pagamento em perdas e danos do executado somente se justifica se for reconhecida a má-fé processual do exequente, em respeito ao direito de ação (STJ, 4ª Turma, REsp n. 1229528/PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Dje 08/03/2016).⁵⁵ Já para a execução provisória, o entendimento do Tribunal Superior é a responsabilidade objetiva (STJ, 1ª Turma, REsp n. 1.377.727/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje 02/12/2014).

Assim, a propositura de ação de execução contra pessoa que sabidamente não é devedora permite reparação por dano material e moral, porque aqui se tutela a culpa e o abuso do direito de demandar do exequente, tanto que o STJ já decidiu da

⁵⁴ NEVES, 2016, p. 1212.

⁵⁵ CIVIL E PROCESSUAL. EXECUÇÃO SEM LIQUIDEZ. PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL CONTRA A PRETENZA EXÉQUENTE. IMPROCEDÊNCIA. 1. "A execução tramita por conta e risco do exequente, prevendo os artigos 475-O, I, e 574 do Código de Processo Civil sua responsabilidade objetiva por eventuais danos indevidos ocasionados ao executado" (REsp 1313053/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, Dje 15/03/2013). 2. Nos termos do art. 574 do CPC, "o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução". 3. Cotejando os precedentes do STJ, verifica-se que não é a mera extinção do processo de execução que rende ensejo, por si só, a eventual responsabilização do exequente; ao revés, só haverá falar em responsabilidade do credor quando a execução for tida por ilegal, temerária, tendo o executado sido vítima de perseguição sem fundamento. Se não fosse assim, toda execução não acolhida - qualquer que fosse o motivo - permitiria uma ação indenizatória em reverso. (REsp 1229528/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Dje 08/03/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE DEFERE LIQUIDAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA REFORMADA EM SEDE RECURSAL - REPARAÇÃO DEVIDA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1.. Conforme orienta a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, "a obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC". (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0105.12.025483-1/003, Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida , 12ª CÂMARA CÍVEL, Dje 26/08/2015)

seguinte maneira: "Credor de título executivo judicial que propõe ação executiva contra quem sabidamente não é devedor, buscando facilidades para recebimento dos créditos, age no exercício irregular de direito." (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1245712/MT, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 17/03/2014).

Não se confunde a *ilicitude da demanda* com a *injustiça da demanda*, cuja análise passa pelo direito público de ação e é suavizada pela convicção pessoal do autor ou do exequente acerca do aparente direito deduzido. Nessa linha de raciocínio, o magistério de Galeno Lacerda:

O erro maior da teoria subjetiva consiste em não compreender que o princípio da culpa não serve para solucionar o problema do dano produzido pelo processo, quando movido dentro da esfera do lícito jurídico. Se o dano é produzido no exercício da atividade lícita (como no uso da ação cautelar ou da execução provisória), não há que pensar em nexo de causalidade culposa, e sim em nexo de causalidade objetiva, provinda do fato da sucumbência.⁵⁶

Saliente-se que um ato pode ser antijurídico, mas nem por isso ser ilícito. Ato ilícito é o ato praticado por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, que viola direito e causa dano a outrem. O ato antijurídico viola o direito, mas não necessariamente causa dano a outrem.

Caio Mário lembra que a ideia de reparação deve ser muito mais ampla do que a de ato ilícito: "se este cria o dever de ressarcir, há entretanto casos de indenização em que não se cogita da iliceidade da conduta do agente."⁵⁷

Portanto, a obrigação do autor ou do exequente de indenizar o dano causado ao réu ou ao executado é consequência natural da improcedência do pedido principal, decorrência *ex lege* da sentença. Se alguém requer a antecipação de procedimento ou a execução provisória de uma decisão e a obtém, a culpa não é do juiz, é de quem assumiu o risco da demanda.

⁵⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Volume VIII. Forense: Rio de Janeiro, 1998, p. 313.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3, p. 523.

Há ainda de considerar que a complexidade da causa exige ainda mais a responsabilidade do requerente pelo dano, vez que o expediente, seja antecipatório ou executório, trata-se de providência ainda mais arriscada, circunstância que deveria exigir redobrado cuidado, com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido ou dos atos de expropriação.

4.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELO AJUIZAMENTO DE QUAISQUER ESPÉCIES DE DEMANDA – A TESE DO RISCO PROCESSUAL

A teoria do risco foi acolhida inteiramente no código civil de 2002. No processo civil, a aplicação do princípio do risco encontra de igual forma o seu espaço ao passo que as necessidades decorrentes dos novos direitos e dos novos institutos processuais se fazem presentes, especial e expressamente previsto, como vimos, nas tutelas provisórias e na execução provisória propriamente dita.

A execução da tutela provisória e da executiva propriamente dita é ato lícito. Os fatos constituídos também. É difícil admitir que esse ato ancorado pelo Estado seja considerado ilícito e antijurídico. A reparação dos danos ensejados, portanto, decorre do risco processual.⁵⁸

Mesmo porque a única diferença prática existente nos procedimentos antecipatórios que estudamos acima, as tutelas provisórias e a execução provisória, é sentida pelo juiz por ocasião do deferimento ou não do pleito. A execução provisória resulta de escolha legislativa, sem possibilidade de qualquer avaliação do juiz sobre conveniência e necessidade, e só se difere da definitiva em razão da limitação quanto aos atos de alienação.

Para Dinamarco, sem dúvidas, o risco é o fundamento jurídico da recomposição do dano daquele que opta por uma resposta rápida ou que não poderia aguardar o tempo necessário para o regular desfecho do processo de conhecimento. Também para as execuções propriamente ditas, o risco de se cometer uma “injustiça” é inerente nesses casos, já que se atua uma vontade que ainda é meramente

⁵⁸ CHIAVASSA, 2004, p. 158-161.

aparente da existência de direito material, faltando a necessária relação de instrumentalidade entre o direito material e sua efetiva aplicação.⁵⁹

Luso Soares considera o risco processual como um acontecimento natural decorrente tão-somente do fato de se ganhar ou se perder:

Cada processo é individualmente (à margem de quaisquer pressões sociais de ordem geral ou massiva) uma fonte de riscos. Numa imagem curiosa, dir-se-á que cada tribunal é um serviço público que abre as portas à verificação do risco em que fica quem a ele recorre. O risco é inerente à actividade processual das partes.⁶⁰

Caio Mário lembra que o fundamento maior da responsabilização é o risco. É fato comprovado que os atos lesivos são causados pela conduta antijurídica do agente, independentemente de negligencia, imprudência ou imperícia. Embora a responsabilidade civil fora construída tradicionalmente sob o manto da culpa, esta é insuficiente para cobrir todos os danos ressarcíveis:

A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça. Foi preciso recorrer a outros meios técnicos, e aceitar que em muitos casos o dano é reparável sem fundamento da culpa.⁶¹

A responsabilidade objetiva do autor vencido na demanda provisória decorre do risco judiciário, tal como ocorre na execução provisória cassada. A maioria da doutrina acolhe a teoria do risco processual como o adequado fundamento jurídico da obrigação de indenizar, ainda que haja legitimidade em um dado momento pelo próprio Poder Judiciário, mas que não afasta a responsabilidade objetiva do autor sucumbente, desde que, logicamente, haja comprovação pelo réu dos danos sofridos, vez que sem dano não há indenização porque o processo não é fonte de enriquecimento sem causa.⁶²

Sobre o risco subsistente e os danos causados pela atuação indevida dos procedimentos antecipatórios, Tércio Chiavassa resume:

⁵⁹ DINAMARCO, 2016, p. 22.

⁶⁰ SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra : Almedina, 1987, p. 133.

⁶¹ PEREIRA, 2017, p. 524.

⁶² CHIAVASSA, 2004, p. 165-167.

Execução provisória e execução de tutela de urgência, além do procedimento aplicável e que decorre da lei, também possuem em comum a característica da ausência de definitividade jurídica da decisão concedida. Dessa forma, é razoável que as consequências de seu uso imponham responsabilidade similar ao beneficiário desses instrumentos processuais, ainda que falte certeza do direito à decisão concessiva de tutela de urgência.⁶³

Assim, o ponto alto deste capítulo está no fundamento jurídico da recomposição embasado no risco. Assim como no direito civil, o processo civil também encampou a exegese da teoria do risco criado.

Há uma reação moderna contra o subjetivismo tradicional da recomposição de danos do código civil, o que pode ser extensivo ao processo.

Luso Soares elaborou uma teoria geral da responsabilidade processual ao escrever sobre as consequências do dano na relação jurídica processual. Para o autor lusitano, qualquer que seja o fundamento da responsabilidade – seja pelo prejuízo que o infrator experimenta como consequência do seu atuar antijurídico ou a consciência de se identificar com o resultado lesivo – a vida humana não é concebível sem responsabilidade, jurídica ou ética. Assim, o processo é encarado pelo autor como vida e o direito como realidade viva:

Processo é método e instrumento, ou é método instrumental, se quisermos. Assim, a sua realidade como que se situa num segundo grau relativamente à realidade material de que vive o direito substantivo. Mas daqui não vale dizer que a vida processual não seja a vida humana (ainda que instrumental) e, por isso, vida responsabilizável.⁶⁴

Assim, “há a vida que pulsa; e há do mesmo modo a jurisprudência, que funde aquela mesma vida com o direito abstracto e geral, deste modo concretizando a realidade jurídica.”⁶⁵

Como é dever jurídico primário a abstenção de ocasionar danos a quem quer que seja, servindo tal premissa, *neminem laedere*, a base do princípio da boa-fé, no preenchimento de lacuna, a tendência atual é a proliferação das hipóteses de responsabilização por dano independente de apreciação de culpa, o que atende aos

⁶³ *Ibidem*, p. 218-219.

⁶⁴ SOARES, 1987, p. 14.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 19.

anseios de justiça social de indenizar aquele que sofreu prejuízo injusto. É a consagração da teoria do risco do direito civil no processo.⁶⁶

Luso Soares admite que a boa-fé permeia geralmente todo o comportamento das partes e das atividades da relação jurídica processual e mesmo que a parte vencida tenha se comportado com inafastável boa-fé, será responsável pelas custas processuais e os danos perpetrados. Contudo, afirma que há no processo uma responsabilidade “alheia a qualquer ânimo do agente. Por outras palavras, haverá que encarar a vivência conjunta de dois tipos de responsabilidade processual: a) subjectiva, por facto do dolo no processo; b) objectiva, por risco próprio daquele que deu causa à acção.”⁶⁷

Neste sentido, acredita-se na Incidência da responsabilidade civil objetiva nos casos não somente expressos em lei específica, mas, também, como decorrência de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, nos termos do paragrafo único do art. 927, uma vez que este dispositivo está fundamentado na teoria do risco criado.⁶⁸

De fato, a responsabilidade civil objetiva é justificada pela potencialidade lesiva inerente à própria atividade desenvolvida pelo autor da demanda processual. Assim, não obstante a licitude da atividade exercida pelo requerente e da sua utilidade social, pela sua própria natureza, existe uma probabilidade de causar danos ao réu, razão pela qual a responsabilidade civil do autor que exerce específica atividade de demandar independe de culpa.

De maneira um pouco diversa, todavia, com equivalência prática, Luso Soares defende que a origem da responsabilidade processual não se encontra no direito civil, especialmente na responsabilidade civil, porque ele a considera autônoma, isto é, é espécie do gênero responsabilidade, ao lado da responsabilidade civil. Mesmo porque no direito processual, para o autor lusitano, ao contrário do direito civil, a responsabilidade objetiva é a regra, enquanto a subjetiva é a exceção:

⁶⁶ CHIAVASSA, 2004, p. 154.

⁶⁷ SOARES, 1987, p. 16-17.

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 398-405.

Do quanto já ficou dito ao longo deste ensaio de uma teoria da responsabilidade processual, é não só possível, mas necessário afirmar que no processo civil a regra e a exceção se invertem. Repare-se nesta diferença antipódica de regimes: a) em sede de responsabilidade civil a subjectividade é a regra e a objectividade é a exceção; b) mas relativamente ao domínio da responsabilidade processual verifica-se o oposto: é regra a responsabilidade objectiva (também chamada normal) e exceção a subjectiva (ou agravada).⁶⁹

O foco da responsabilidade civil objetiva, aparada pela cláusula geral do art. 927 do código civil, está centrado na vítima, ofendida no seu direito de não ser lesada, garantindo-lhe o direito de ser integralmente reparada pelos prejuízos sofridos.⁷⁰

Neste íterim, o alcance da norma genérica do art. 927 pode ser transportado ao processo porque a atividade normalmente desenvolvida pelas partes processuais é também uma série contínua e regular de atos arriscados, disponíveis para ser exercitado, não um ato único ou isolado, mas não necessariamente exercida de forma reiterada.

Como é unânime na doutrina o fato de que a responsabilidade civil objetiva é assentada na teoria do risco, se o autor exerce o seu direito de ação, atividade que, por si só, é fonte criadora de perigo para o réu e para terceiros, deve responder por este perigo objetivamente, ou seja, a culpa para gerar o dever reparatório é irrelevante.

Responsabiliza-se simplesmente a pessoa que cria a situação de perigo, independentemente de ter auferido vantagem econômica com sua atividade porque se adota irremediavelmente a teoria do risco criado, não a do risco proveito.

Desse modo, é necessário se libertar do conceito tradicional da culpa e sua ligação irremediável à responsabilidade civil. É preciso, de igual forma, expandir ao máximo a tutela da responsabilidade civil objetiva genérica. A culpa e a subjetividade embaraça muitas vezes a expansão da solidariedade humana, que é objetivo fundamental da República. Caio Maia lembra: “A vítima não consegue, muitas vezes, vencer a barreira processual, e não logra convencer a Justiça dos extremos da

⁶⁹ SOARES, 1987, p. 100.

⁷⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Manual de direito civil – volume único*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 344.

imputabilidade do agente. Desta sorte, continuando, embora vítima, não logra o ressarcimento.”⁷¹

4.6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL NO CONTEXTO PÓS-MODERNO: UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

A transformação e a evolução das formas de vida humana demandam adaptação do Direito, como ciência social aplicada, e isso se dá com a atualização dos institutos materiais e processuais.

A teoria do risco é a exegese mais apropriada para fundamentar juridicamente a recomposição do dano decorrente da execução de tutelas antecipatórias cassadas, seja de quaisquer outras demandas e incidentes processuais, como defendemos acima.

Desse modo, a consciência do risco deve estar presente a todo instante, principalmente ao autor, que inaugura a relação jurídica processual, principalmente assumindo o advogado da parte uma postura ética de alerta ao cliente. Não se pode supor a ingenuidade do requerente, que deve estar ciente de que todos os efeitos da tutela provisória desaparecem ‘ex tunc’ com a sentença desfavorável na ação principal.⁷²

No contexto contemporâneo ou pós-moderno, o atual direito civil-constitucional valora as relações existenciais ou não patrimoniais.

A estrutura do novo código é melhor do que do seu antecessor, na visão de Dinamarco, porque principia com uma parte geral, contida no Livro I, que o de 1973 não tinha, pelo qual todas as normas gerais de processo residiam no livro do processo de conhecimento. O modelo processual civil passou a ter como característica fundamental as garantias constitucionais reproduzidas e enfatizadas ao longo do Código.⁷³

⁷¹ PEREIRA, 2017, p. 527-528.

⁷² CHIAVASSA, 2004, p. 300-301.

⁷³ DINAMARCO, 2017, p. 49-50.

Assim, a partir desse novo modelo processual,⁷⁴ é necessário se libertar do conceito tradicional da culpa, que obstaculiza a expansão da solidariedade humana, priorizando os direitos e as garantias constitucionais no processo.

Vivemos numa sociedade de risco. O instituto da responsabilização se volta para a vítima, é mecanismo de proteção da pessoa humana, segundo o paradigma do direito civil-constitucional, consubstanciado nos objetivos fundamentais da República.⁷⁵

O pós-positivismo, ou o período pós-moderno, visto sob a luz da obrigatoriedade de aplicação dos direitos fundamentais, sob a perspectiva simbiótica entre direito e moral, diante do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, pressupõe uma noção de justiça intrínseca ao Direito. A nova hermenêutica, numa expansão da litigiosidade, assim, procura compatibilizar os direitos vinculantes, flutuantes e flexíveis, às circunstâncias do caso concreto.

A evolução das relações deve provocar em igual proporção a transformação do Direito, mesmo porque a sociedade brasileira vive um processo cultural em formação. Compatibilizar os anseios sociais com o sistema jurídico é o mínimo que se espera. Desse modo, torna-se necessário dar maior operabilidade possível à responsabilidade civil objetiva para que possa ter relevância na realidade privada e no processo civil.

A interpretação mais moderna que deve se dar ao instituto da responsabilização é o de transformação jurídica e social, aumentando exponencialmente seu potencial no cotidiano da sociedade brasileira, em superação à silogística tradicional.

A transposição do eixo central das normas do direito civil para o texto constitucional acarretou consequências jurídicas como a alteração da tutela do indivíduo para a proteção da dignidade da pessoa humana, e ainda por ela considerada como um

⁷⁴ “São de duas ordens as inovações de maior profundidade trazidas no Código de 2015, aquelas que podem ser consideradas como soluções capazes de alterar em alguma medida o *estilo processual* até então vigente. Trata-se da ênfase ao *dever de cooperação* entre as partes e o juiz e da abertura para atuação dos *meios alternativos de solução dos litígios*.” (DINAMARCO, 2017, p. 46-47)

⁷⁵ MORAES, 2010, p. 321 e ss.

dos fundamentos da República, o que implica completa transformação do paradigma do direito civil.⁷⁶

Diante da consolidação do marco teórico do direito civil-constitucional, na prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais, podemos dizer que um dos principais desafios do direito civil interpretado à luz da Constituição é o papel da responsabilidade civil na proteção da dignidade humana. O instituto da responsabilização se volta para a vítima.⁷⁷

Neste ínterim, em que o Direito se aproxima da ética, da justiça no caso concreto, da boa-fé objetiva e princípio da boa-fé processual, da moral, é necessário dar uma interpretação mais moderna, expansiva e garantista à segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil de 2002, para não restringir as atividades de risco gerais que realmente implicarem em risco aos direitos e às garantias dos nossos semelhantes.

Para Pontes de Miranda não há incoerência no sistema que prevê medidas satisfativas e medidas provisórias, responsabilidade com culpa e responsabilidade sem culpa: “não há contradição no sistema jurídico; há superposição de incidências de regras jurídicas, donde terem-se de interpretar com o postulado metajurídico (e metalógico) de que o sistema não apresenta qualquer contradição”.⁷⁸

Acontece que, infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), outros tribunais superiores e a maioria da doutrina ainda aplica a norma em referência de forma muito cautelosa, malogrando, destarte, a potencialidade de justiça no caso concreto que ela possui.

A responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis e simples. É o primeiro instituto a sentir as mudanças sociais por estar mais próximo do cotidiano social. Ainda mais porque o instituto da responsabilização é composto por cláusulas gerais e conceitos vagos indeterminados, mormente a norma mais prestigiado neste

⁷⁶ MORAES, 2010, p. 48.

⁷⁷ MORAES, *loc. cit.*

⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IX, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 250.

trabalho, qual seja, a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil de 2002:

Diversamente de outras normas que preveem a responsabilidade objetiva, a redação da cláusula geral do parágrafo único do art. 927 não se mostra rigorosa, uma vez que toda e qualquer atividade pode implicar “riscos para os direitos de outrem”. A excessiva abertura da cláusula tem sido criticada por deixar ao arbítrio do julgador a definição da natureza da responsabilidade, permitindo a fluidez da noção de atividade de risco a instituição de regimes de reponsabilidade sem culpa que não estejam caracterizados na lei.⁷⁹

Pensamos que por não ser rigorosa a redação da cláusula geral da responsabilidade objetiva, composta de conceitos vagos e conceitos jurídicos indeterminados, o potencial da norma é enorme para servir aos interesses reais da sociedade e do processo. A transformação tendente à objetivação da responsabilidade civil, sem dúvidas, corresponde a uma mudança sociocultural importante na passagem do modelo individualista-liberal, próprio do código civil de 1916, para o modelo solidarista, próprio do código civil de 2002 e da Constituição de 88, fundado inteiramente na pessoa humana, na vítima do dano – diferentemente da ideologia passada de tão-somente punir e sancionar o culpado.

Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados funcionam como instrumentos de incidência dos princípios e valores constitucionais nas relações privadas. A única constante a ser perseguida é na prevalência da tutela da pessoa humana considerada em sua dignidade plena, como o valor principal do ordenamento, como a “própria finalidade-função do direito”.⁸⁰

No sistema da responsabilidade civil, o princípio da proteção da pessoa humana reverberou na tutela da proteção à vítima e não mais no caráter essencialmente punitivo; o que causou aumento das hipóteses de dano ressarcível e a perda da importância da função moralizadora, substituído pelo dever geral de solidariedade, que se encontra na base do aforismo *neminem laedere*.

⁷⁹ MORAES, 2010, p. 386.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 322-324.

O risco processual, tendo por esteira a responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente da demanda, decorre do natural risco judiciário. Esta é a exegese mais apropriada para fundamentar juridicamente a recomposição do dano sem culpa, dada a importância da efetivação dos objetivos constitucionais, sobretudo em relação ao valor e princípio da solidariedade.

O século XIX foi o triunfo do individualismo. Já o século passado foi marcado por grandes guerras e transformações em todos os setores da vivência comunitária. Por tal razão passamos a pensar a humanidade como uma coletividade merecedora, enquanto tal, de proteção jurídica. O Estado Constitucional Democrático de Direito, numa releitura dos direitos fundamentais da primeira e segunda geração, apresenta-se, então, como propulsor dos de terceira geração (direitos difusos e coletivos) a partir do plano e conteúdo solidário.⁸¹

O valor solidariedade está previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico em uma posição de destaque e preeminência no inciso I do art. 3º da Constituição de 1988 como um dos objetivos fundamentais da República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. É importante ressaltar que os incisos do art. 3º visam uma igualdade substancial, não havendo qualquer espaço para a exclusão no projeto constitucional.

Solidariedade emana a ideia de sentimento coletivo, de afinidades, de ajuda mútua própria de qualquer sociedade, cuja finalidade é a vida em comum, numa dimensão objetiva, e a auto-realização por meio da ajuda ao próximo, numa perspectiva subjetiva. Não se trata necessariamente da ideia de caridade, filantropia ou amor ao próximo, mas pode sê-lo.⁸²

Como o sistema jurídico não permite que se causem danos a quem quer que seja ou a qualquer das partes processuais, o princípio solidariedade não pode ser visto como uma espécie de cooperação, mas de preservação e desenvolvimento coletivo.

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44-45.

⁸² AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, n.53, out/dez. 2005, p. 250.

A solidariedade, portanto, não possui um caráter meramente normativo, mas um caráter de princípio, com valor finalístico, de conteúdo jurídico essencial. Do ponto de vista jurídico, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição para que, através dele, alcance-se o objetivo da igual dignidade social.

Até a promulgação da atual Constituição, a única acepção jurídica do vocábulo solidariedade era a que remontava ao direito ou à relação obrigacional, ou seja, aos credores ou devedores solidários. A este significado, na lição de Maria Celina Bodin de Moraes, soma-se hoje outro muito mais abrangente e relevante, que é o princípio solidariedade. E, ainda, antes de representar um retoricismo ou um vago programa político vago, a solidariedade estabelece no ordenamento jurídico um princípio inovador, seja no momento de elaboração das leis, seja na execução das políticas públicas ou nos momentos de interpretação e aplicação do direito.⁸³

Desse modo, a responsabilidade objetiva, face ao risco de qualquer atividade, é consequência natural da predominância dos interesses sociais sobre os individuais.

A objetivação da responsabilidade é uma releitura do direito civil em virtude da incidência dos princípios constitucionais. Ou seja, o modelo solidarista, baseado na Constituição, que direciona a atenção à vítima, vincula diretamente a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade.

Desse modo, tem-se como fundamento constitucional da responsabilidade civil objetiva o dever de solidariedade social, com alcance amplo e suficiente para abranger a reparação de todos os danos injustamente sofridos, havendo nexo de causalidade com a atividade normalmente desenvolvida, perigosa ou não. Todas são atividades que geram riscos para os direitos de outrem:

O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isto é, em quem quer ao ato danoso esteja vinculado. No modelo solidarista, invertem-se os termos do problema e a responsabilidade subjetiva nada mais é do que uma outra hipótese de

⁸³ MORAES, 2010, p. 238-240.

imputação de responsabilidade. Em decorrência do princípio constitucional de solidariedade social, pois, distribuem-se as perdas e estendem-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa humana. Esta é a razão justificativa, a um só tempo ética e jurídica, do deslocamento dos custos do dano da vítima para o responsável pela atividade.⁸⁴

Para o direito civil-constitucional não interessa uma norma jurídica que não seja interpretada consoante aos princípios fundamentais. O princípio que dá foros de constitucionalidade, generalidade e eticidade à responsabilização sem culpa é o da solidariedade social.

Desse modo, no âmbito da relação jurídica processual, quem suportará o dano causado na relação jurídica processual não é mais o réu, mas aquele que gera com a sua atividade, a mera “ocasião” ou “oportunidade” de dano que o processo oferece, quem seja, o autor sucumbente, para este se desloca o custo do dano, que pode ser repartido entre os membros da coletividade. O autor do dano está incluso na coletividade.

Cabe agora, de acordo com o modelo solidarista, reelaborar os conceitos, delimitar as funções, racionalizar os critérios de imputação, proceder à reconstrução racional do sistema da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento do país. Este é o dever do jurista, da doutrina.⁸⁵

Como se sabe, o sistema tradicional da responsabilização foi construído a partir do conceito de culpa e de ato ilícito, isto é, da conduta reprovável daquele que, por negligência, imprudência e imperícia, viola direito e causa dano a outrem.

Como já tivemos oportunidade outrora de dispor, o giro conceitual do ato ilícito para abarcar também o dano injusto é importante para entendermos que a ideia de ato ilícito ou ato antijurídico não traz inevitavelmente intrínseco a ideia de culpa. Dano injusto nos remete tanto à ideia de atos lícitos como ilícitos que igualmente causam danos a outrem.⁸⁶

⁸⁴ MORAES, 2010, p. 338.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 342-349.

⁸⁶ LIMA NETO, 2006, p. 256-261.

Ocorre que para parcela da doutrina que considera a ilicitude como um pressuposto indissolúvel da responsabilidade civil, é necessário compreender o conceito de ilicitude de forma ampla, para abarcar a ilicitude em sentido estrito, fundada na culpa, e a ilicitude em sentido lato, fundada na antijuridicidade, e que enseja um dano injusto. Assim, a antijuridicidade seria gênero do qual o ato ilícito fundado na culpa e o ato ilícito gerador de dano injusto seriam espécies. Dano injusto, neste caso, é aquele prejuízo que o legislador entendeu que deve ser reparado, pouco importando os motivos do parlamento, mas sim o comando da norma nela produzida.⁸⁷

Assim, há quem defenda a superação do termo responsabilidade civil, substituindo-o por responsabilidade de danos, tendo em vista que o primeiro em face das condições históricas, culturais e lógicas nas quais foi consolidado, acaba sempre por suscitar a ideia de culpa do agente.⁸⁸

A expressão dano injusto tem por base o art. 2.043 do código civil italiano, de 1942. Pode-se entender que o dano injusto traduz a noção de lesão a um interesse juridicamente protegido, expressão que se torna mais própria modernamente, abarcando bens, direitos imateriais e da personalidade, enfim, toda uma gama de situações que antes restavam indenés.

Destarte, no âmbito do sistema objetivo de responsabilidade civil, a vítima não deve suportar os danos injustamente gerados por outrem. A responsabilidade civil objetiva, para parcela da doutrina que não considera a ilicitude como pressuposto indissolúvel do sistema da responsabilização civil, não se importa com o ato ilícito ou antijurídico, mas com o ato injusto, embora lícito.

Dano injusto, em suma, é o evento causador de desequilíbrio social sanável pelo balanceamento da responsabilidade civil. A ideia de justiça não é aquela ordinária, no sentido de bom e valoroso. Injusto é quando o ordenamento toma a lesão por intolerável.

⁸⁷ LIMA NETO, 2006, p. 258-260.

⁸⁸ FONTES, 1999, p. 11.789 apud LIMA NETO, 2006, p. 259.

Desse modo, o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, revela uma alteração na função da responsabilização civil: de punitiva para satisfativa da vítima. Esse conceito corresponde ao fundamento principal da responsabilidade, qual seja, o princípio da solidariedade social, assentado no inciso I do art. 3º da Constituição.

De fato, a responsabilidade civil objetiva é uma responsabilidade por ato lícito, porém, ainda há fortíssima resistência à ideia de que se possa haver responsabilidade sem qualquer antijuridicidade ou, como entendem alguns, sem se tratar de ilicitude em sentido estrito. Estamos falando justamente dos danos injustos causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados.

De todo o modo, conforme lição de Francisco Vieira Lima Neto, mantém-se cada vez mais válida a máxima romana que pugna pelo comando de *neminem laedere*, estando presente na sociedade um sentimento de apreço pela vítima que faz com que os tribunais acabem, se necessário, por dar à norma a interpretação que seja bastante para garantir que o prejudicado receba alguma indenização. A ótima é do lesado e não do agressor, pois passamos da era da culpa para a da responsabilização pela qual nem sempre o responsável é o culpado pelo dano.⁸⁹

É interessante notar que no contexto da constitucionalização do direito e do processo, fundado no pensamento de Pietro Perlingieri, o professor Carlos Konder se preocupou em explicitar o método adotado no discurso pelo jurista contemporâneo, principalmente diante de tantas modificações dos valores sociais sobre os quais o direito se constrói. Preocupa a invocação descuidada do método pela doutrina e jurisprudência sem adequada indicação de suas premissas:

A doutrina do direito civil contemporâneo vive um momento de profunda transformação, que é, como não pode deixar de ser, uma ocasião de crise e oportunidade. O processo de libertação e superação de certos rigores metodológicos tradicionais a essa área da ciência do direito pode dar vazão a novos métodos, oxigenados pelas paradigmáticas mudanças da ciência, ou pode resvalar para ausência de qualquer método, que sob a falácia da liberdade e da informalidade representa apenas a tirania e o arbítrio do interprete.⁹⁰

⁸⁹ LIMA NETO, 2006, p. 266.

⁹⁰ KONDER, Carlos Nelson Konder. *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri*. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, Vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213, p. 194.

A metodologia do direito civil-constitucional, fundado no pensamento de Pietro Perlingieri, teve aqui grande receptividade por encontrar um contexto de redemocratização e civilistas ansiosas por transformar o código civil de 1916 em instrumento de emancipação das pessoas e de transformação social.

Como visto neste capítulo, a responsabilidade civil objetiva está prevista expressamente no código de processo civil de 2015 em relação à execução provisória e às tutelas provisórias, principalmente, porém, no nosso sentir, não se tratam de hipóteses exclusivas de incidência.

A responsabilização faz parte do “direito vivo”, superando-se a cada nova demanda, às vezes até em contraposição aos julgamentos dos tribunais e à jurisprudência dominante, bem como à doutrina majoritária.

A responsabilidade civil pede readaptação às situações novas, pede integração constitucional com os direitos fundamentais.

A jurisprudência, inclusive com a carga vinculante que lhe foi dada pelo novo diploma processual, via sistema de precedentes, é meio eficaz de modificar entendimentos, superar paradigmas e dinamizar a incidência da responsabilização.

De acordo com o referencial teórico já desenvolvido na presente pesquisa, não se deve admitir que a responsabilização objetiva seja a exceção do sistema jurídico, devemos sempre nos ater à sua previsão legal. Assim sendo, não há obrigatoriedade de que conste da lei menção expressa à responsabilidade objetiva desde que, da interpretação sistemática, mormente sob o paradigma pós-moderno, extraia-se tal conclusão.

Acreditamos que o legislador não quis restringir as possibilidades de incidência da responsabilidade objetiva no processo, pelo contrário, ao explicitar no diploma processual pelo menos dois regimes de convergência à obrigação reparatória sem culpa, quis pelo menos ampliar a teoria objetiva às situações em que o autor sucumbente cause danos à parte adversa, embora deixando tal exegese explícita,

repetindo, somente nos dispositivos que regulam as tutelas provisórias e a execução não definitiva.

Esta posição indubitavelmente não se trata de postura intimidadora que atenta contra o livre exercício do direito de ação ao *criar* hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. Como já tivemos oportunidade de esclarecer, o direito de ação não é absoluto, visto que se acha condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre ao judiciário deve ter uma razão séria para invocar a tutela judicial.

Não podemos fechar os olhos para o fato de que o exercício do direito de ação, independentemente da intenção e da culpa do demandante, pode sim causar danos ao réu e a terceiros. Defender genericamente a isenção do autor sucumbente da responsabilidade civil é dar margem a abusos processuais e sacrificar injusta e demasiadamente o polo passivo da relação jurídica processual, sempre.

Ainda, como forma de justificar o nosso posicionamento de ampliação ou extensão da incidência da responsabilidade civil objetiva no âmbito do processo, em se tratando de conduta voluntária lícita e de risco, que causa danos à parte adversa da relação, além de todo o fundamento constitucional já desenvolvido, utilizamo-nos, agora, da mesma lógica pela qual Antônio Junqueira de Azevedo se enveredou para demonstrar que o princípio da boa-fé objetiva se aplica também às fases pré e pós-contratual, não obstante o art. 422 do código civil de 2002 apenas fazer referência expressa e se limitar ao período da conclusão e da execução do contrato.⁹¹

Embora o citado dispositivo, que assim dispõe “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, fazer menção somente à boa-fé relativa à conclusão e à execução do contrato, Junqueira de Azevedo entendeu que, como o atual paradigma do diploma civil, no contexto pós-moderno, é de sistema aberto, que se utiliza de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, pelo qual o ponto central deixa de ser a

⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos*. In: Revista do Conselho da Justiça Federal (CEJ), v. 3, n. 9, abr./ dez. 1999. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/237/399>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

lei e o juiz e se concentra na Constituição, não seria possível deixar em desamparado os contraentes tanto antes quanto durante e após a extinção da relação contratual, em especial pelo princípio e norma cogente da solidariedade:

Uma regra genérica de boa-fé na formação contratual parece ser útil como noção aberta da qual o juiz pode se valer, mas há nisto uma incongruência: a mesma imprecisão que facilita a decisão é inconveniente para as partes. Como obedecer a uma regra imprecisa? Parece, portanto, que, ao lado de regras específicas, seria melhor admitir, não uma regra genérica de boa-fé na formação contratual, mas sim, uma norma supletiva que fixasse os pressupostos de uma possível indenização, assim: diante da confiança criada e prejuízos sofridos, diante da relação de causa e efeito entre negociação e prejuízo (nexo de causalidade) e diante da ausência de má-fé do prejudicado - três pressupostos – o juiz arbitra um *quantum* de indenização. A responsabilidade pelos danos resultantes de fatos na formação contratual, a semelhança de outros casos de responsabilidade não fundada na culpa (princípio do respeito), nem no inadimplemento (princípio da fides), estaria fundada no princípio maior, de solidariedade social, que justifica a distribuição equitativa dos prejuízos.⁹²

Desse modo, o fundamento dogmático ou normativo para justificar a ampliação ou extensão da incidência da boa-fé às avenças se encontrava e se encontra no art. 3º, inciso I, da Constituição.

Conforme é de cediço conhecimento, no texto constitucional não há palavras inúteis e as normas ali contidas possuem eficácia imperativa e vinculante. Inclusive, os princípios fundamentais insculpidos no Título I da Constituição (art. 1º ao art. 4º) são valores fontes para a interpretação constitucional das demais normas positivadas.⁹³

O que ora se defende não se trata, portanto, de mera retórica.

O sistema estatal tem o dever de estabelecer os meios para que os objetivos da República sejam implementados e realizados no cotidiano dos jurisdicionados, dentre os quais “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, segundo a norma

⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A boa-fé na formação dos contratos*. In: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 87 (1992), p. 90. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pag. 66.

de eficácia coativa imediata e vinculante do inciso I do art. 3º da Constituição Federal.⁹⁴

De fato, o Estado se realiza a partir da concretização dos objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição e para tanto se evidencia a necessidade de uma permanente concatenação de ações administrativas e judiciais para manter a harmonia do sistema constitucional e jurídico, numa adequada gestão pública da solidariedade. Assim, o interesse público primário precisa ser verificado integralmente em qualquer demanda estatal.⁹⁵

A realização dos objetivos fundamentais, enquanto normas qualitativamente programáticas pela abstração e máxima eficácia, depende da atuação do executivo e do judiciário, como agentes concretizadores, conforme lição de José Joaquim Gomes Canotilho.⁹⁶

Segundo José Afonso da Silva considera que o art. 3º da Constituição não são normas programáticas, apesar de aparentar um sentido programático (densidade normativa limitada), mas normas dirigentes ou teleológicas, isto é, de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.⁹⁷

Em decorrência deste pensamento, a doutrina e a jurisprudência atual, seguindo os ensinamentos de Junqueira de Azevedo, firmaram entendimento no sentido de que o dispositivo 422 se aplica também às fases anteriores e posteriores ao negócio jurídico. Tanto é assim que o Enunciado n. 25 da I Jornada de direito civil assim prevê: “O art. 422 do código civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

Os princípios da boa-fé objetiva e da função social impõe às partes o dever de agir conforme preceitos éticos e cooperativos durante qualquer fase da relação

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380-384.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público* (prefácio). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 09.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.224-1.241.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47.

contratual, exigência para que não ocorra redução das vantagens oferecidas pelo contrato.

Desse modo, podemos concluir, pois, que, o fundamento normativo da presente pesquisa está na interpretação sistemática e coerente existente entre a específica norma da responsabilidade civil objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do código civil de 2002, e a norma constitucional do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

A solidariedade, como evolução do conceito de fraternidade, como já vimos, é requisito para concretizar as liberdades e os direitos fundamentais e sociais. Uma sociedade egoísta não é justa e não alcança a liberdade, porque a liberdade pressupõe que todos os sejam. O princípio solidariedade serve às outras disposições constitucionais e infraconstitucionais, o que lhe dá ainda mais densidade no cumprimento das suas metas.

O formalismo, voltado estritamente para o texto do enunciado normativo, faz com que o intérprete se restrinja ao dispositivo isolado, sem o esforço de concatenação com os princípios superiores, olvidando a ideia fundamental de que toda interpretação é sistemática, mesmo porque “não se interpreta o direito em tiras”. Não se pode admitir, portanto, tal aprisionamento do intérprete ao texto. Por outro lado, é preciso ter cuidado com a postura oposta, ou seja, do jurista absolutamente livre frente ao texto, não se dignando a qualquer limite ou condicionamento vinculado ao significado dos vocábulos e enunciados. Daí ser aterrorizante, para o autor, o cenário com que nos confronta a jurisprudência atual, com base em decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela constitucionalização e da aplicação dos princípios, “mais parecem realizar o que vem sendo chamado banalização ou mesmo ‘carnavalização’ do Direito.”⁹⁸

Daí, como impedir que o poder do intérprete seja capaz de prolar decisões portadoras de alto grau de insegurança e de arbitrariedade em potencial? A saída, para o autor Carlos Konder, é o dever de fundamentação argumentativa lógica

⁹⁸ KONDER, 2015, p. 203-205.

formal, dirigida pelo postulado da razoabilidade e ponderação, como pedra de toque da liberdade e da responsabilidade do intérprete:

Uma vez que o intérprete tem a liberdade – e o dever – de cotejar as potencialidades linguísticas do texto do enunciado normativo com os demais enunciados, em especial com os princípios fundamentais do sistema, e confrontar circularmente esses enunciados com as peculiaridades juridicamente relevantes da realidade concreta a que se destinam as normas, não há possibilidade de conceber sua atividade sob o modelo formal da subsunção, que mascara as escolhas como se fossem necessárias e neutras. As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma de libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete.⁹⁹

O que não podemos olvidar essencialmente é que a responsabilidade civil objetiva se funda no princípio da equidade e da solidariedade. Há em litigância dois inocentes: o agente causador do dano e a vítima. O dano, por sua vez, não é injustamente causado, mas o é injustamente sofrido.

E neste âmbito, o instituto da responsabilização deve cumprir o objetivo constitucional de realização da solidariedade social, através de ampla proteção aos lesados, mormente na relação jurídica processual, cenário do qual é fértil para a litigiosidade compulsória e essencialmente de risco. Desse modo, tendo por paradigma de fundamento constitucional da responsabilidade civil objetiva os objetivos fundamentais da República, mormente o princípio solidariedade, distribuem-se e se socializam as perdas.

⁹⁹ KONDER, 2015, p. 208.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, mesmo com todo o avanço legislativo e doutrinário verificado sobre o instituto, revela-se testemunha da plasticidade das formas jurídicas e se reedifica plasmada por uma sede de justiça no caso concreto, de atenção às relações não patrimoniais, de cuidado especial à vítima.

A responsabilidade civil do nosso tempo, baumannianamente atual ou líquido,¹ em que tudo é móvel e gelatinoso, é plural e heterogênea também, aberta a desenvolvimentos e interrogações. O período pós-moderno em que vivemos se caracteriza essencialmente pela multiplicação e extensão das atividades humanas. O fenômeno da globalização, o avanço tecnológico e dos meios de comunicação e transportes conduzem naturalmente à complexidade das relações jurídicas.

O modelo anterior da responsabilização, segundo o qual não havia responsabilidade sem culpa, passou por um padrão intermediário com o qual a responsabilização era presumida e girava moderadamente a favor da vítima do dano, alargando os interesses tutelados. Após isso, o código civil e leis especiais passaram a prever e alargar as hipóteses típicas ou fechadas da responsabilidade civil objetiva.

Chega-se ao tempo atual marcado pelas complexidades no tecido social, pela mudança de paradigma constitucional e infraconstitucional e pela cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, baseada na atividade de risco. Denota-se e se anseia a justiça no caso concreto, de forma genuína e não meramente retórica.

Nem apenas de superação se entende viver a pós-modernidade, pois a revisão crítica importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação para novas condições de vida. O mundo pós-moderno reclama, pois, uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de se alargar por muitas décadas até a sua consolidação. Em verdade, é

¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido – sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradutor: Carlos Alberto Medeiros. Jorge Zahar Editor, 2004.

preciso rever conceitos e não rompê-los totalmente, como já tivemos oportunidade de ponderar.²

Alguns mecanismos jurídicos foram então desenvolvidos para o controle das inúmeras variantes visando a superação das dificuldades por vezes caóticas que envolvem a responsabilidade civil: a) a interdisciplinaridade; b) o diálogo das fontes; c) a visão constitucionalizada do Direito Privado e a aplicação dos princípios constitucionais nas relações entre particulares; d) a personalização do direito civil; e) a ponderação dos princípios e valores, sobretudo constitucionais. A visão interdisciplinar, o diálogo das fontes e o direito civil constitucional viabilizam a análise do sistema como um todo, substituindo-se uma interpretação insular por uma interpretação sistemática do ordenamento.³

O contexto jurídico pós-moderno ou pós-positivista, nosso marco teórico, que é, ainda, um processo cultural intenso em formação no nosso ordenamento, marcado pela complexidade das relações jurídicas, em superação à silogística tradicional, visa resgatar a noção de equidade e solidariedade no direito e encontrar as soluções mais adequada possíveis às pretensões sócias. Como ciência social aplicada, o Direito, como realidade histórico-cultural tridimensional, deve estar a par das transformações e da evolução das relações do tecido social.

No domínio do direito civil-constitucional, ante a publicização do direito civil, a aplicação direta da Constituição Federal às relações inter-privadas é sim a nossa realidade.

O fundamento jurídico da ampliação máxima à responsabilidade civil objetiva no âmbito da relação jurídica processual está além do código civil de 2002 e do código de processo civil de 2015. O fundamento legal é o risco criado aliado ao fundamento constitucional da solidariedade social. Trata-se, pois, de uma exegese para além do sistema infraconstitucional – o fundamento jurídico de resolução do problema metodológico levantado neste trabalho é uma regra geral do sistema.

² BITTAR; Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 97-100, apud TARTUCE, Flávio. 2011, p. 21-22.

³ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 20-47.

A transposição do eixo central das normas do direito civil para o texto constitucional acarretou consequências jurídicas como a alteração da tutela do indivíduo para a proteção da dignidade da pessoa humana, e ainda por ela considerada como um dos fundamentos da República, o que implica completa transformação do paradigma do direito civil e do direito processual civil, mormente amparado pelo código de processo civil de 2015.

Como o sistema jurídico não permite que se causem danos a quem quer que seja ou a qualquer das partes processuais, o princípio e o objetivo fundamental da solidariedade social visa a preservação e o desenvolvimento coletivo, material ou processualmente falando.

Desse modo, diante da consolidação do marco teórico do direito civil-constitucional, na prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais, podemos dizer que um dos principais desafios do direito processual e do direito civil interpretado à luz da Constituição é o papel da responsabilidade civil na proteção da dignidade humana.

Como se sabe, o sistema tradicional da responsabilização foi construído a partir do conceito de ato ilícito. A culpa, além de gerar casos de injustiça e de não ressarcimento à vítima, é hodiernamente questionada quanto à sua superação perante o sistema de responsabilização, dada a sua incongruência com o panorama solidarista paradigmático do sistema jurídico contemporâneo.

Destarte, no âmbito do sistema objetivo de responsabilidade civil, a vítima não deve suportar os danos injustamente gerados por outrem. A responsabilidade civil objetiva não se importa com o ato ilícito ou antijurídico, mas com o ato injusto.

A adoção da responsabilidade civil objetiva genérica pela atividade de risco representa a positivação dos três postulados basilares do código civil de 2002: socialidade (na prevalência do interesse coletivo sobre o individual), eticidade e operabilidade (cláusulas gerais a favor da efetivação da justiça), daí resultando a noção de que toda a comunidade “tem o direito de se ver protegida preventiva e

repressivamente com relação às práticas de atividades consideradas arriscadas para os direitos alheios e que causem estragos.”⁴

Neste trabalho procurou justificar o seguinte recorte: a responsabilidade objetiva incide nas atividades do autor sucumbente que, lícitamente, representa risco para o réu ou para os direitos de terceiros, sendo indenizáveis os danos injustos.

Diante do nosso modelo constitucional de processo, não há mais espaço para uma visão fechada e egoísta dos institutos processuais, privilegiando-se a prolação de decisões de mérito em detrimento de decisões puramente formais. O processo se tornou um instrumento ético de democratização das decisões do Estado, assumindo de vez a realização dos valores básicos consagrados no sistema constitucional, próprios de um Estado Constitucional Democrático de Direito.⁵

A democracia pode se vislumbrada pela metáfora de um jogo, obviamente, um jogo limpo, perante o qual as regras são claras e predeterminadas. De igual forma, o processualista moderno encara a relação jurídica processual como meio de resolver o conflito de interesses de forma democrática, cooperativa e leal, visando a realização do direito material.

Essa postura não se trata de idealismo ou ingenuidade, mas de conduta obrigatória. Assim, parece imprescindível revisitação dos institutos processuais para lhes conferir nova feição ética, sob a égide do novo paradigma constitucional, civil e processual civil, amparado mais ainda pelo novo diploma processual de 2015.

Como vimos, a necessidade de atuação proba das partes ao longo do processo se justifica, modernamente, pela ascensão do princípio da boa-fé objetiva, reclamando a realização da justiça no processo.

Mesmo porque o exercício da demanda não é um direito absoluto, pois se acha condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre ao judiciário deve ter uma razão

⁴ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.

⁵ HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011, p. 49.

séria para invocar a tutela judicial. A ética representa o paradigma de conduta a assegurar a boa prestação jurisdicional.

A responsabilidade civil decorrente da atividade de risco se apresenta como uma das cláusulas gerais inseridas no diploma civil e como tal deve se utilizar da moderna técnica de manipulação sobre tais postulados abertos. É evidente que futuramente se espera que se possa fixar com mais precisão os contornos da responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente pelo exercício da atividade de risco.

A teoria do risco criado é a postulado de maior amplitude e benefício à vítima e por isso deve ser aplicada de igual forma à relação jurídica processual.

Como vimos, a lei define atividades perigosas, porém as atividades de risco ficam a mercê do juiz no caso concreto, conforme assim reservou o parágrafo único do art. 927 do código civil de 2002, vez se se tratar de cláusula geral. E nesse sentido, é possível dar uma interpretação evolutiva e ampliada ao dispositivo para abarcar maior número possível de situações, de quaisquer tipos de atividades de risco, não amparadas pela responsabilização tradicional.

Tal perspectiva se abre para maior guarida à vítima e aos seus direitos e garantias fundamentais, a justiça social, na medida em que a responsabilidade é tomada apenas pelo fato danoso e o nexo causal.

Daí o papel do juiz alcançar enorme importância na aplicação do parágrafo único do art. 927. Por se tratar de cláusula geral, é o magistrado quem permitirá a ventilação do sistema jurídico aberto estatuído no dispositivo estudado, consoante os fins e os valores da sociedade no atual tempo-espaço, sempre tendo em mente a máxima principiológica *neminem ledere* ao perquirir se a atividade realizada pelo agente é normalmente arriscada ou geradora de riscos.

Nesse passo, não coadunamos com o pensamento comum da doutrina pelo qual o poder concedido ao julgador de enquadrar determinado ato ou fato como decorrente de atividade perigosa, convertendo a responsabilidade subjetiva em objetiva e

dispensando a comprovação de culpa, é extremamente perigoso e deve ser exercido *cum grano salis*, ou seja, com parcimônia e extremo cuidado. Este é o posicionamento de Rui Stoco, dentre outros tantos doutrinadores.⁶

Ora, tipos abertos ou cláusula gerais, com amplitude de conceito, alcançam amplo universo de abrangência e não devem ser encarados como aberturas legislativas desmedidas que põem em risco a equidistância e equilíbrio que devem existir entre os direitos das partes e os sistemas de proteção.

Assim, pedimos vênia para divergir desta posição. Estudar o dispositivo sob uma abordagem quase exclusivamente gramatical e lógico-dedutiva é criar uma realidade jurídica gelatinosa. Ao juiz caberá ampliar ou restringir a dimensão da norma. Ao nosso sentir, é papel do juiz, da doutrina e da jurisprudência dar à teoria do risco sua máxima aplicabilidade.

Mesmo porque o passar do tempo já foi capaz de mudar radicalmente os paradigmas do código civil e do código de processo civil, sobressaindo o dever de solidariedade social ao alcance mais amplo o suficiente para abranger a reparação de todos os danos sofridos, às atividades que causem risco a qualquer pessoa.

A concepção solidarista incidente nas relações intersubjetivas depende de alguns institutos que servem para a fazer atuar, como o abuso do direito e do processo, a boa-fé, a responsabilidade civil objetiva.

Nossa sociedade contemporânea vive sob um “interregno” – típico de uma modernidade líquida, pela qual nada é feito para durar, segundo ideias do sociólogo polônes Zygmunt Bauman. Somos mais livres do que nunca, mas ao mesmo tempo impotentes; somos um conjunto de indivíduos frustrado pela falta de agentes, de governo, de instituições coletivas capazes de atuar efetivamente. Antigos procedimentos já não funcionam e formas de resolver os problemas de uma nova maneira efetiva (novos arranjos) ainda não existem ou não as conhecemos.

⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 175-176.

Modernização significa não aceitar as coisas como elas são e transformá-las em algo que consideramos melhor. Modernizamos obsessivamente as regras, os objetos, os costumes. Não duram muito tempo. Isso é o mundo líquido.

O fenômeno pós-moderno, com enfoque jurídico, é marcado, como dissemos anteriormente, pela hipercomplexidade e pode ser identificado por vários fatores como a globalização e a eclosão de diversas transmutações às relações sociais.

Numa sociedade em que ninguém se sente seguro, muita desconfiança e descrédito também permeia a atividade jurisdicional do ponto de vista de doutrinadores, juristas militantes e jurisdicionados.

O atual paradigma do Estado requer participação democrática e ética das partes na construção do provimento jurisdicional. O processo deve e merece ser ético porque serve para realizar os direitos fundamentais.

Fato é que o cenário atual da responsabilidade civil se encontra fragmentado com regras e princípios dotados de alto grau de abstração e generalidade. Daí a importância do trabalho doutrinário consciente em expandir e alcançar a imprescindível sistematização da objetivação principalmente no contexto processual, restringindo a falta de rigor metodológico, a arbitrariedade e as inúmeras incongruências presentes no sistema.

O princípio da solidariedade é a expressão mais profunda da socialidade que caracteriza a pessoa humana. E ninguém pode ser solidário sozinho.

O princípio geral da responsabilidade objetiva, esboçado no parágrafo único do art. 927, é, de fato, uma cláusula geral, semanticamente aberta, da qual deve ser tratada à luz do paradigma de absorção dos valores constitucionais, tais como a justiça e a solidariedade social, uma vez que o impacto da decisão não alcança somente as partes da relação jurídica processual, mas expande efeitos de toda a sorte para a sociedade. O patrimônio, como a originária justificativa para a responsabilidade civil, deve funcionar atualmente como promotor da dignidade da pessoa humana e não se projetar como um fim em si mesmo.

Assim como a boa-fé objetiva, que é um conceito dotado de vagueza, a responsabilidade cível, composta de cláusulas jurídicas indeterminadas, é entendida como de domínio da jurisprudência, o se conteúdo não advém da lei, mas da sua aplicação pelo juiz.

Criar um sistema aberto, apto a recepcionar valores e princípios de outros diplomas e da sociedade, é libertador, não uma ameaça, dada à poderosa capacidade de amoldar-se às transformações sociais sem que seja necessária intervenção legislativa.

Numa pesquisa nacional por amostra de domicílios no ano de 2009, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em conjunto com o IBGE e CNJ, foi verificada as características da vitimização e acesso à justiça no Brasil. Procurou-se saber quais os problemas enfrentados e como a população brasileira tentou resolvê-los, recorrendo-se ou não ao Poder Judiciário. Ainda, buscaram-se os motivos pelos quais tenham desestimulado as pessoas na busca da justiça e o tempo gasto com o processo.⁷

No período de cinco anos, das 11,7 milhões de pessoas que buscaram solução para o conflito no Poder Judiciário, 5,8 milhões (49,2%) tiveram sua causa solucionada, e 5,9 milhões (50,8%) ainda não solucionada. Aqueles que não buscaram solução na justiça para o conflito que tiveram (9,8% ou 3,8 milhões de pessoas), apontaram alguns motivos para não fazê-lo. Dentre eles, a percepção de a solução do problema demoraria muito (15,9%).

Conhecer as questões que levam a população a acionar a justiça e eventuais dificuldades enfrentadas no processo de solução de conflitos são as condições necessárias para que seja oferecida aos cidadãos uma prestação jurisdicional mais rápida ou célere e de melhor qualidade ou efetiva.

A pós-modernidade é, pois, uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de se alargar por muitas décadas

⁷ *Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil: 2009/ IBGE*. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 43; 61-64.

até a sua consolidação. Em verdade, é preciso rever conceitos e não rompê-los totalmente.

A expectativa do pós-positivismo ou pós-modernismo, como a matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais, e busca a compatibilidade do sistema jurídico com os anseios sociais, é superar a silogística tradicional.

Acreditamos ser possível a superação silogística pela absorção na realidade jurídica-cultural de um novo olhar sobre o texto legal, que escape do “temor”, sentido por boa parte de doutrinadores, que decorre da amplitude da responsabilização objetiva. Nesse interim, sob a utopia da certeza do direito, a responsabilidade civil continua à procura de preencher a falta insuprível de completude hipotética objetiva.

A metodologia da pesquisa foi experimental. A partir do raciocínio lógico indutivo-dedutivo e da observação imparcial, por meio de pesquisa teórica e bibliográfica, buscou-se toda a informação necessária, exata e isenta para construir um modelo teórico, articulando o conhecimento acerca do regime jurídico da responsabilidade civil do autor sucumbente com a parte prática da pesquisa, consubstanciada pelo posicionamento doutrinário sobre do tema.

Crê-se que o tema da pesquisa é viável, por ser possível de resolução, original e útil para a sociedade ao passo que contribui para provocar um novo olhar e um juízo lúcido e cuidadoso sobre o poder de demandar, tendo em vista ser o direito público subjetivo de acesso à justiça uma atividade normalmente arriscada, incidindo, assim, em caso de dano ao réu, a responsabilidade civil objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco.

O problema da pesquisa se baseou no seguinte questionamento empírico e viável: qual o regime jurídico da responsabilidade civil do autor sucumbente no atual panorama jurídico pós-moderno? Ainda, quais as hipóteses legais no novo código de processo civil e no código civil que autorizam a responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente?

As hipóteses levantadas no início da pesquisa se relacionaram com a responsabilização civil processual ora subjetiva, e em quais hipóteses e circunstâncias, ora objetiva, de igual forma, e em quais hipóteses e circunstâncias, do autor sucumbente.

Outra hipótese suscitada foi circunscrita ao novo código de processo civil. Diante das possíveis poucas autorizações expressas de incidência da responsabilidade civil objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco, visualizou-se através da norma do art. 302 do diploma processual, através de uma interpretação extensiva e analógica, uma autorização ao alargamento da incidência da responsabilidade civil objetiva do autor sucumbente às demais hipóteses de danos ocasionados na relação jurídica processual.

Por fim, teve-se por hipótese a tendência moderna à objetivação dos casos de incidência de responsabilidade civil no processo.

O ato de demandar é a atividade lícita típica do autor, é sua atividade normalmente desenvolvida, apesar de não ser exercida de forma necessariamente reiterada e visando lucro. E como tal, é atividade de risco porque traz ínsita uma potencialidade lesiva própria. Além disso, o risco processual e o risco do judiciário são também o fundamento para justificar juridicamente a recomposição do dano sem culpa. Desse modo, incide sobre a conduta do demandante vencido toda a exegese estabelecida pela cláusula genérica da responsabilidade objetiva, visto que se aplica também ao processo a teoria do risco criado, em benefício da vítima.

Daí, ser completamente despiciendo e irrelevante a expressa previsão legal autorizativa de incidência da responsabilidade sem culpa, apesar de forte tendência doutrina e jurisprudencial em defender a subjetividade. Posição da qual refutamos por não ser garantista e condizente com o paradigma pós-moderno.

Desse modo, cumpre notar que todas as hipóteses levantadas foram confirmadas.

Finalmente, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “cumpre reconhecer que o legislador constituinte trabalhou bem e que finalizar a tarefa depende de nós, do

comportamento de cada um de nós, da aplicação que consigamos fazer do desiderato constitucional.”⁸

De acordo com o marco teórico do presente trabalho, isto é, o pós-modernismo jurídico, ao qual estritamente se vinculou o direito civil-constitucional, vive-se um momento de transição: espera-se que as próximas gerações definitivamente rompam com a visão privatista do direito civil e do direito processual civil. Este posicionamento parece contraditório, alguns podem pensar, com a própria temática do trabalho, que instiga a extensão da responsabilidade civil processual objetiva para recompensar e indenizar financeiramente o réu vencedor da demanda vítima de dano. Não se repudia o viés patrimonial do direito civil, repudia-se apenas o foco. Mesmo porque a função principal da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio das relações sociais, é de natureza existencial, portanto. A função reparatória não deve ser essencialmente a tônica do instituto.⁹

O que causa estranheza é fechar os olhos para a parte passiva da demanda. O processo não é e não deve ser “pro autor”. Se a relação jurídica processual causa danos (materiais, morais ou até mesmo sociais) ao réu, independentemente da culpa do autor, por ser atividade essencialmente ariscada, próprio do risco processual ou risco judiciário, condição pela qual o réu não pode escapar, o sistema jurídico deve responder de forma equânime aos anseios da parte passiva.

Deixar em desequilíbrio uma determinada relação jurídica processual, seja por ato ilícito ou ato lícito, porém negativamente exemplar, lesiona não apenas o patrimônio material ou moral da vítima, mas atinge toda a sociedade, rebaixando o nível constitucional dos direitos fundamentais que o processo moderno deve sempre perquirir.

Neste cenário, cumpre ressaltar que para cada 02 (dois) brasileiros existe 01 (um) processo judicial.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 31.

⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381-383.

O judiciário tem um papel importante para a realização da cidadania, porém precisa ser acionado de forma racional:

O sistema de Justiça está em colapso, com 100 milhões de processos onde (sic) os juízes conseguem julgar apenas 30, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Atualmente, muitos dos conflitos que chegam na Justiça poderiam ser resolvidos fora dela antes mesmo de chegar ao Judiciário. Acredito que as soluções extrajudiciais têm um peso importante, porque não resolvem só o processo, mas trazem uma solução real e em curto prazo para o litígio, onde todas as partes saem ganhando. O desafio da Justiça para a adoção da Lei de Mediação é a capilaridade, o de capacitar e formar mediadores e tornar viável o acesso dessas soluções ao cidadão. Nós aprendemos a fazer petição inicial, mas não aprendemos a mediar.¹⁰

Urge a mudança de paradigmas no combate à cultura litigante aliada à adoção concreta de uma cultura de pacificação.

Os conflitos judicializados vão além de um processo judicial. Os conflitos acontecem na vida das pessoas e envolvem interesses subjacentes, que dizem respeito à vida social, à vida pessoal, à vida das pessoas na comunidade e isso não vem para o Judiciário. Porém, a lide sociológica e lide processual podem se unir a partir de métodos extrajudiciais.

A Justiça Brasileira já atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação. Conter a judicialização e dar soluções aos litígios de forma extrajudicial foi, por exemplo, uma das metas da Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), que tutela pequenos problemas até questões complexas da sociedade civil via da negociação e do diálogo, visando reduzir a burocracia e a promover uma tentativa de mudança cultural.

A partir da resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e, posteriormente, do novo diploma processual (Lei n. 13.105/2015), da Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129/2015) e da Lei de Mediação (Lei 13.240/2015), pode-se dizer que há uma verdadeira guinada na forma de ver e solucionar o conflito de interesses, já que se passa da cultura da litigiosidade para a cultura da paz, isto é, predomina a cultura da resolução efetiva do conflito em detrimento da cultura da sentença impositiva, dando

¹⁰ Revista Justiça & Cidadania. Edição 190. Junho de 2016. Editora JC: Rio de Janeiro, 2016, p. 8-10.

maior transparência e empoderamento ao protagonismo das partes na resolução do conflito. Melhora do acesso à justiça e preservação das relações interpessoais é o que se alcança também.

Em um cenário de crise política, econômica e institucional, o Judiciário se torna protagonista em ser fiel à missão de cumprir a legislação. A Justiça precisa ser o último recurso de cidadania, mas com medidas que realmente funcionem. Por isso, a responsabilização civil objetiva é alternativa eficiente que visa minimizar esses impactos.

Neste contexto, a responsabilidade objetiva não dá ensejo a um número maior de reparações, mas racionaliza o uso da máquina judicial, em consonância com a cultura da desjudicialização no novo diploma processual.

Após tantas pesquisas e (des)construções, tantas digressões e produções, a certeza é que o debate deve continuar, ainda mais diante das novas tendências da responsabilidade civil e do processo civil pós-moderno que reclama indubitavelmente um novo olhar, um novo pensar.

Um novo código revela que a sociedade mudou, não o processo ou o Poder Judiciário. A sociedade exige mudanças, exige concretização dos direitos fundamentais no processo.

Um novo código de processo representa mudança de paradigma, ou seja, um *pensar novo*; não significa reforma processual, mas sim uma ruptura sistemática. Assim, sem uma mudança paradigmática, pra quê um novo código?

Afinal, não se transige com direitos fundamentais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – pontos de convergência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 48, out./dez 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática*. Revista Direito GV, São Paulo 4(2), p. 493-516, jul./dez, 2008.

AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Org.). *O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

AINIS, MICHELE. *La motivazione in fatto della sentenza costituzionale*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Anno 48, n. 1, mar. 1994.

AVELINO, Pedro Buck. *Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na constituição de 1988*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, n.53, out/dez. 2005.

ÁVILA, Humberto. *“NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE): Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07 out. 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Direito pós-moderno e a codificação*. In: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 94 (1999). Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168>>.

_____. *A boa-fé na formação dos contratos*. In: Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 87 (1992), p. 90. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67168>>.

_____. *O princípio da boa-fé nos contratos*. In: Revista do Conselho da Justiça Federal (CEJ), v. 3, n. 9, abr./ dez. 1999. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/237/399>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público* (prefácio). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido – sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradutor: Carlos Alberto Medeiros. Jorge Zahar Editor, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito e processo – influencia do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITTAR; Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *Responsabilidade Civil: teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo – a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.224-1.241.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada*. In: RePro, n. 81, São Paulo: RT, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Giuffré Editora: Nápoles, 1958.

CARRILLO, MARC. *Poder Judicial y Estado Democrático*. In: POLETTI, RONALDO REBELLO DE BRITO (org.). *Notícia do Direito brasileiro*. Brasília: Nova Série, n. 9, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIAVASSA, Tércio. *Tutelas de urgência cassadas: a recomposição do dano*. São Paulo: Quartier, 2004.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7 ed. Barueri/SP: Manole, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. ROCHA, António Manuel da. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

_____. Editorial 45. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>. Acesso em: 29 jan. 2016

DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil*. Contratos e responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. N. 397, p. 11-19. Rio Grande do Sul: Notadez, 2010.

_____. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. Disponível em: <<http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017

FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre: RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13298/2010_revista_tst_v76_n1.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jan. 2017.

FONSECA, Aline Klayse dos Santos. *A imputação da responsabilidade por danos futuros à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Vol. 1, n. 2, jul/dez. 2015.

FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Os honorários de sucumbência no Projeto do novo CPC. In: *Honorários de advogado: aspectos materiais e processuais (ensaios atualizados com a redação do projeto do novo Código de Processo Civil)*. MAZZEI, Rodrigo; LIMA, Marcellus Polastri (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FREITAS, Franchesco Maraschin. *O estado democrático de direito: a fundamentação das decisões judiciais como concretização da contemporaneidade jurídica*. Revista da faculdade de direito da UERJ- RFD, n. 27, 2015, p. 18-42.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. *O acesso à justiça e a lealdade das partes*. Fortaleza: RDS, 2011.

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

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

KONDER, Carlos Nelson Konder. *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do Direito Civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri*. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, Vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213.

_____. A proteção pela aparência como princípio. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111-134.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. Volume VIII. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

LAZZARI, João Batista. *A argumentação jurídica e a fundamentação das decisões proferidas no âmbito dos juizados especiais*. Revista Jurídica, v. 18, n. 35, p. 215-229, jan./abr. 2014.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Do arbítrio à razão. Reflexão sobre a motivação da sentença*. In: RePro, n. 29. São Paulo: RT, 1983.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – crítica à luz do novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 235-267.

_____; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A favor das relações econômico-negociais: o princípio do 'favor negotii' no Código Civil*. In: SCIENTIA IURIS, n. 1, vol. 20, Londrina, p. 10-41, abr. 2016.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático*. In: Rev. SJRJ. Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, Dez. 2014, p. 69-85.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovani Ettore (coordenadores). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*. Editora RT. 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Novas linhas do Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (Org.). *Comentários ao código civil brasileiro: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

_____. *Abuso do direito: contradição entre o § 2º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil*. In: Revista Forense, v. 104, n. 396, p. 207-218, mar./abr. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Felipe Arady. A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do Estado Constitucional. Brasília : IDP, 2014. Disponível no

<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>30p. Acesso em: 20 de julho de 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado (Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IX, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. In: *Temas de direito processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Responsabilidade das partes por dano processual*. In: *Revista de processo*, v. 3, n. 10, p. 15-31, abr./jun. 1978.

_____. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. In: *Temas de Direito Processual*, 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

NAVARRETE, ANTONIO MARIA LORCA. *La necesaria motivación de las resoluciones judiciales*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 25, n. 100, out./dez. 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assupção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ORDÓÑEZ, David Solis. *Jueces, derecho y política: Los poderes del juez em uma sociedad democrática*: Aranzadi, 2004.

OTEIZA, Eduardo. *Abuso de los derechos procesales em America Latina*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil - Responsabilidade Civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PELUSO, Cezar (Org.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2013.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3.

_____. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Manual de direito civil – volume único*. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *Diretrizes gerais sobre o projeto do Código Civil*. Estudos de filosofia e ciência do direito. Saraiva, 1978.

REZENDE, Marcos. *A contribuição da teoria estruturalista para o processo constitucional no Estado Democrático de Direito Brasileiro – Reflexões sobre a crítica de Hermes Zanetti Júnior à teoria de Fazzalari*. In: Revista brasileira de direito processual (RBDPro). Ano 22, n. 87 (jul./ set. 2014). Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROMÃO, Pablo Freire. *Contraditório, cooperação e precedente: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do novo código de processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015, p. 377-416.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea*. Curitiba, Juruá, 2012.

SANTOS, Suzanne Dobignies. *O seguro da responsabilidade civil do profissional liberal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1959/O-seguro-daresponsabilidade-civil-do-profissional-liberal>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Maristela Denise Marques de; SOUZA, Adriana. *Crises dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil*. In: Revista Ajuris – doutrina e jurisprudência. Vol. 40, n. 129, 2013, p. 107-152. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/310/245>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

_____. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, v. 8.

_____. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: Participação e Processo (Coord.: Dinamarco, Grinover e Watanabe). São Paulo: RT, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3.

_____. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREVIZAN, Thaita Campos. *A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional*. Vitória: EDUFES, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional – processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.