



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR
CURSO DE DIREITO

Matheus Buss da Silva

FRAUDES BANCÁRIAS E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: uma análise da
perspectiva do direito da responsabilidade civil

Florianópolis/SC

2024

Matheus Buss da Silva

FRAUDES BANCÁRIAS E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: uma análise da
perspectiva do direito da responsabilidade civil

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.

Florianópolis/SC

2024

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.
Dados inseridos pelo próprio autor.

Silva, Matheus Buss da
Fraudes bancárias e proteção do consumidor : uma análise
da perspectiva do direito da responsabilidade civil /
Matheus Buss da Silva ; orientador, Guilherme Henrique
Lima Reinig, 2024.
82 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito da responsabilidade civil. 3.
Direito do consumidor. 4. Fraudes bancárias. I. Reinig,
Guilherme Henrique Lima. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Matheus Buss da Silva

FRAUDES BANCÁRIAS E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR: uma análise da perspectiva do direito da responsabilidade civil

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 02 de dezembro de 2024.



Documento assinado digitalmente
Francisco Quintanilha Veras Neto
Data: 18/12/2024 17:03:38-0300
CPF: ***.328.139-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Coordenação do Curso

Banca examinadora



Documento assinado digitalmente
Guilherme Henrique Lima Reinig
Data: 18/12/2024 16:41:04-0300
CPF: ***.785.258-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.

Orientador

Profa. Daize Fernanda Wagner Silva, Dra.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Daniel Deggau Bastos, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Florianópolis/SC, 2024.

AGRADECIMENTOS

Na caminhada da vida, a companhia é o elemento que faz os momentos ostentarem um ar especial. Para construir este trabalho, as pessoas que me acompanharam fizeram os dias se tornarem mais alegres e leves e, por isso, os agradeço.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Zenaide e Adriano, os quais sempre prezaram pela melhor educação e, com seu carinho e dedicação, possibilitaram que eu chegasse nesse momento, o qual não consigo imaginar um cenário melhor. Certamente, o presente trabalho e a graduação ora finalizada não seriam realidade sem eles.

Às minhas irmãs, Nathália e Priscila, pela companhia e pelas palavras de carinho que me ofereceram durante toda a minha vida.

Ao meu orientador, Professor Guilherme Henrique Lima Reinig, por me auxiliar nesse meu primeiro trabalho acadêmico e, na qualidade de verdadeiro mentor, me indicar o melhor caminho a ser percorrido. Agradeço, profundamente, pela sua ajuda durante todo esse período de monitoria e de orientação e espero que nossa parceria não acabe.

Às amigas que a graduação trouxe, agradeço por, constantemente, me lembrarem que existe vida além da faculdade. Desejo que nossa amizade perdure por longos anos e consiga sobreviver aos percalços da vida.

Por fim, agradeço àqueles que contribuíram para o meu aperfeiçoamento profissional, à Desembargadora Haidée Denise Grin e sua equipe, por sua paciência em me ensinarem as bases do direito; à Dra. Maissa Piaia e aos demais advogados do escritório Linzmeyer Neto, por aperfeiçoarem a minha compreensão do direito empresarial e, principalmente, da atividade da advocacia; e ao Promotor de Justiça Geovani Werner Tramontin e aos assistentes de promotoria, por garantirem que minha experiência profissional não permanecesse adstrita ao direito privado.

*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum
non laedere, suum cuique tribuere.*

(Digesto de Justiniano, D. 1.1.10.1)

RESUMO

O presente trabalho analisa o direito da responsabilidade civil e o direito do consumidor frente às fraudes bancárias. O objetivo do trabalho é delimitar os pressupostos da responsabilidade civil tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor para possibilitar a verificação do dever de indenizar nos casos concretos. Para isso, utilizou-se de pesquisa doutrinária como ferramenta principal para, de forma dedutiva, encontrar propostas aos casos reais. Além disso, utilizou-se de pontual pesquisa jurisprudencial com foco no reforço argumentativo. Por fim, entende-se que encontram-se presentes os elementos da responsabilidade civil do fornecedor de serviços bancários acerca das fraudes ocorridas no âmbito das operações financeiras.

Palavras-chave: Direito da responsabilidade civil; direito do consumidor; fraudes bancárias.

ABSTRACT

The present paper analyzes civil liability law and consumer law regarding bank fraud. The objective of this work is to define the elements of civil liability in both the Civil Code and the Consumer Protection Code, in order to enable the verification of the duty to indemnify in concrete cases. For this, doctrinal research was used as the main tool to deductively find proposals to real cases. In addition, case law research was used with focus on argumentative reinforcement. Finally, it is understood that the elements of the liability of the banking service provider are present regarding the frauds which occurred in the context of financial operations.

Key-words: Liability law; consumer law; bank fraud.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	19
1.1. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	25
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL.....	32
2.1 ATO ILÍCITO.....	32
2.2 NEXO DE CAUSALIDADE.....	35
2.2.1 Da interrupção do nexo causal.....	43
2.3 DANO.....	44
2.4 FATORES DE ATRIBUIÇÃO: CULPA E RISCO.....	48
3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	55
3.1 RELAÇÃO DE CONSUMO.....	56
3.1.1 Consumidor.....	57
3.1.2 Fornecedor.....	61
3.2 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR.....	62
3.2.1 Direito de proteção ou cuidado.....	63
3.2.2 Direito à informação.....	65
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	66
3.3.1 Defeito ou fato do serviço.....	67
3.3.1.1 Do fato de terceiro ou da vítima e o princípio da reparação efetiva.....	71
3.3.2 Código de Defesa do Consumidor e o art. 931 do Código Civil.....	73
4 FRAUDES BANCÁRIAS.....	76
4.1 APELAÇÃO CÍVEL N. 5053073-31.2023.8.21.0001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	77
4.2 APELAÇÃO CÍVEL N. 5002668-41.2023.8.24.0022 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	80
4.3 APELAÇÃO CÍVEL N. 1034622-45.2024.8.26.0100 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	81
CONCLUSÕES.....	83
BIBLIOGRAFIA.....	87

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é matéria jurídica que permeia os ordenamentos jurídicos contemporâneos, independentemente da sua filiação histórica ou concepção jurídica. Isso porque tanto os sistemas ligados à *common law* quanto à *civil law* possuem princípios de responsabilidade civil, sendo alguns fundados em princípios gerais e outros em hipóteses casuísticas¹. Nesse sentido, o Brasil apresenta sistema de atribuição de responsabilidade desde as Ordenações do Reino - ainda que de forma esparsa e frágil em alguns momentos -, as quais impunham, v.g., a utilização do direito romano quando da falta de disposição expressa².

Desde então, houve o desenvolvimento de teorias e a promulgação de diversos diplomas legais que esmiuçaram e efetivamente positivaram a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, dentre os quais encontra-se o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor (Lei n. 8.078/90). Esse diploma legislativo criou um sistema próprio de responsabilidade civil, no qual encontram-se diversas especificidades para aplicação do princípio da responsabilidade, sendo central a adoção da doutrina objetiva em contraposição à teoria da culpa positivada nos Códigos Civis tanto de 1916 quanto de 2002.

Ainda na sistemática consumerista, interessante apontarmos para a questão das instituições bancárias, uma vez que elas são consideradas fornecedoras de serviços, nos termos do art. 3º, §2º, do CDC³ e Súmula 297 do STJ⁴. Assim, considerando a liquidez dos ativos depositados pelos correntistas e a crescente velocidade nas transições realizadas, sua atividade encontra-se intimamente ligada ao risco, gerando um agravamento deste e renascendo a discussão acerca dos limites da extensão de sua responsabilidade civil por fraudes ocorridas no âmbito das operações financeiras, ainda que haja tentativa de pacificação do tema nos Tribunais Superiores⁵.

Dessa forma, considerando as novas tecnologias implementadas pelas instituições bancárias em seus serviços e o conseqüente aumento do risco presente nas relações

¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 23.

² SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 10.

³ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁴ “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

⁵ “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.”(Súmula 28/STF); “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.” (Súmula 479/STJ)

correntista-banco, notadamente a realização de transferências eletrônicas e a ascensão da *internet banking*, é necessário analisar a modificação ou não dos entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça acerca da responsabilidade civil nesses casos, notadamente quanto à motivação para afastar o dever de indenização em favor do consumidor lesado.

Para tanto, a revisão bibliográfica acerca dos temas abordados, principalmente o direito da responsabilidade civil⁶ e o direito do consumidor, torna-se imprescindível para a contextualização, delimitação e apresentação dos principais entendimentos acerca do problema posto sob análise. Isso porque, com o aprofundamento teórico, examina-se a questão jurídica e pontua-se acerca da mitigação do dever de segurança imposto às instituições financeiras em alguns casos utilizados como ilustrações e reforço argumentativo.

Dessa forma, o primeiro capítulo se voltará à análise da evolução histórica do princípio da responsabilidade civil e, em certo modo, do próprio direito da responsabilidade civil. Além disso, serão abordadas as funções desempenhadas pela responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, comparando-o - quando necessário - com outros sistemas jurídicos contemporâneos.

O segundo capítulo ater-se-á aos pressupostos ou elementos da responsabilidade civil no sistema do Código Civil de 2002, analisando, em subcapítulos específicos, o ato ilícito, o nexo de causalidade, o dano e o fator de atribuição da responsabilidade. O terceiro capítulo, de forma semelhante ao segundo, apontará os elementos para a configuração do dever de indenizar por fato do produto ou serviço e, ainda, delineará as especificidades da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, perpassando pela relação de consumo e seus agentes, os direitos básicos do consumidor à segurança e à informação, bem como a comparação com o art. 931 do Código Civil e a sua (in)aplicabilidade.

Por fim, no último capítulo, de forma pontual e limitada, analisar-se-á a recente jurisprudência de alguns dos Tribunais de Justiça estaduais mais relevantes - como o do Estado do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e de São Paulo. E, nas considerações finais, de forma panorâmica, tece-se conclusões acerca dos temas abrangidos, notadamente acerca da responsabilidade civil no âmbito do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor e do posicionamento jurisprudencial acerca das fraudes bancárias apontadas.

⁶ No presente trabalho, usar-se-á o termo “direito da responsabilidade civil” como forma de referir-se tanto ao sistema de responsabilização do Código Civil de 2002 quanto do Código de Defesa do Consumidor. Assim, busca-se evitar a percepção de que a “responsabilidade civil” seria matéria afeta apenas ao Direito Civil.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Os ordenamentos jurídicos têm por objetivo principal a proteção dos atos lícitos e a repressão daqueles ilícitos⁷, independentemente de sua filiação histórica aos sistemas da *civil law* ou da *common law*. E, no que tange à tutela do direito privado, o direito da responsabilidade civil assume evidente centralidade na positivação de condutas permitidas e também na previsão - seja através de princípios gerais ou de casos hipotéticos - das consequências daqueles atos que serão coibidos pela tutela estatal.

Nessa senda, considerando a histórica dificuldade conceitual, Caio Mário da Silva Pereira aponta a existência de espécie de “espinha dorsal” do instituto jurídico em tela, o qual permeia a evolução da matéria em questão, qual seja o princípio da responsabilidade⁸. Esse pode ser remontado à Antiguidade, período no qual a prática dos delitos ou quase-delitos ensejava o surgimento do direito de vingança privada, em que o causador sofria, de forma equivalente (*talio*), o dano causado - Lei das 12 Tábuas (*Lex XII Tabularum*) e a Lei de Talião⁹.

No Direito Romano, os delitos ou atos ilícitos (*delicta*) eram divididos entre: delitos públicos (*delicta publica*), os quais consistiam em atos graves e de relevante importância social, como a traição à pátria (*perduellio*), e os delitos privados (*delicta privata*), os quais ofendiam a pessoa da vítima ou seu patrimônio, como o furto (*furtum*) ou roubo (*rapina*)¹⁰. Ainda, nessa senda, considerando a ausência de organização eficiente dos poderes públicos, o Estado encarregou as vítimas de buscarem a punição e a reparação pelos delitos privados, ocupando-se apenas da aplicação das *poenas publica*.

Assim, evidenciado um *delicta privata*, o ofendido poderia buscar a aplicação da penalidade correspondente (*poena*), a qual - apesar de, inicialmente, não haver limitações quanto à sua extensão - passou a ser balizada em conformidade com o delito punido. Dessa forma, a *poena privata* deveria buscar a equivalência (*talio*)¹¹, surgindo o brocardo popular “olho por olho, dente por dente” atribuído à Lei de Talião.

⁷ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, v. 1, p. 341, *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 11.

⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 4-14.

⁹ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil, v.3: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 5.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 579; MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 9. ed. São Paulo: YK Editora, 2019, p. 169.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 579; MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 9. ed. São Paulo: YK Editora, 2019, p. 170.

Entretanto, a vítima poderia optar por receber uma compensação de valor pecuniário do ofensor em detrimento da aplicação da penalidade prevista, esse acordo realizado entre as partes - ofensor e ofendido - era conhecido como composição (*compositio*)¹². No princípio desse instituto, a sua aplicação dependia integralmente do arbítrio da vítima, sendo que, com a evolução do direito, passou a ser prevista nas normas de direito, havendo a generalização da composição pela Lei das 12 Tábuas.

Nesse mesmo período, a Lei Aquiliana (*Lex Aquilia*) trouxe o delito privado de dano (*damnum iniuria datum*), o qual, para a sua configuração e posterior surgimento da obrigação de reparar (*obligatio ex delicto*), exigia a ocorrência de ato positivo contrário à norma (*iniuria*) e o dano à coisa ou ao escravo. Posteriormente, os jurisconsultos clássicos passaram a considerar necessária também a presença da culpabilidade do agente, ainda que levíssima (“*in Lege Aquilia et levissima culpa venit*” - Ulpiano, D. 9, 2, 44), adotando o chamado princípio da culpa-presuposto¹³.

Nessa senda, faz-se mister apontar que a fixação da extensão do dever de indenizar em conformidade com o dano restou também adotado pelo legislador brasileiro no art. 944 do Código Civil de 2002¹⁴. Assim, rejeitando a gradação da reparação com a culpa do agente causador do dano (grave, leve ou levíssima, na classificação de Teixeira de Freitas¹⁵), houve a positivação brocardo “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”, o qual proclama que até mesmo a culpa levíssima enseja a responsabilidade civil aquiliana¹⁶.

Retomando a evolução histórica, tem-se que após a Revolução Francesa de 1789, com o advento do período contemporâneo, a culpa como elemento da responsabilidade civil restou positivada no art. 1.382 do Código Civil Francês de 1804, o chamado Código Napoleônico, o qual dispunha, originalmente, que: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”¹⁷. Ou seja, todo ato humano imbuído de culpa obriga o agente a reparar os danos sofridos por outrem.

¹² SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 5; LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963, p. 21; MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 9. ed. São Paulo: YK Editora, 2019, p. 170.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; STOCO, Rui (atual.). *Tratado de Direito Privado: Direito das obrigações: atos ilícitos e responsabilidade*. Tomo LIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 64; CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil, v.3: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 5.

¹⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁵ BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 413 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 495.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 496.

¹⁷ Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006438819/1804-03-21/>> Acesso em 11/05/2024.

Nessa época, no Brasil, considerando a qualidade de território colonizado por Portugal, vigoravam as conhecidas Ordenações do Reino, documentos legais que - no que importa ao direito da responsabilidade civil - determinavam a aplicação do direito romano, nos limites fixados pela Lei da Boa Razão de 1769, uma vez que o *ius commune* possuía grande quantidade de disposição acerca da aplicação das *poenas* e da reparação do dano de forma equitativa e proporcional¹⁸.

Ultrapassado esse momento inicial, após a Declaração de Independência do Brasil em 1822, o Império do Brasil positivou o Código Criminal de 1830, o qual previa o instituto da “satisfação”¹⁹, podendo ser qualificado como forma primitiva de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro²⁰. Isso porque, desde o início do princípio da responsabilidade, as responsabilidades penais e civis encontravam-se intimamente conectadas²¹, o que não se diferenciou nesse caso. Dessa forma, como se denota do texto legal, os danos decorrentes de delitos (ilicitudes previstas em lei) deveriam ser reparadas pelo “delinquente” ou autor do fato delitivo através do instituto da satisfação.

Por fim, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, tem-se a terceira fase do direito da responsabilidade civil no Brasil, qual seja a sua previsão nas legislações civis. Primeiramente, com a positivação da Consolidação das Leis Civis por Teixeira de Freitas, o dever de reparar o dano de natureza civil deixou de se fundar no Código Criminal supracitado e passou a reger-se pelo direito privado e suas peculiaridades. Dessa forma, criando-se essa cisão entre o âmbito penal e civil, ter-se-ia a possibilidade de requerimento de reparação de danos materiais em ação civil, nos termos do art. 799²², desnecessitando do manejo de ação penal ou de utilização da regra da satisfação para tal condenação.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 ou Código Beviláqua foi promulgado e, em seu famoso art. 159²³, adota clara cláusula geral de responsabilidade civil e delinea os elementos - os quais restaram mantidos pelo Código Reale de 2002 -, sendo atualmente

¹⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 10.

¹⁹ Art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto.

²⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 10-11. CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil, v.3: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 6.

²¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 4.

²² Art. 799. A indemnização em todos os casos será pedida por acção civil. Não se-poderá mais questionar sobre a existência do facto, e sobre quem seja seu autor, quando estas questões se-achem decididas no crime (2). (Art. 869)

²³ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

indicados pela doutrina da seguinte forma: (i) o ato omissivo ou comissivo; (ii) o nexo de causalidade entre ato e dano; (iii) o dano suportado pela vítima; e (iv) o dolo ou culpa do agente causador do dano, os quais serão aprofundados no subcapítulo seguinte.

Atualmente, com o Código Civil de 2002, notadamente em seus arts. 186²⁴, 187²⁵ e 927²⁶, os quais criam a cláusula geral de responsabilidade civil, tem-se a manutenção dos elementos essenciais citados anteriormente, bem como a conservação da teoria da culpa como doutrina central no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, como denota-se de algumas previsões legais, as quais serão detalhadas no decorrer deste trabalho, a teoria do risco ou doutrina objetiva restou positivada e, no entendimento de alguns doutrinadores, permeia a grande maioria dos casos de responsabilidade civil na atualidade.

Nessa senda, considerando a adoção da doutrina subjetiva no ordenamento jurídico brasileiro, fixado no Código Civil de 1916 (art. 159) quanto no de 2002 (art. 186 e 927), a qual restou apresentada acima, notadamente quando analisado o *Code Civil* de 1804, torna-se imperativo aprofundar na teoria do risco ou doutrina objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor e, em algumas hipóteses (art. 187; art. 927, parágrafo único; art. 931, todos do CC), pelo atual Código Civil.

Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira²⁷ e Alvinho Lima²⁸ apontam para a centralidade das obras de Saleilles e Josserand, vez que delinearão de forma pioneira a teoria em questão. O primeiro, Raymond Saleilles, apontava que o centro da responsabilidade civil deveria ser o próprio ato humano causador de dano, independente da existência de intento do agente para tanto. Esse autor, ao analisar a disposição do diploma civil francês, especialmente a cláusula geral posta no art. 1.382 supracitada, entende que o uso da palavra “*faute*” (culpa) se deu em sentido informal ou em seu uso vulgar, significando, na verdade, a “causa” direta

²⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁵ 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.

²⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 26-28.

²⁸ LIMA, Alvinho. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963, p. 43.

do dano²⁹. Em outras palavras, o nascimento do dever de reparação ocorreria na mera vinculação da ação do autor ao dano, independente de seu ânimo pessoal.

Louis Josserand, em sentido semelhante à Saleilles, ao analisar a disposição legal do Código Civil francês de 1804, refuta a interpretação legal literal da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva sob o argumento de que, diante da evolução social e das relações pessoais, a sociedade contemporânea encontrava-se exposta a maiores riscos, sendo necessária a concessão de maior segurança jurídica às vítimas. Dessa forma, segundo o entendimento perfilhado por este autor, aumentando os riscos sociais e, por conseguinte, a quantidade de ocorrência de danos, o elemento volitivo da responsabilidade civil ensejaria insegurança jurídica às vítimas, as quais estariam oneradas à comprovação do *dolus malus* ou da culpa em sentido estrito³⁰.

Ainda, sobre o tema e citando o entendimento desse doutrinador francês, Alvino Lima defende a teoria do risco da seguinte forma:

A teoria do risco, embora partindo do fato em si mesmo, para fixar a responsabilidade, tem raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e de equidade. Ante a complexidade da vida moderna, que trouxe a multiplicidade dos acidentes que se tornaram anônimos, na feliz expressão de JOSSERAND, a vítima passou a sentir uma insegurança absoluta ante a impossibilidade de provar a culpa, em virtude de múltiplos fatores.³¹

Em suma, a teoria do risco ou doutrina objetiva muda o foco da responsabilidade civil, preterindo a intenção de causar dano e centralizando o nexos causal entre o ato omissivo ou comissivo e o dano sofrido pela vítima. A teoria pode ser sintetizada da seguinte forma: "não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com estes atos, porque aquele que exerce uma atividade deve-lhe assumir os riscos"³².

²⁹ Sobre o tema, Adelaide Menezes Leitão afirma que "o modelo napoleônico assenta na *faute*, que a doutrina francesa faz corresponder a diferentes realidades. À culpa, à ilicitude, à ilicitude e à culpa e, porventura, a aspectos relacionados com o nexos de causalidade." (LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídica - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007). No mesmo sentido: SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 26-28; PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 176-177.

³⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 28.

³¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963, p. 208.

³² CARBONNIER, Jean. *Droit civil. Obligations*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967. v. 4, n. 86, p. 292. *apud* SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 29.

Sobre os riscos e o direito privado, Teresa Ancona Lopez³³, Sérgio Cavaliere Filho³⁴ e Carlos Roberto Gonçalves³⁵ descrevem fenômenos semelhantes à constatação de Jossierand, apontando que as evoluções sociais e tecnológicas imprimem maiores riscos e incertezas à sociedade que utiliza dessas melhorias, vez que o futuro e a utilização desses novos bens é desconhecida por todos. Dessa forma, Cavaliere Filho sustenta que esse seria o fundamento para o notável incremento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, a qual - segundo o autor - teriam tomado centralidade no ordenamento jurídico brasileiro atual, ainda que a cláusula geral de responsabilidade civil positivada nos arts. 186 c/c 927 do Código Civil de 2002 perfilhe da teoria da culpa ou doutrina subjetiva, fato esse já apontado por Alvinho Lima em 1963³⁶.

Dessarte, da análise da evolução histórica da teoria da culpa, bem como do surgimento da doutrina objetiva, é possível conceituar o direito da responsabilidade civil como “dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações”³⁷. Ainda, o inadimplemento ou violação desse dever jurídico enseja a ilicitude do ato, a qual pode fazer surgir o dever de indenizar constante do art. 927 do Código Civil³⁸.

Nesse sentido, ao vincular a responsabilidade com a ideia de obrigação e o termo *spondeo* (vinculação entre credor e devedor decorrente de contrato verbal no direito romano³⁹), José de Aguiar Dias⁴⁰ aponta para a responsabilidade como algo ligado a vários domínios da vida social, impondo certos atos e modos em face dos indivíduos. Ainda, ressalta que o interesse no estudo da responsabilidade repousa na “violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente”⁴¹, já que a atuação de acordo com os ditames dos

³³ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 3-5

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 2-5

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 497.

³⁶ LIMA, Alvinho. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963, p. 214.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 11.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 495.

³⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 34; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro - volume 4: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 19

⁴⁰ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense; 10. ed., 1997, p. 1-3.

⁴¹ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense; 10. ed., 1997, p. 3.

cânones - jurídicos, sociológicos, etc. - não resulta no nascimento de qualquer responsabilidade⁴².

Citando o doutrinador francês G. Marton, o autor assim dispõe:

Marton estabelece com muita lucidez e boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas⁴³.

Por fim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual positivou diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários formulados no século XX acerca do direito da responsabilidade civil⁴⁴, dentre os quais cabe ressaltar o dano moral (art. 5º, V e X), a proteção ambiental (arts. 170, VI, e 225) e a defesa do consumidor (art. 170, V). Dessa forma, assim como na grande maioria das áreas jurídicas, a responsabilidade civil foi alçada ao campo das proteções constitucionais.

1.1. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após a breve contextualização da evolução e do conceito do direito da responsabilidade civil, notadamente quanto ao princípio da responsabilidade desde a Lei de Talião e a Lei das XII Tábuas até a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, torna-se imprescindível perquirir quais são as funções desempenhadas pelo instituto jurídico em tela no ordenamento brasileiro atual.

Isso porque, o direito deve servir como instrumento de pacificação social⁴⁵, solucionando problemas concretos e reais, não podendo ser concebido como um fim em si mesmo ou uma ciência incapaz de avançar além dos limites das discussões acadêmicas e doutrinárias. Dessa forma, analisar os fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil toma centralidade na pesquisa ora realizada como esclarecimento basilar que auxilia na interpretação das normas sobre o tema e, ainda, justifica o surgimento ou não do dever de indenizar perante as situações concretas.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 12-13.

⁴³ G. MARTON. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris, 1938, apud AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 10. ed., 1997, p. 3.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 4-5; MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 4-5.

⁴⁵ Sobre o ponto, Antônio Junqueira de Azevedo, ao qualificar o direito como sistema complexo - “porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variadas” - e de segunda ordem - pelo fato de que “sua existência está em função do sistema maior, o social”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*. Civillistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civillistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>>.)

Nessa senda, com fundamento nos textos de Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes⁴⁶, Fernando Noronha⁴⁷, Suélen Trentin de Azambuja⁴⁸ e Nelson Rosenthal⁴⁹, é possível verificar certo posicionamento da doutrina quanto à indicação de três funções centrais para o direito da responsabilidade civil, ainda que sob denominações distintas, quais sejam: (i) a reparação do dano (ressarcitória ou compensatória); (ii) a aplicação de penalidade ao ofensor (punitiva ou dissuasória); e (iii) a prevenção contra novos danos (preventiva *lato sensu* ou preventiva e precaucional).

Considerando a digressão histórica feita no capítulo anterior, a qual aponta para o evidente caráter punitivo do nascimento da responsabilidade civil, notadamente quanto à vingança privada impingida em desfavor do ofensor independentemente de sua culpabilidade, mostra-se proveitoso iniciar pela função dissuasória do instituto jurídico em comento, dividindo-a entre a sua aplicação como figura autônoma e a sua presença secundária na função ressarcitória da responsabilidade civil.

No primeiro caso (função punitiva autônoma), interessante mencionar e abordar, de forma breve, a figura dos *punitive damages* presente nos ordenamentos jurídicos da *common law*, notadamente a Inglaterra e os Estados Unidos, a qual tem por finalidade a punição do agente e a prevenção específica e geral (dissuasão do agente e da comunidade contra a reiteração do ato ilícito). Para sua aplicação, contudo, é necessária a verificação de alguns pressupostos ou, de outro modo, “estrutura indenizatória independente da reparação”⁵⁰.

Nos Estados Unidos da América, *verbi gratia*, para a concessão dos *punitive damages*, mostra-se necessária a presença: (i) do pré-requisito de admissibilidade, o qual é comprovado pela ocorrência de algum dano concreto, não sendo possível a aplicação *in abstracto* da indenização punitiva; (ii) do padrão de culpabilidade, configurado pelo “desprezo consciente ou gravemente culposos pelos direitos de outrem, e que constitua um desvio extremo de uma

⁴⁶ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. *Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017.

⁴⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁸ AZAMBUJA, Suélen Trentin de. *Responsabilidade civil e suas funções: uma proposta de direcionamento do Instituto para a Promoção de Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017.

⁵⁰ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. *Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 235.

conduta lícita”⁵¹; e (iii) do requisito probatório, o qual é preenchido pela verificação de “evidências claras e convincentes”⁵².

No Brasil, em que pese a tentativa da inclusão da “sanção pecuniária de caráter pedagógico”⁵³ - a qual possui evidente função punitiva - pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, a melhor doutrina entende que, em razão da centralidade do dano nos sistemas vinculados ao *civil law* e, principalmente, das limitações inerentes à aplicação de sanções - as quais podem ser observadas pelo princípio da legalidade estrita no âmbito penal e administrativo -, não seria adequada a transposição do caráter sancionatório ao direito da responsabilidade civil, sob pena de debilitar o Estado Democrático de Direito⁵⁴.

Além disso, quanto à função punitiva em caráter secundário, Fernando Noronha ensina que, na imposição do dever de indenizar, há a redistribuição dos prejuízos decorrentes do ato ilícito, acabando - além de ressarcir a vítima - punindo o agente causador do dano. E, ao tratar de danos extrapatrimoniais - tanto morais quanto corporais -, os quais não são passíveis de ressarcimento em sentido estrito, o autor sustenta que a indenização não indeniza propriamente, mas oferece satisfação compensatória, a qual - muitas vezes - é arbitrada em conformidade com o grau de culpa ou de reprovabilidade da conduta lesiva⁵⁵.

No Brasil, a punição como figura secundária da responsabilidade civil pode ser evidenciada nos julgados acerca do arbitramento do *quantum debeatur* da indenização dos

⁵¹ BUSH, Brittan J. The overlooked function of punitive damages. *Rutgers Law Journal*, Camden, v. 44, n. 2, p. 161-211, 2014 *apud* WALKER, Mark Pickersgill; PETEFFI DA SILVA, Rafael; REINIG; Guilherme Henrique Lima. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115/2018, p. 169 - 204, jan-fev/2018.

⁵² WALKER, Mark Pickersgill; PETEFFI DA SILVA, Rafael; REINIG; Guilherme Henrique Lima. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115/2018, p. 169 - 204, jan-fev/2018; ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 233 e seguintes.

⁵³ O referido termo encontra-se presente no Anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), notadamente na sugestão de redação do art. 944-A, §§3º a 6º. Disponível em https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf.

⁵⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A função “moralizante” da responsabilidade civil no anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil de 2002: críticas à previsão do instituto da “sanção pecuniária de caráter pedagógico”. *Revista Jurídica Profissional*, v. 3, n. 2, p. 139-151, 2024; ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 246.

⁵⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 461. No mesmo sentido: REINIG, Guilherme Henrique Lima. A função “moralizante” da responsabilidade civil no anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil de 2002: críticas à previsão do instituto da “sanção pecuniária de caráter pedagógico”. *Revista Jurídica Profissional*, v. 3, n. 2, p. 139-151, 2024, p. 146; ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 225.

danos morais, momento em que os Tribunais de Justiça pátrios introduzem o fator “pedagógico-punitivo” como baliza⁵⁶. Assim, considerando a impossibilidade de mensurar pecuniariamente a extensão do dano extrapatrimonial, a jurisprudência utiliza - dentre outros elementos - o grau de culpabilidade do agente e a gravidade do ato ilícito danoso, os quais carregam consigo evidente caráter punitivo.

Além desse cenário, Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes ressaltam a previsão do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002⁵⁷, o qual - ao possibilitar a redução da indenização em conformidade com o grau de culpa do agente lesivo - demonstra que a responsabilidade civil deve guardar, ainda que de forma minimizada, proporcionalidade entre a culpabilidade do agente lesivo e a extensão do dever de indenizar⁵⁸.

Entretanto, apesar dos pontuais resquícios de punição no tema em tela, como ressaltado anteriormente, a responsabilidade civil contemporânea exerce a função reparatória de forma predominante, voltando seu olhar à vítima e ao dano suportado por esta.

A função reparatória, ressarcitória ou compensatória tem por objetivo o restabelecimento do equilíbrio jurídico e econômico entre as partes lesantes e lesadas, o qual restou perturbado pela ocorrência do dano⁵⁹. Fernando Noronha aponta que tal reajuste pode ocorrer tanto pela indenização do dano patrimonial, quanto pela satisfação compensatória referentes aos danos puramente corporais ou morais (extrapatrimoniais)⁶⁰.

Ademais, Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes apontam que o movimento de centralização da reparação em detrimento da punição pode ser remontado ao direito romano, o qual - após a Lei Aquiliana (*Lex Aquilia*) e o afastamento das *poenas privatas* tarifárias - utilizou-se da extensão do dano como baliza para alcançar o valor da indenização devida à vítima, evitando a não reparação e o enriquecimento ilícito. Importante frisar que essa técnica de arbitramento do valor devido pelo agente em favor da vítima permanece no ordenamento jurídico brasileiro atual, nos termos do art. 944, *caput*, do Código Civil⁶¹.

⁵⁶ WALKER, Mark Pickersgill; PETEFFI DA SILVA, Rafael; REINIG; Guilherme Henrique Lima. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115/2018, p. 169 - 204, jan-fev/2018.

⁵⁷ Art. 944. (*Omissis*) Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁵⁸ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 226-227.

⁵⁹ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 222.

⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 460.

⁶¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Os referidos doutrinadores apontam que, atualmente, vigora o princípio da restituição ou reparação integral, o qual busca, na medida do possível, indenizar todos os danos advindo do ato ilícito⁶² de forma proporcional e aproximada à perda impingida contra o patrimônio jurídico da vítima, podendo ser resumida no brocardo francês “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”⁶³.

Por fim, a doutrina recente tem buscado defender a existência da função preventiva *lato sensu*, a qual englobaria tanto a prevenção quanto a precaução. Esses dois conceitos são próximos, mas não se confundem, já que o primeiro diz respeito a riscos concretos e reais, chamados de “perigos”⁶⁴, enquanto o segundo refere-se a riscos potenciais e hipotéticos, mas que - na eventualidade de se concretizarem - podem causar danos graves ou irreversíveis, conhecidos como “risco do risco”⁶⁵.

Sobre o tema, Nelson Rosenvald sustenta que a função preventiva figura como elemento presente em todas as demais funções da responsabilidade civil - na compensatória, há prevenção de danos; na punitiva, há prevenção de ilícitos; e na precaucional⁶⁶, há prevenção de riscos -, tornando-se, na sua opinião, elemento primordial, ensejando, inclusive, a preterência da reparação integral do dano em favor do exercício da prevenção de danos, ilícitos e riscos⁶⁷. Em suma, Nelson Rosenvald defende que o direito deve atuar em momento anterior à concretização do dano, protegendo efetivamente os tutelados em detrimento de apenas reparar os danos por eles suportados⁶⁸.

Em sentido semelhante, Teresa Ancona Lopez - referindo-se à obra de François Ewald, Christian Gollier e Nicolas de Sadeleer, “*Le principe de précaution*” - sustenta a

⁶² Nesse ponto, alguns juristas mencionam o termo “retorno ao *status quo ante*”. Entretanto, tal expressão não se mostra tecnicamente correta, como pontuam Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes: “Não pode ser compreendido, por outro lado, como se impusesse um necessário retorno ao status quo ante, eis que a reparação, mesmo nos casos de danos materiais, e ainda mais visivelmente nos casos de danos morais, é sempre um sucedâneo do mal sofrido pela vítima, não restaurando com exatidão o patrimônio jurídico do lesado, mas tão somente repondo-o de modo proporcional.” (ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 223)

⁶³ Em tradução livre: “todo o dano, mas nada além do dano”.

⁶⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 6.

⁶⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 6.

⁶⁶ O referido doutrinador entende pela existência de quatro funções da responsabilidade civil, quais sejam: compensatória, punitiva, precaucional e preventiva. Os demais juristas utilizados nesta pesquisa entendem que a prevenção e precaução podem ser vistos de forma unificada.

⁶⁷ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 32-34.

⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 33.

possível ocorrência de mudança dos paradigmas no direito da responsabilidade civil atual, senão veja-se o seguinte trecho:

Esclarece que o século XIX teve como paradigma a "responsabilidade" (compensação das perdas). Na passagem para o século XX, esse paradigma da responsabilidade foi substituído pelo da solidariedade (Estado-Providência e garantia de indenização pela segurança, o que veio a desembocar na "socialização do risco"). **Supõe que agora pode ser que estejamos no momento de assistir ao nascimento de um novo paradigma, ou seja, da segurança que faz aparecer uma nova economia de direitos e deveres.**⁶⁹

Os doutrinadores supracitados sustentam a necessidade de tratamento dos riscos criados pela evolução tecnológica e científica que marca o século XXI, já que vivemos na “sociedade de riscos”, termo cunhado por Ulrich Beck nos anos 80⁷⁰, na qual as pessoas - a despeito da enorme segurança, longevidade e riqueza - estão tomadas pela insegurança do futuro e das consequências do progresso humano.

Nessa senda, imperativo rememorar que o Código de Processo Civil de 2015 positivou a tutela inibitória, nos termos do art. 497, parágrafo único⁷¹, buscando possibilitar a veiculação da função preventiva da responsabilidade civil. Dessa forma, dispensa-se a comprovação da culpabilidade ou da ocorrência de dano concreto para a concessão da tutela inibitória ou, como parte da doutrina a chama, tutela de remoção do ilícito⁷².

Dessa forma, depreende-se da doutrina que a função preventiva *lato sensu*, a qual engloba tanto a prevenção de riscos reais e concretos, quanto a precaução sobre riscos potenciais ou hipotéticos, mas que, na hipótese de se consumarem, podem levar à ocorrência de danos graves ou irreversíveis, encontra-se em ascensão, visando orientar a conduta dos sujeitos de direito com o escopo de evitar a ocorrência de quaisquer lesões a direitos⁷³.

⁶⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 7; grifou-se.

⁷⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Sociedade de Risco e Direito Privado*. São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 3; ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 21-22.

⁷¹ Art. 497. (*Omissis*) Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito [livro eletrônico]*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

⁷³ AZAMBUJA, Suélen Trentin de. *Responsabilidade civil e suas funções: uma proposta de direcionamento do Instituto para a Promoção de Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 40-41.

Apesar disso, a obra de Fernando Noronha⁷⁴ e de Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes⁷⁵ tratam da função preventiva sob a visão de dissuasão de reiteração de novos ilícitos - função que restou abordada juntamente com a função punitiva neste trabalho -, ideia intimamente conectada às funções preventivas da sanção penal, em que busca-se fazer com que o agente e a sociedade vejam que a prática de atos ilícitos danosos não findará de forma positiva.

Para ilustrar tal entendimento, ao citar trecho da obra “Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos” de Hugo Acciari, Suélen Trentin de Azambuja aponta que

(...) o potencial causador do dano enfrenta "uma decisão entre o benefício que lhe proporcionará realizar uma atividade de acordo com certas bases (por exemplo, adotando certos níveis de precauções) e o custo que lhe infligirá assumir a indenização de um dano, no caso de ter sido produzido"⁷⁶

Em outras palavras, nos casos em que o risco ensejador da responsabilidade civil estiver relacionado à atividade desempenhada pelo agente causador do dano, os eventuais deveres de indenizar estarão previstos nos chamados custos de transação. Ainda, esses custos serão ou repassados “aos beneficiários da atividade em questão”⁷⁷ ou ensejarão a contratação de seguros de responsabilidade civil⁷⁸.

Assim sendo, no Brasil, pode-se afirmar que o direito da responsabilidade civil funciona, principalmente, como instrumento de reparação de danos, buscando o reequilíbrio jurídico e econômico. Apesar da centralidade dessa função, ela não é a única, havendo a função punitiva - a qual pode ser encontrada em caráter complementar na função indenizatória - e a função preventiva *lato sensu* - que ganha centralidade nas discussões atuais acerca da remoção do ato ilícito antes da ocorrência de danos concretos.

⁷⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 463-464.

⁷⁵ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 228-230.

⁷⁶ AZAMBUJA, Suélen Trentin de. *Responsabilidade civil e suas funções: uma proposta de direcionamento do Instituto para a Promoção de Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 46.

⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 222.

⁷⁸ Nesse ponto, a doutrina encontra um debate interessante, vez que alguns civilistas entendem que a existência de cobertura securitária afastaria o “efeito intimidatório” da responsabilidade civil, fazendo com que o ato lesivo enseje vantagem injusta ao agente causador (GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 301, *apud* AZAMBUJA, Suélen Trentin de. *Responsabilidade civil e suas funções: uma proposta de direcionamento do Instituto para a Promoção de Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 48), enquanto outros entendem tal movimento como forma de amenizar os efeitos da ampla positivação e aplicação da teoria do risco e da responsabilidade civil objetiva (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 4. *Responsabilidade civil*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4 (§1) *apud* AZAMBUJA, Suélen Trentin de. *Responsabilidade civil e suas funções: uma proposta de direcionamento do Instituto para a Promoção de Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 48)

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO CIVIL

Feitos os esclarecimentos prefaciais, passa-se à análise do regramento constantes do Código Civil de 2002, abordando os elementos ou requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar, conceituando-os individualmente em conformidade com a doutrina contemporânea e analisando as disposições legais.

2.1 ATO ILÍCITO

O primeiro pressuposto necessário da responsabilidade civil extracontratual é o ato ilícito. Esse elemento possui centralidade nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, já que - como denota-se da cláusula geral estampada no *caput* do art. 927 do CC⁷⁹ - o dever de indenizar surgirá apenas dos danos decorrentes de atos ilícitos, excluindo aqueles advindos do exercício regular de direito (atos lícitos) ou de atos justificados.

Assim, ao tratar dos fatos jurídicos, o Código Civil de 2002 disciplinou, entre os arts. 186 e 188, os atos ilícitos, estabelecendo o conceito geral do instituto (art. 186), o abuso de direito como ilicitude (art. 187) e as “pré-excludentes” de ilicitude⁸⁰ ou atos justificados⁸¹ (art. 188), senão vejamos:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁷⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁸⁰ O termo “excludentes de ilicitude” é contestado por parte da doutrina, já que os atos justificados pela legítima defesa, pelo estado de necessidade ou de perigo são lícitos no momento do seu nascimento e, portanto, não há ilicitude a ser “excluída”. Dessa forma, utiliza-se o termo “pré-excludentes de contrariedade a direito” cunhado por Pontes de Miranda. Nesse sentido: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 190; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros (atual.). *Tratado de Direito Privado: parte especial: Bens. Fatos Jurídicos*. Tomo II. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 351-352.

⁸¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395 e ss.

Importante ressaltar que o art. 186 do Código Reale supracitado possui forte relação com o art. 159 do Código Beviláqua⁸², havendo, contudo, alterações louváveis na redação final da norma vigente. Isso porque, na antiga codificação, o legislador deixou espaço para interpretações no sentido da existência de responsabilidade civil desprovida de dano, vez que utilizava o termo “ou” (“violar direito, ou causar prejuízo a outrem”).

Atualmente, como depreende-se do texto legal supracitado, a configuração da responsabilidade civil através de ato ilícito exige a ocorrência, concomitante, tanto da antijuridicidade quanto do prejuízo à vítima do dano. Esse ponto, inclusive, foi objeto de elogios de alguns doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves, o qual sintetiza a inovação da seguinte forma:

O novo Código aperfeiçoou o conceito de ato ilícito, ao dizer que o pratica quem "violar direito e causar dano a outrem" (art. 186 — grifo nosso), substituindo o "ou" ("violar direito ou causar dano a outrem") que constava do art. 159 do diploma de 1916. Com efeito, o elemento subjetivo da culpa é o dever violado. A responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. **A obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.**⁸³

Feitas essas considerações prefaciais e considerando a importância do tema ora debatido, mister analisá-lo tanto na seara da responsabilização subjetiva quanto na objetiva.

Nesse senda, Rafael Peteffi da Silva⁸⁴ e Fernando Noronha⁸⁵ apontam a existência, no direito brasileiro, de duas acepções de ilicitude, quais sejam: (i) a noção subjetiva ou restrita, vinculada ao art. 159 do CC/1916 e no art. 186 do CC/2002, a qual vincula-se ao ato voluntário, culposo e contrário ao direito do agente, ou seja, a essência da ilicitude pode ser encontrada em dois momentos: na violação da lei (antijuridicidade) e na censurabilidade do agente (culpabilidade); e (ii) a noção objetiva ou ampla, a qual está associada ao conceito de simples antijuridicidade, em outras palavras, ato contrário à norma jurídica ou ao ordenamento jurídico como um todo.

Importante breve esclarecimento acerca da “modalidade” de antijuridicidade abordada no presente trabalho e no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Sobre o tópico, Rafael

⁸² Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28; grifou-se. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 387.

⁸⁴ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 179.

⁸⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 382 e ss.

Petteffi da Silva faz importante divisão em: (i) antijuridicidade formal, a qual se limita à incidência sobre atos que violem norma jurídica proibitiva expressa no ordenamento jurídico; e (ii) antijuridicidade material, entendendo por antijurídico qualquer ato que contrarie o “ordenamento jurídico compreendido em sua totalidade, englobando os princípios jurídicos, normas consuetudinárias e, segundo alguns, normas de Direito Natural”⁸⁶. No Brasil, considerando a existência de cláusula geral de responsabilidade civil, a modalidade material apresenta centralidade na aplicação do princípio *neminem laedere*.

No que toca a ilicitude subjetiva, considerando que a origem francesa das previsões acerca da responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro, o professor Rafael Petteffi da Silva, ao analisar a importação da cláusula geral constante do *Code Civil* de 1804, notadamente quanto às múltiplas significações do termo “*faute*” constante da norma francesa⁸⁷, aponta que a doutrina brasileira, ao se debruçar sobre o Código Civil de 1916,

(...) entende que a violação do direito de outrem, somada à ação ou omissão culposa, não são elementos da culpa, mas, ao contrário, compunham o suporte fático do artigo 159 do Código Beviláqua, que tinha por missão precípua estruturar o conceito operacional de ato ilícito.⁸⁸

Reafirmando a referida pontuação, Pontes de Miranda esclarece que a antijuridicidade não se inclui no conceito de culpa, mas sim no ato ilícito, apontando que

A contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. **É elemento da ilicitude do ato: contrariedade a direito mais culpa igual a ilícito.** Tal o suporte fático. As tentativas para se assentar que ilícito é igual a contrariedade a direito mais culpa tomam o caminho da presunção da culpa para se explicarem aqueles textos em que o legislador prescindiu da prova da culpa; (...) ⁸⁹

Dessarte, depreende-se que a ilicitude subjetiva cinde-se em dois elementos próprios, quais sejam: (i) a antijuridicidade, o qual resta configurado “quando um ato ou fato se coloca em contradição com ordenamento, independentemente de qualquer juízo de censura que

⁸⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 184.

⁸⁷ Sobre o ponto, remete-se o leitor à nota de rodapé 29. Além disso, especificamente quanto à correlação de *faute* do *Code Civil* francês e ato ilícito do Código Civil brasileiro, José de Aguiar Dias assim pontua: “A noção do ato ilícito consagrada, em nosso Código, como fundamento da responsabilidade contratual e extracontratual, corresponde a tão discutida *faute*, do art. 1.382 do Código Civil francês.” (*Da responsabilidade civil*. 11. ed. revisada atualizada e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562.)

⁸⁸ Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 179.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros (atual.). *Tratado de Direito Privado: parte especial: Bens. Fatos Jurídicos*. Tomo LIII. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 92; grifou-se. Em sentido contrário: GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 11/2017, p. 349-358, abr-jun/2017.

porventura também possa estar presente e ser referido alguém”⁹⁰; e (ii) a culpabilidade, podendo ser retratada pelo juízo de reprovabilidade ou censura, no qual o agente tem - ou deveria ter - o conhecimento de que sua ação é contrária ao ordenamento jurídico, bem como poderia ter agido em conformidade com a norma aplicável⁹¹.

Em contrapartida, a ilicitude objetiva não se detém na análise da culpabilidade do agente, vez que objetiva, sendo suficiente a mera antijuridicidade do ato causador do dano⁹². Enquanto Pontes de Miranda fala em presunção de culpa, conforme denota-se do trecho supracitado, Fernando Noronha entende pela dispensa do juízo de censura, logo, pelo afastamento do elemento da culpabilidade do pressuposto do ato ilícito. Nesse caso, portanto, ato ilícito e ato antijurídico seriam sinônimos.

Nessa toada, ao tratar da responsabilidade civil objetiva, Rafael Peteffi da Silva aponta que o legislador - em determinadas situações - atribui a ilicitude ao ato causador do dano em decorrência do seu resultado danoso. Assim,

[n]as hipóteses de responsabilidade objetiva, o ordenamento jurídico cobre com o manto da antijuridicidade os fatos causadores de danos que estiverem dentro da área de atuação de determinado agente, ainda que a conduta normalmente desenvolvida, apesar de perigosa, não seja considerada, ex ante, ilícita. O resultado é, muitas vezes, determinante para o próprio conhecimento do fato (conduta) e a ele se integra, não sendo mais possível dizer, portanto, que o dano adveio de uma “ação lícita”, pois a ação danosa está eivada de ilicitude objetiva, exatamente, pela causação do dano.⁹³

Assim sendo, pode-se concluir que, em regra, o ato ilícito como pressuposto para a responsabilidade civil é constituído de dois elementos - a antijuridicidade e a culpabilidade -, podendo esse segundo elemento ser dispensado nos casos de ilicitude objetiva, incidente nos casos em que a norma jurídica prevê a responsabilidade objetiva. Nesses casos, inclusive, resultando a antijuridicidade do resultado danoso do ato que - em tese - seria lícito.

2.2 NEXO DE CAUSALIDADE

Com as discussões atuais acerca da responsabilidade civil objetiva, como bem anotado por Agostinho Alvim⁹⁴, o nexo de causalidade passa a apresentar certa centralidade nas

⁹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 388.

⁹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 387-392.

⁹² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 390; PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 198-200.

⁹³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 198-199.

⁹⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 326.

discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Isso porque, como veremos, não há dever de indenizar se não houver liame de causalidade entre ato ilícito e dano sofrido pela vítima⁹⁵ e, em muitos casos, o referido pressuposto mostra-se de difícil constatação pela pulverização dos riscos decorrentes do desenvolvimento humano⁹⁶.

Dessa forma, dentre as teorias que buscam sistematizar o nexos causal, tem-se a teoria da equivalência de condições ou *conditio sine qua non* desenvolvida por Von Buri para, no âmbito do direito penal, atribuir responsabilidade também ao cúmplice, na qual - de forma extremamente expansiva - todo e qualquer ato precedente (condição) ao dano analisado pelo julgador pode ser alcançado pelo nexos causal e tornar-se causa⁹⁷. À guisa de exemplo, o vendedor de armas poderia ser responsabilizado pelos danos decorrentes do uso normal da arma alienada a terceiro⁹⁸. No âmbito da responsabilidade civil, essa corrente não logrou êxito, já que “conduziria a inaceitáveis absurdos”⁹⁹.

Nesse ponto, considerando que - diferentemente das demais teorias acerca do liame de causalidade - a *conditio sine qua non* aproxima o nexos causal natural e o nexos causal jurídico, deve-se fazer breve distinção entre eles. O primeiro, como esclarecido por Tiago Bitencourt de David¹⁰⁰, encontra-se presente no campo do “ser”. Ou seja, o resultado decorre naturalmente do ato a ele vinculado, independentemente de valoração humana, da espécie de resultado ou do ordenamento jurídico em que se está inserido. O ato é e, naturalmente, causou o resultado.

Em contrapartida, o liame jurídico ultrapassa o plano material e, ao analisar a esfera do ser, recorta-a e compara-a com a do dever-ser, o qual adequar-se-á em razão do ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, torna-se evidente o “caráter normativo-valorativo”¹⁰¹ do nexos causal jurídico, já que os acontecimentos naturais serão apreendidos pelo ser humano e valorados dentro dos ditames do sistema jurídico no qual se

⁹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, v. 4: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 163-164.

⁹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, p. 185–206, 2016.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 120; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexos de causalidade: passado, presente e futuro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 29, n. 8, p. 207–240, 2022.

⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 120.

⁹⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 109–163, 2017.

¹⁰⁰ BITENCOURT DE DAVID, Tiago. Da culpa ao nexos causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, p. 87–103, 2019.

¹⁰¹ BITENCOURT DE DAVID, Tiago. Da culpa ao nexos causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, p. 87–103, 2019; MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 118.

está inserido¹⁰². Exemplo disso é a conduta omissiva, a qual - na natureza - não enseja resultado algum (“*ex nihilo nihil fit*”), enquanto - na seara jurídica - pode ser o estopim para o nascimento do dever de indenizar.

Assim, retornando ao exame das correntes doutrinárias, a despeito das teorias da causalidade próxima - na qual a causa cronologicamente mais próxima do dano seria a determinante¹⁰³ - e da causalidade eficiente - a qual propunha uma análise qualitativa e quantitativa da participação de cada causa para o resultado danoso¹⁰⁴ -, Guilherme Henrique Lima Reinig aponta que a análise do nexos causal alcançou relevância na doutrina alemã de forma a limitar a extensão do dever de indenizar, o qual não poderia ser irrestrito e ilimitado como defendido pela teoria da equivalência de condições¹⁰⁵.

Dessa forma, tem-se a teoria da causalidade adequada, a qual - segundo Bruno Miragem - “é definida pelo evento sem o qual o dano não teria ocorrido”¹⁰⁶, ou seja, “o antecedente não só é necessário, mas também é adequado à produção do resultado”¹⁰⁷. Assim, a doutrina ensina que, para encontrar o liame de causalidade, deve-se realizar um prognóstico póstumo ou retrospectivo¹⁰⁸ do fato e verificar se ele seria adequado para geração do dano.

Sobre o termo “adequado”, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Rafael Viola apontam que “existirá adequação sempre que se puder afirmar que o dano causado é consequência normalmente previsível do fato antecedente em questão”¹⁰⁹. Nesse mesmo sentido, Agostinho Alvim, referindo-se aos ensinamentos de von Kries, afirma que

O raciocínio em que ela se apoia é o seguinte: apreciando certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas, pergunta-se, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? **Se existe sempre, diz-se que a causa**

¹⁰² BITENCOURT DE DAVID, Tiago. Da culpa ao nexos causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, p. 87–103, 2019; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexos de causalidade: passado, presente e futuro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 29, n. 8, p. 207–240, 2022.

¹⁰³ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 121.

¹⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 121-122.

¹⁰⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 215–248, 2020.

¹⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 122. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 499.

¹⁰⁷ SANTOLIM, Cesar. Nexos de causalidade e prevenção na responsabilidade civil no direito brasileiro e português. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa: FDUL, ano 3, n. 10, 2014, p. 8447, *apud* MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 122.

¹⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexos de causalidade: passado, presente e futuro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 29, n. 8, p. 207–240, 2022.

¹⁰⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexos de causalidade: passado, presente e futuro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 29, n. 8, p. 207–240, 2022.

era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância accidental explica essa causalidade, disse que a causa não era adequada.¹¹⁰

Sobre essa teoria, Guilherme Henrique Lima Reinig¹¹¹ explica o entendimento, acerca da formulação positiva, de von Kries, o qual sustentava a necessidade de exclusão das circunstâncias causais, e de Rümelin, defensor de uma prognose póstuma completa, incluindo também os fatos que não eram reconhecíveis ou reconhecidos pelo agente ao momento da prática do ato, bem como o pensamento de Enneccerus sobre a negativa, podendo indicar que a causa do dano é aquele ato que não é indiferente ao resultado conforme as regras gerais de experiência¹¹², excluindo-se as condições do dano que surgiram de forma extraordinária.

E, dentre essas, ao citar a formulação positiva da teoria alemã, o professor esclarece a atividade analítica e aponta que

Traeger afirma que somente devem ser pressupostas aquelas condições existentes no momento da realização da conduta. Dessa forma, **o julgador deve retroceder mentalmente ao instante de iminência do evento analisado.** Todavia, nem todas as condições existentes naquele momento devem ser pressupostas, ou seja, incluídas no juízo de adequação. Para isso, as condições então existentes precisam ser ex ante reconhecíveis (erkennbar). Como critério material para essa apreciação, Traeger indica “o ponto de vista do mais experiente e razoável ser humano” (Standpunkte des erfahrensten und einsichtigsten Menschen).¹¹³

Nessa senda, cabe ressaltar que deve-se considerar não apenas os resultados reconhecíveis pelo agente no momento da prática do ato, mas também aqueles que, de fato, eram conhecidos por ele. Dessa forma, considerando a diligência do homem médio, não se pode exigir a busca exaustiva por informações, mas - caso o agente tenha procedido com informações que não seriam de conhecimento do “*bonus pater familias*” - tal conhecimento deve ser tomado em conta quanto da busca pelo liame de causalidade. Em síntese, na análise prognóstica póstuma do fato, as condições reconhecíveis pelo homem médio e as reconhecidas pelo agente devem ser levadas em consideração¹¹⁴.

¹¹⁰ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 329; grifou-se.

¹¹¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 215–248, 2020.

¹¹² MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 123.

¹¹³ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 215–248, 2020.

¹¹⁴ Sobre o ponto, Guilherme Henrique Lima Reinig cita precedente do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH), qual seja o BGHZ 3, 261 (Dattelner-Schleusen), em que a Corte de Justiça adotou a teoria de Traeger da seguinte forma: “Um acontecimento é condição adequada de um resultado se elevou genericamente de uma maneira não irrelevante a possibilidade de resultado da mesma espécie do ocorrido. **Para uma apreciação nesse sentido devem ser consideradas: a) todas as circunstâncias reconhecíveis por um observador ideal no momento da realização da condição, b) além disso, as condições conhecidas pelo autor da condição.** Essa avaliação deve ser realizada recorrendo-se a todo o conhecimento empírico à disposição no momento do julgamento.” (REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 215–248, 2020; grifou-se)

Ademais, Guilherme Henrique Lima Reinig esclarece que o cerne da análise é, conforme doutrina de Traeger, a existência de “circunstância genericamente favorável” para determinado resultado. O exemplo citado do doutrinador alemão auxilia na compreensão da questão, senão veja-se:

Em um dado não viciado, o centro de gravidade coincide com o seu centro geométrico, sendo igualmente possível a realização de cada um dos resultados (face com número 1, com o número 2, e assim por diante). Se o ponto de gravidade for transposto para o sentido da face com o número 6, essa circunstância modifica o grau de probabilidade de cada resultado em favor da face contrária, a com o número 1, no exemplo mencionado. Se lançado o dado e a face com o número 6 for a sorteada, a circunstância da excentricidade do centro gravitacional será, mesmo assim, *conditio sine qua non* do resultado concreto, assim como de qualquer outro possível. No entanto, ela consiste numa “circunstância genericamente favorável” apenas para o resultado de número 1, não para o número 6.¹¹⁵

O doutrinador brasileiro indica que o desenvolvimento realizado por Traeger, criador da teoria da circunstância genericamente favorável, é o que obteve maior aderência na doutrina e jurisprudência alemã. Sua definição acerca do nexo de causalidade afirma que todos os atos comprovados como *conditio sine qua non* de certo resultado são condições adequadas, desde que incrementem, genericamente, a probabilidade do resultado danoso¹¹⁶. O exemplo supracitado esclarece bem, vez que a alteração do ponto de gravidade do dado é *conditio sine qua non* de todos os possíveis resultados, mas só terá apresentado incremento da probabilidade do resultado “1”.

Entretanto, considerando a concentração de esforços na análise realizada pelo julgador acerca das condições reconhecíveis e reconhecidas, fator que enseja subjetividade, bem como grande grau filosófico e complexo da referida teoria¹¹⁷, houve o surgimento da teoria da causalidade necessária ou do dano direto e imediato, a qual analisa o caráter necessário da causa para o resultado dano, “de modo que seja possível afirmar que sem tal causa o evento danoso não teria ocorrido”¹¹⁸.

Atualmente, no Brasil, ao tratar do inadimplemento das obrigações, o Código Civil de 2002, assim como o de 1916, adota os termos “direto” e “imediato” para limitar o nexo de causalidade, senão veja-se:

¹¹⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 215–248, 2020.

¹¹⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 215–248, 2020.

¹¹⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 109–163, 2017.

¹¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 125.

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

Sobre isso, Agostinho Alvim, ao analisar o art. 1.060 do Código Civil de 1916¹¹⁹, o qual possui redação muito semelhante ao dispositivo supracitado, ressalta que o ato ilícito não necessita ser imediatamente anterior ao dano, afastando a teoria da causalidade próxima¹²⁰. Assim, referindo-se à doutrina do italiano Mosca, o doutrinador brasileiro sustenta que - para relacionar certo ato ilícito ao dano - não pode haver outro ato (ato de terceiro ou ato da vítima) ou fato que interrompam a ligação causal entre o primeiro ato ilícito e o resultado danoso¹²¹.

Assim, ele considera que a teoria da causalidade necessária (“necessariedade da causa”) seria uma subteoria derivada do dano direto e imediato¹²², já que o termo “necessário” seria uma forma de definir o conceito do termo “direto” constante da norma legal¹²³. Ao conceituar essa subteoria, Agostinho Alvim assim afirma:

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. **Ela é causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por se, dispensadas outras causas.** Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.¹²⁴

Entretanto, a teoria do dano direto e imediato, bem como a subteoria da necessariedade não são isentas de críticas. Guilherme Henrique Lima Reinig aponta que tal teoria surgiu da importação do art. 1.151 do *Code Civil* de 1804¹²⁵, a qual se baseou nos escritos de Dumoulin, Pothier e Domat acerca da previsibilidade e proximidade da causa ao dano. Esses doutrinadores franceses sustentavam - no âmbito da responsabilidade contratual - que o devedor restaria responsável pelos danos decorrentes do seu inadimplemento, desde que

¹¹⁹ Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.

¹²⁰ Sobre o tema, ao analisar a necessidade do dano ser direto do ato ilícito, Agostinho Alvim aponta que “Como se vê, o fundamento da resposta de Pothier não é a distância e sim a possibilidade de existirem outras causas.” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 343.)

¹²¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 332-336. No mesmo sentido: MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 125.

¹²² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 338.

¹²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexo de causalidade: passado, presente e futuro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 29, n. 8, p. 207-240, 2022.

¹²⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 338-339; grifou-se.

¹²⁵ Art. 1.151. Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

lhes fossem previsíveis e próximas, excluindo-se as consequências muito remotas e muito indiretas (*suites plus éloignées et plus indirectes*)¹²⁶.

Entretanto, a doutrina francesa não se debruçou na delimitação de tais elementos, aplicando-os como questões de fato a serem verificadas pelo juiz (*prudence du juge*). Assim, pode-se afirmar que “a expressão não deve ser compreendida de forma estrita, significando nada mais e nada menos que a exigência de uma causalidade jurídica entre o fato lesivo e o prejuízo”¹²⁷. Dessa forma, considerando que a previsão legislativa francesa não dispõe de elementos claramente delimitados, tem-se que o mesmo acontece com a norma brasileira (art. 1.060 do Código Civil de 1916 e art. 403 do Código Civil de 2002).

Em suma, o professor Guilherme Henrique Lima Reinig assim pontua

A corrente que predominou na legislação francesa amplia o dano indenizável e projeta perspectivas mais racionais de limitação da responsabilidade civil. É nesse contexto pragmático que se deve interpretar a expressão legada ao Código Civil brasileiro. Não se trata de um critério específico de limitação da responsabilidade, mas de termos imprecisos e vagos que simplesmente indicam haver o legislador reconhecido a necessidade de se restringir a responsabilidade civil em algum ponto, sem o indicar com exatidão. O erro da doutrina capitaneada por Agostinho Alvim é ir além desse sentido meramente negativo, propugnando por uma leitura reducionista, artificial e infrutífera da expressão “efeito direto e imediato”: reducionista, pois olvida a complexidade do problema da limitação da responsabilidade civil; artificial, pois não há na codificação brasileira um posicionamento claro do Legislativo sobre o espinhoso problema da limitação da causalidade; infrutífero, pois a subteoria da necessariedade não oferece critério material algum para a solução dos problemas práticos de limitação da responsabilidade. (...) Portanto, há uma única conclusão segura: o Código Civil de 1916, assim como o de 2002, apenas reconheceu ser indispensável limitar a responsabilidade em algum ponto, sem assinalar qual seria ele.¹²⁸

E, além disso, a corrente doutrinária que defende a teoria do dano direto e imediato na subteoria da causalidade necessária não buscou definir, de forma clara e teórica, o que seria “causa necessária”, resultando na aplicação de termos consistentes “apenas num lugar-comum, numa noção vaga e indeterminada que dissimula numa terminologia supostamente causalista”¹²⁹.

¹²⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 109–163, 2017.

¹²⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 109–163, 2017.

¹²⁸ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 109–163, 2017.

¹²⁹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 109–163, 2017.

Por fim, insta abordar a teoria do escopo de proteção da norma, a qual busca limitar a responsabilidade civil através da verificação da finalidade da norma protetiva, ou seja, se o risco que se concretizou e resultou no dano era o mesmo risco que o legislador buscou afastar quando da previsão da norma proibitiva. Dessa forma, visando apartar-se das discussões acerca da causalidade para limitar a extensão da responsabilidade civil, voltou-se à análise do escopo da norma (*Zweck der Norm*) para tanto¹³⁰.

Essa corrente doutrinária tomou notoriedade no direito alemão, o qual prevê como ato ilícito a transgressão de “lei de proteção” (*Schutzgesetz*), conforme §823, II, do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). A referida “norma de proteção” seria a importação da proteção aos interesses privados conferida pelas normas administrativas e penais para o interior da responsabilidade civil, impondo a reparação dos danos decorrentes das violações de proteções e vedações constantes de previsões administrativas ou criminais¹³¹.

A busca pelo escopo de proteção da norma pode ser decomposta em três aspectos, quais sejam: (i) o pessoal, em que se perquire, especificamente, qual o sujeito protegido pela *Schutzgesetz*, uma vez que - para incidir o §823, II, do BGB -, é necessário que a norma tutele interesse privado ao lado do interesse público; (ii) o material, no qual se limita os bens jurídicos tutelados pela norma de proteção, excluindo-se os danos alheios ao seu escopo; e (iii) o modal, o qual estabelece quais os riscos que a lei de proteção enfrenta¹³².

Dessa forma, essa teoria não serve para afastar a aplicação da causalidade adequada, mas sim para complementá-la de forma a limitar a atividade e extensão da responsabilidade civil conforme o escopo de proteção das normas jurídicas constantes do ordenamento jurídico. Assim, “o simples prejuízo ou dano, ainda que previsível, evitável e provocado por ato contrário ao direito, não basta para o nascimento do dever de indenizar por ato ilícito”¹³³, devendo buscar a verificação de efetiva violação de bem jurídico tutelado e compará-la ao escopo da norma protetiva.

¹³⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237–238, 2018.

¹³¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237–238, 2018.

¹³² REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237–238, 2018.

¹³³ REINIG, Guilherme Henrique Lima. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237–238, 2018.

Assim sendo, considerando que o Código Civil de 2002 não adota especificamente uma das teorias de nexos de causalidade, tem-se que a utilização da causalidade adequada permite uma análise de previsibilidade, proximidade e adequação do ato ilícito em relação ao dano causado. Além disso, a análise do escopo da proteção da norma mostra-se interessante para constatar a existência de violação efetiva de interesse jurídico tutelado.

2.2.1 Da interrupção do nexo causal

Nessa senda, de forma breve, torna-se imperativo aprofundar as principais formas de interrupção ou rompimento do nexo causal entre o ato ilícito e o resultado danoso, quais sejam: o fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro, a força maior e o caso fortuito.

Primeiramente, quanto ao fato da vítima, Bruno Miragem ressalta que o ato praticado pela parte lesada deve ser central ao ponto de afastar as demais possíveis causas para o dano¹³⁴. Dessa forma, a conduta da vítima deve ser a única causa - por isso “fato exclusivo da vítima” - para que rompa efetivamente o nexo causal. Para ilustrar a questão, o doutrinador aborda a situação do “*surf* ferroviário” da seguinte forma:

Trata-se de situação em que pessoas escolheram utilizar-se do transporte ferroviário para deslocar-se entre estações, não na parte interna do trem, mas sobre os vagões, expondo-se a altíssimo nível de risco, de modo contrário aos regulamentos e à fruição razoável desse serviço de transporte. No caso, tendo sido sofridos danos em decorrência de quedas ou choques pelo contato com a rede elétrica própria dessa modalidade de transporte, ingressaram com demandas de indenização contra a concessionária do serviço. A jurisprudência, então, corretamente identificou que **a causa necessária do dano sofrido pela vítima foi o seu próprio comportamento de utilização indevida do serviço**, expondo-se ao risco de dano.¹³⁵

Em sentido muito semelhante, tem-se o fato exclusivo de terceiro, o qual deve ser causa necessária e exclusiva para que enseje o afastamento da responsabilidade dos demais possíveis causadores, ou seja, interrompa efetivamente o nexo causal entre o primeiro ato ilícito e o dano. Caso seja uma das causas concorrentes ao resultado danoso, tem-se que o agente e o terceiro responderão de forma solidária pela reparação do dano¹³⁶.

Nessa senda, importante ressaltar que, quando o fato de terceiro se inserir no âmbito do risco atribuído ao agente, o qual responde de forma objetiva, não há como afastar a responsabilidade deste por fato daquele¹³⁷. Exemplo disso é a responsabilidade civil do

¹³⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 128.

¹³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 128; grifou-se.

¹³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 129.

¹³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 129.

transportador, o qual - conforme a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal¹³⁸ - responde pelos danos causados por terceiros, desde que ligados ao risco da atividade.

Por fim, o caso fortuito (ligado à imprevisibilidade) e a força maior (relacionada à irresistibilidade) - a despeito da sua diferença conceitual - são tratados conjuntamente, uma vez que resultam na interrupção donexo causal. Nas hipóteses de responsabilidade objetiva, Bruno Miragem aponta que só haverá a exclusão do dever de indenizar se o ato irresistível ou imprevisível for “comum a todas as pessoas”, ou seja, as causas de rompimento do nexocausal não têm vinculação à atividade desenvolvida pelo agente. Caso tenha, o doutrinador assim pontua:

Diz-se, assim, caso fortuito interno porque o risco representado pelo fato é inerente, interno à conduta ou à atividade do agente, de modo que deve responder quando dele decorra o dano. Distingue-se, nesse particular, do caso fortuito externo (ou força maior), em que o dano decorre de causa completamente estranha à conduta do agente, e por isso causa de exoneração de responsabilidade.¹³⁹

Nessa toada, especialmente acerca do tema do presente trabalho, importa registrar a existência da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁰, responsabilizando as instituições financeiras por fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias, considerando-os como “fortuito interno”, não havendo que se falar em causa de ruptura ou interrupção do nexocausal entre o ato da casa bancária e o dano sofrido pelo consumidor correntista¹⁴¹.

Dessarte, resta evidente que o rompimento do nexocausal resultará em exclusão da responsabilidade civil apenas nos casos em que houver o surgimento de causa necessária e exclusiva da vítima ou de terceiro para a ocorrência do dano, bem como nas hipóteses de caso fortuito e força maior que - no âmbito da responsabilidade objetiva - sejam estranhas e externas ao agente, ou seja, não tenham associação com a atividade emanadora do risco.

2.3 DANO

Outrossim, é importante conceituar o pressuposto do dano para a responsabilidade civil. Isso porque, como pontuado por Agostinho Alvim, havia discussões acerca da terminologia adequada para delimitar o dano capaz de ensejar o surgimento do dever de

¹³⁸ A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

¹³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 131.

¹⁴⁰ As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

¹⁴¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 132.

indenizar entre o dano como “efetiva diminuição do patrimônio” ou como “diminuição ou subtração de um bem jurídico”¹⁴².

Entretanto, como bem pontuado por Rafael Peteffi da Silva¹⁴³ e por Clóvis V. do Couto e Silva¹⁴⁴, o sistema de responsabilidade civil deve delimitar com clareza os danos que considera indenizáveis ou ressarcíveis, evitando a expansão desarrazoada do dever de indenizar perante a análise casuística de cada caso concreto, bem como buscando reafirmar a função reparatória em detrimento da punitiva ou pedagógica.

Assim, o professor Rafael Peteffi da Silva inicia sua análise acerca do conceito normativo de dano através da chamada “noção ampla” do referido pressuposto, na qual haveria a importação dos elementos constitutivos dos demais pressupostos da responsabilidade civil para o interior do conceito de dano. Em suma, ter-se-ia a verificação de dano indenizável quando presentes todos os pressupostos ou, na falta de nexos causal, por exemplo, dir-se-ia que não há dano ressarcível¹⁴⁵.

Nesse ponto, alguns doutrinadores¹⁴⁶ relegam a função de delimitação do prejuízo passível de ser reparado ao âmbito do nexos causal, relegando a este a chamada “tríplice função”, indicando quem deve ressarcir, quem deve ser ressarcido e, principalmente, quais danos merecem ressarcimento. Contudo, tal entendimento não se coaduna ao conceito de dano independente como veremos no decorrer do presente capítulo. Outros pensadores, notadamente de tradição da *common law*, apontam para o requisito de antijuridicidade do dano sofrido como cerne de distinção entre danos indenizáveis ou não¹⁴⁷, imerecendo - de igual maneira - acolhimento pela doutrina ou jurisprudência brasileira.

Em seguida, Rafael Peteffi da Silva apresenta a “noção estrita” de dano, o qual pode ser visto como deterioração ou menoscabo dos bens titularizados pela vítima, abrangendo todos os objetos materiais ou imateriais, patrimoniais ou não, e que se prestam à satisfação dos interesses e necessidades humanas. Nessa visão, estariam protegidos desde as propriedades privadas até a honra das pessoas. E, para verificar a extensão do dano

¹⁴² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 170-171.

¹⁴³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 34-35.

¹⁴⁴ DO COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, p. 333–349, 2016.

¹⁴⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 38.

¹⁴⁶ BITENCOURT DE DAVID, Tiago. Da culpa ao nexos causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, p. 87–103, 2019.

¹⁴⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 38-43.

indenizável, parte da doutrina realiza comparação entre o momento anterior ao dano e a situação fática imediatamente após a prática do ilícito¹⁴⁸.

Entretanto, a crítica a esse posicionamento naturalístico de dano sustenta que cada bem jurídico apresenta um interesse subjetivo para cada titular de algum direito a ele ligado. Como exemplo, o autor brasileiro cita a destruição de imóvel objeto de contrato de locação, o qual poderá ser valorado de forma distinta em relação ao locador e ao locatário em razão do seu interesse subjetivo sobre a coisa destruída¹⁴⁹.

Ainda sobre a noção de interesse jurídico defendida pela doutrina crítica da acepção de dano como menoscabo a bens, Rafael Peteffi da Silva ressalta que, ainda no direito romano, surgiu a ideia de *id quod interest*, o qual seria um contraponto ao dano naturalístico e limitado ao valor objetivo da coisa prejudicada, buscando a efetiva delimitação do dano ressarcível de forma subjetiva, relacional e sofisticada¹⁵⁰. Posteriormente, a pandectística alemã aprofundou o tema, concebendo o conceito de interesse da vítima sem vinculação com a objetividade de outrora, adotando a noção de reparação integral do dano¹⁵¹.

E, quanto à extensão do dano, o professor esclarece que o movimento presente na doutrina brasileira - comparativo do momento anterior e posterior ao dano - não se confunde com a teoria da diferença elaborada pela doutrina alemã, já que esta realiza construção normativa da “hipótese diferencial”, a qual pode ser alcançada em movimento de criação da situação hipotética em que a vítima encontrar-se-ia se não ocorresse o dano¹⁵². Dessa forma, o abandono da visão naturalística do dano fez com que os lucros cessantes podem ser incluídos no dever de indenizar.

Entretanto, tal corrente de pensamento não se mostra isenta de críticas, havendo, principalmente, a questão da necessidade de criação normativa acerca do termo “interesse”, desvinculando-o do *animus* da vítima. Sobre essa corrente defensora da abordagem normativa do interesse, Rafael Peteffi da Silva assim sintetiza os elementos para a constituição desse, senão veja-se:

Seguindo essa linha de entendimento, alguns autores identificam os elementos principais na constituição do que se poderia chamar de uma noção geral de interesse:

¹⁴⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 43-48.

¹⁴⁹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 45.

¹⁵⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 54-55.

¹⁵¹ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 56.

¹⁵² PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 47, 56 e 59.

(i) o sujeito, (ii) a necessidade ou carência pertencente ao sujeito e (iii) o bem, detentor da idoneidade ou aptidão para satisfazer a necessidade pertencente ao sujeito. Alguns autores ajuntam, a estes elementos básicos, o “vínculo relacional”, que seria observado “entre a faculdade de apetência ou a inclinação volitiva, para a satisfação da necessidade com o bem; e o bem, considerado idóneo para a satisfação da necessidade”¹⁵³

E, ainda, tem-se que o termo “interesse” é utilizado, na legislação, na doutrina e na jurisprudência, como significado de posições jurídicas muito distintas, como é o exemplo do pagador interessado no adimplemento (art. 304 do Código Civil de 2002¹⁵⁴), restando evidente que a mera violação desse interesse jurídico não ensejaria o dever de indenizar.

Dessarte, o referido doutrinador busca refinar o conceito de “interesse” necessário para a criação de conteúdo eficaz próprio ao dano como pressuposto para a responsabilidade civil. Primeiramente, considerando a extensão do dano quando da aplicação da teoria da diferença e da formulação da hipótese diferencial, tem-se que o interesse e o dano seriam sinônimos. Isso pois, ao aplicar a teoria da diferença aos casos concretos, tem-se que a extensão do dano se confunde com o interesse da vítima¹⁵⁵.

Para exemplificar e esclarecer a relação dano-interesse, utiliza-se de alguns exemplos, dentre os quais encontra-se o seguinte:

Ilustra-se essa característica operacional com o mui conhecido exemplo de uma casa na beira de uma estrada que é culposamente destruída por um caminhão desgovernado, mas que já estava com sua demolição contratada para o dia seguinte ao acidente. Nesse caso, a destruição definitiva do bem (casa) poderia até mesmo gerar apenas uma vantagem para o seu titular.¹⁵⁶

Nesse caso, a aplicação do dano na acepção ampla ou naturalística incorreria na responsabilização dos agentes, já que presentes os demais requisitos da responsabilidade civil subjetiva. Entretanto, verifica-se que - ante a criação da hipótese diferencial - depreende-se que não houve dano ao titular do bem jurídico. Essa pontuação apenas ressalta a importância da delimitação normativa do conceito de dano indenizável.

Além dessa significação ao termo “dano”, Rafael Peteffi da Silva sustenta a existência de outra corrente “significadora”, qual seja a de dano como lesão a interesses. E, ao citar a corrente doutrinária encabeçada por Francesco Carnelutti, assim aponta

¹⁵³ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 66.

¹⁵⁴ Art. 304. Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.

¹⁵⁵ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 74-75.

¹⁵⁶ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 75.

(...) enquanto o bem possui a capacidade de satisfazer necessidades humanas, o interesse representa a possibilidade de um sujeito de direito específico satisfazer as suas necessidades por intermédio de determinado bem (...). O bem, portanto, conecta-se com a aptidão genérica para satisfazer necessidades, de modo abstrato, enquanto o interesse aporta especificidade a essa aptidão, consubstanciando uma análise que obrigatoriamente inclui um ou vários sujeitos determinados e a idoneidade do bem para satisfazer suas necessidades.¹⁵⁷

À guisa de ilustração, cita-se o exemplo do pão, o qual é o bem jurídico, e da fome, a qual seria a necessidade humana. Dessa forma, a relação entre o bem e a necessidade faz emergir o interesse, já que o pão é capaz de idoneamente satisfazer a necessidade de seu proprietário, bem como eventual lesão ao interesse decorrente da relação bem-necessidade poderia ser qualificada como dano ressarcível.

Contudo, tal entendimento retornaria as discussões à acepção ampla de dano, vez que “ao centrar a análise na situação jurídica da vítima, o exame do eventual e efetivo prejuízo por esta sofrido acaba por ser relegado a uma mera verificação de um menoscabo de bens ou de uma mera manifestação fenomênica”¹⁵⁸ e, portanto, resultaria no abandono do conceito normativo de dano.

Dessa forma, tem-se que a delimitação do dano através da vinculação deste com a ideia de “interesse” e com a teoria da diferença desenvolvida pela pandectística alemã imprime maior rigor à atribuição de responsabilidade civil, deixando de abordar o dano de forma naturalista ou através dos demais pressupostos, como o nexa causal ou a antijuridicidade.

2.4 FATORES DE ATRIBUIÇÃO: CULPA E RISCO

Por fim, o pressuposto acerca do nexa ou fator de imputação tem por função a indicação da pessoa responsável pelo ato ilícito causador do dano e, por conseguinte, devedor do dever de indenizar a vítima¹⁵⁹. Sobre o ponto, Adalberto Pasqualotto assim ressalta

O conceito de imputação, na responsabilidade civil atual, é mais amplo: pode indicar o autor imediato da ação, quando a responsabilidade tiver por pressuposto a culpa, ou um sujeito remotamente posicionado em relação ao contexto fático da verificação do dano, que será responsabilizado pela obrigação de indenizar em função do papel

¹⁵⁷ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 78.

¹⁵⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024, p. 79.

¹⁵⁹ No presente trabalho, analisar-se-á apenas dois fatores de atribuição, a culpa e o risco, os quais apresentam centralidade nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, bem como possibilitam a melhor compreensão da discussão pretendida. Dessa forma, não se descarta a posição de alguns doutrinadores quanto à indicação de outros fatores, tais como a equidade ou o defeito no sistema do Código de Defesa do Consumidor.

que desempenha, ou porque gerou o risco do dano, ou por outro fator que o legislador considerou relevante.¹⁶⁰

Nessa senda, tem-se que a responsabilidade civil - desde a interpretação dada pelos juriconsultos à Lei Aquiliana (*Lex Aquilia*) até as legislações atuais - fundamenta-se, majoritariamente, na culpa para a imputação do dever de indenizar. Isso ocorre, como descrito por Orlando Gomes, em decorrência da doutrina do individualismo, a qual orbita em torno da autonomia da vontade e, portanto, busca na vontade livre do agente o fundamento para a atribuição de eventual responsabilidade civil¹⁶¹.

No direito romano, diante da necessidade de gradação referente às responsabilidades imputadas a alguém para efetivar maior grau de justiça, houve - além da distinção entre culpa e dolo - a criação da gradação da culpa¹⁶². O objetivo era, ao distinguir os ônus e bônus de determinados contratos, distinguir também a extensão e a forma de responsabilização de cada parte. Por exemplo, nos negócios benéficos ao credor, o devedor deveria guardar apenas a boa-fé quanto ao objeto do contrato e, portanto, não responderia por culpa nas hipóteses de deterioração da coisa¹⁶³.

Essa categorização restou sistematizada no período pós-clássico do direito romano, sendo categorizada a culpa em: *culpa lata*, *culpa levis* e *culpa levissima*. Bruno Leonardo Câmara Carrá aponta que - a despeito da referência no Digesto de Ulpiano (“*in Lege Aquilia et levissima culpa venit*” - D. 9, 2, 44) - há dissidências quanto a aplicação da *culpa levissima*, já que exigiria do devedor a realização de grandes diligências, incorrendo na falta por mera negligência simples¹⁶⁴, fato que não parece ser adequado para o sistema jurídico vigente à época.

Ainda, tem-se que a *culpa levis* seria a falta de diligência média, não havendo especial reprovabilidade na negligência do agente, como há na *culpa lata*. Sobre o ponto, Bruno Leonardo Câmara Carrá descreve que “a culpa *levis* representa a noção geral de culpa, a saber, o não respeito à *diligentia* com a qual deveria proceder o obrigado para evitar o não cumprimento de sua obrigação, seja ela contratual ou extracontratual”¹⁶⁵.

¹⁶⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, p. 185–206, 2016.

¹⁶¹ GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 11/2017, p. 349-358, abr-jun/2017.

¹⁶² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017, p. 200-201.

¹⁶³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017.

¹⁶⁴ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017, p. 202

¹⁶⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017, p. 203.

Em contrapartida, a *culpa lata* ou *magna negligencia* exprime a ideia de ausência de simples diligências ou de cuidados básicos, os quais são elementares e evidentes para todos, sendo que até os mais descuidados e levianos costumam cumpri-los. Assim, os romanos entendiam que a culpa grave seria equiparada ao dolo ou ao comportamento eivado de má-fé (*culpa lata dolo comparabitur* - Digesto 11, 6, 1, 1)¹⁶⁶.

Contudo, a doutrina romana da tripartição da culpa - *lata, levis e levissima* - não foi recepcionada pelas codificações do direito contemporâneo, as quais, nos termos do art. 1.137 do *Code Civil* de 1804, dispõem que o padrão de diligências deve ser o mesmo para todos os tipos de contrato, guardando sempre o cuidado do “*bon père de famille*” (*bonus pater familias*)¹⁶⁷. O referido dispositivo legal foi replicado por outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do Código Civil italiano de 1865 (art. 1.224).

Entretanto, Bruno Leonardo Câmara Carrá aponta que a gradação da culpa - a despeito da sua aparente exclusão do direito contemporâneo - restou positivada de forma tímida e esparsa em algumas codificações contemporâneas, como o Código Suíço de Obrigações de 1911 (art. 99.2¹⁶⁸), enquanto restou expressamente acolhida por outros (art. 44 do Código Civil do Chile¹⁶⁹). Além disso, em sentido semelhante ao art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002, tem-se o art. 44.2 do Código Suíço de Obrigações de 1911¹⁷⁰ e o art. 494 do atual Código Civil português¹⁷¹, os quais utilizam da gradação da culpa para atenuar o rigor do

¹⁶⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017, p. 202-203

¹⁶⁷ Art. 1.137. L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

¹⁶⁸ Art. 99. [...] 2. Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur.

¹⁶⁹ Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

¹⁷⁰ Art. 44. [...] 2. Lorsque le préjudice n'a été causé ni intention- nullement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts.

¹⁷¹ Art. 494. Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

dever de indenizar a vítima nos casos em que houver notável desproporção entre a culpa do agente e a extensão do dano causado.

Nesse sentido, é possível observar que o próprio conceito de culpa sofreu alterações, deixando de ser integralmente subjetiva e passando a incorporar conceitos objetivos¹⁷². Isso porque, considerando a notoriedade da filosofia de Kant e, especialmente, da ideia do imperativo categórico, a culpa afasta-se da concepção moralista e passa a exigir um padrão de conduta das pessoas pautada na realização de diligências mínimas.

À guisa de demonstração, na Idade Média, no qual o direito canônico e a influência do cristianismo solidificaram a centralidade da culpa na responsabilidade civil, a qual representava a “apreciação moral do comportamento do indivíduo”¹⁷³, Maria Vital da Rocha e Davi Guimarães Mendes ressaltam que

(...) por influência da moral cristã que a responsabilidade se tornou indissociável à noção de culpa, funcionando esta como fundamento e pressuposto daquela, em decorrência do fato de que o homem, dotado de livre-arbítrio que era, poderia escolher agir segundo a vontade divina ou em contrariedade a ela, hipótese na qual seria considerado culpado pela conduta reprovável e, conseqüentemente, responsabilizado.¹⁷⁴

Posteriormente, a culpa - ainda que em seu conceito unitário - fixou raízes na doutrina francesa, como explicado no capítulo anterior acerca do art. 1.382 do *Code Civil* de 1804, podendo ser retratada pelo pensamento de Gaston Morin, citado por Orlando Gomes, o qual indicava a necessidade de se perquirir a vontade legítima do causador do dano para então aplicá-lo a responsabilidade. Em suma, entende-se que “o indivíduo só é responsável se o prejuízo que ocasionou deriva de ato de vontade”¹⁷⁵.

Entretanto, como aponta Alvin Lima, a culpa torna-se evidente nos casos em que há expressa previsão legal do dever a ser cumprido pelo agente, já que - na verificação do ato contrário ao comando legal - estaria verificada a culpa. Entretanto, considerando a adoção da cláusula geral aberta da responsabilidade civil, a qual consta tanto do ordenamento jurídico francês quanto do brasileiro, surge o questionamento acerca da concepção de culpa a ser

¹⁷² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017, p. 209.

¹⁷³ VENTURI, Thaís. *A responsabilidade civil e a sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 24 *apud* ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 217.

¹⁷⁴ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 217.

¹⁷⁵ GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 11/2017, p. 349-358, abr-jun/2017.

utilizada para analisar e valorar a conduta do agente, a culpa *in concreto* ou a culpa *in abstracto*¹⁷⁶.

Na análise da culpa concreta, o julgador deve se ater ao estado de espírito do agente, verificando se ele possuía consciência do ato ilícito causador do dano e de sua reprovabilidade perante a sociedade. Em contrapartida, a vertente abstrata volta-se à análise da conformidade da conduta do agente com aquela abstratamente esperada pelo homem médio, ou seja, pelo indivíduo com diligência do *bonus pater familias*¹⁷⁷ ou do *reasonable man* dos sistemas de tradição da *common law*¹⁷⁸. Bruno Leonardo Câmara Carrá sustenta que, gradativamente, além da tentativa de abnegação à doutrina da tripartição da culpa, houve a substituição da análise concreta da culpa pela análise abstrata do elemento volitivo¹⁷⁹.

Nesse ponto, o direito alemão traz importantes contribuições ao debate, uma vez que transpõe o debate para a contraposição entre culpa subjetiva - a qual está vinculada ao causador do dano e sua vontade - e culpa objetiva - voltada ao juízo de conformidade com o homem diligente¹⁸⁰. Sobre isso, Guilherme Henrique Lima Reinig e Daniel Carnaúba pontuam que, desde o início do século XX, na Alemanha,

A medida do cuidado exigido não depende das habilidades individuais do lesante concreto, mas daquelas esperadas daqueles que pertencem ao "círculo social" (*Vehrkreis*) do agente. O rigor da jurisprudência alemã é tamanho que o Tribunal Federal Alemão (BGH) não afastou a responsabilidade de um motorista que atropelou um ciclista em razão de uma deficiência visual que até então lhe era desconhecida: a incapacidade pessoal para perceber sua própria deficiência não exculpa o autor do ilícito. A objetivação da culpa evita as grandes dificuldades que as cortes enfrentariam caso tivessem de investigar as habilidades e capacidades individuais do lesante. (...)

De qualquer forma, a adoção de uma concepção objetiva de culpa significa que a responsabilidade civil decorre da concretização, pela corte, de um dever objetivo de cuidado, cuja violação não exige consciência da ilicitude da conduta.¹⁸¹

Dessarte, tem-se que, para a análise da culpa, as doutrinas têm preferido o critério abstrato em detrimento do concreto, realizando comparação da conduta do agente com aquela esperada pelo homem médio. Além disso, a despeito da tentativa de afastamento da gradação

¹⁷⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 62-63.

¹⁷⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 63-65; DANTAS, San Tiago.

Programa de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 101.

¹⁷⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017, p. 210.

¹⁷⁹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017, p. 209.

¹⁸⁰ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e a responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7/2016, p. 63-94, abr-jun/2016.

¹⁸¹ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e a responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7/2016, p. 63-94, abr-jun/2016.

da culpa, verifica-se que esta permanece no ordenamento jurídico brasileiro como forma de mitigar eventual desproporcionalidade entre a extensão do dano e a gravidade do ato ilícito que a ensejou.

Ademais, além da culpa, o risco funciona como fator de atribuição da responsabilidade civil. Essa teoria surge como forma de revisar os princípios norteadores do direito da responsabilidade civil, visando afastar as “injustiças” observadas no campo material¹⁸². Sobre o ponto, Orlando Gomes afirma que “foram, efetivamente, as novas condições materiais de existência que se incumbiram de revelar a insuficiência do dogma tradicional em matéria de responsabilidade, exigindo a sua substituição”¹⁸³.

Além disso, o autor brasileiro ressalta que a realidade material que ensejou o surgimento da teoria do risco subsiste na sociedade atual, havendo, inclusive, incremento dos perigos outrora denotados pela doutrina. À guisa de ilustração, ele cita os danos decorrentes dos meios de transportes, os quais foram a primeira posituação da responsabilidade civil objetiva no ordenamento jurídico brasileiro (Decreto n. 2.681/1912).

Em outras palavras, houve um aumento na quantidade de riscos presentes na sociedade - fenômeno relatado por Ulrich Beck ao tratar da sociedade de risco - resultando na “socialização dos riscos”, não podendo incorrer em dano irressarcível em desfavor da vítima sob o argumento de ausência de prova da culpa do agente causador do dano. Dessa forma, diante da socialização dos riscos, a teoria do risco buscou socializar também os danos, abdicando da valoração moral da conduta para adentrar na seara da solidariedade social¹⁸⁴.

Nessa senda, Bruno Miragem aponta que a teoria do risco traz utilidade e justiça ao direito da responsabilidade civil, assim explicando:

Utilidade, na medida em que permite que se contemplem situações nas quais a prova do dano ou da conduta determinante imputada ao ofensor são de difícil realização, ou mesmo impossível de serem produzidas em certas situações. Justiça, em face do estabelecimento de uma nova distribuição dos ônus decorrentes dos riscos sociais da sociedade de massas, pela admissão da imputação objetiva de responsabilidade aqueles que imediatamente auferem benefícios econômicos da atividade produtora de riscos.¹⁸⁵

¹⁸² ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 219.

¹⁸³ GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 11/2017, p. 349-358, abr-jun/2017.

¹⁸⁴ ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017, p. 220-221.

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 146.

Sobre o risco, o doutrinador brasileiro entende pertinente o aprofundamento de algumas espécies de risco, quais sejam: risco proveito, risco criado, risco profissional, risco excepcional e risco integral. O primeiro - risco proveito - é mais intuitivo, já que decorre da longínqua ideia constante do brocardo *ubi emolumentum ibi onus* ou *ubi commoda ibi incommoda*, “onde há vantagem, há ônus”. Assim, aquele que desenvolve atividade com vistas à produção de benefícios próprios e, no decorrer dessa atividade, acaba por criar risco a terceiros, deve responder pelos danos que resultarem dos riscos de sua atividade¹⁸⁶. Essa é a espécie de risco tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

O segundo - risco criado - abrange aquelas atividades que, em sua funcionalidade normal, apresentam perigos à sociedade, ou seja, integram essa espécie os riscos que são inerentes da atividade e possuem ligação direta com sua natureza. O terceiro - risco profissional - “é aquele que se verifica pelo desempenho de certa atividade profissional e dá causa *per se* à potencialidade de dano à vítima”¹⁸⁷, *verbi gratia*, tem-se a responsabilidade do empregador pelos fatos dos empregados.

O quarto - risco excepcional - refere-se às atividades incomuns que apresentam grande grau de periculosidade à coletividade, impondo a responsabilização dos danos decorrentes desses riscos. Como exemplo dessa espécie, tem-se a atividade nuclear. E, por fim, o risco integral é aquele que abrange inclusive os atos ilícitos que não possuam nexo causal direto e imediato com o resultado danoso, como é o caso da responsabilidade civil por danos ambientais, inadmitindo a arguição das causas de interrupção da causalidade¹⁸⁸.

Assim, considerando as modificações na teoria da culpa, o surgimento da teoria do risco e os perigos que são tutelados pela responsabilidade civil objetiva decorrente dessa corrente, torna-se evidente a busca por proteção efetiva dos bens jurídicos. Nessa toada, Bruno Miragem aponta que, no âmbito da responsabilidade contratual, emerge o dever de segurança com a contraparte e com o objeto contratual na qualidade de dever lateral de conduta decorrente do princípio da boa-fé.

Diante do exposto, resta evidente que o direito brasileiro acerca da responsabilidade civil aderiu ao modelo dualista de imputação do dever de indenizar, abarcando tanto a culpa *lato sensu* (culpa *stricto sensu* e dolo) quanto a teoria do risco. Ambos os fatores de imputação positivados atualmente no Código Civil brasileiro estão fundados em

¹⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 149.

¹⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 150.

¹⁸⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 150-152.

interpretações doutrinárias que buscam a maior efetivação da reparação de danos, abstraindo-se de análises intimistas e casuísticas da responsabilização.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor não se circunscreve apenas aos limites das disposições constantes da Lei nacional n. 8.078/90 (Código de Defesa e Proteção do Consumidor) e encontra sua razão de ser no próprio texto constitucional, notadamente no sistema de proteção dos direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXII) e da ordem econômica e financeira (art. 170, V), senão veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

V - defesa do consumidor;

Além disso, Bruno Miragem ressalta questão importante acerca da redação constante dos dispositivos constitucionais supracitados, qual seja a criação de um microsistema jurídico especial com incidência limitada à relação de consumo, a qual é constituída pela dualidade fornecedor-consumidor, com vistas a tutelar especialmente os direitos de uma das partes, qual seja o consumidor¹⁸⁹.

Nessa senda, ao se debruçar sobre a garantia conferida aos consumidores, o autor brasileiro - utilizando-se da doutrina de Robert Alexy - aponta se tratar de “dever de proteção”, no qual o Estado deve buscar sua integridade perante eventuais interferências de terceiros e do próprio ente estatal. Em suma,

o direito do consumidor se constitui, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados e, em menor grau (com relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado (e.g., o artigo 22 do CDC).¹⁹⁰

Assim, depreende-se que o dever de defesa do consumidor imputado ao Estado pelo constituinte originário transborda a mera proibição de excesso (*Übermassverbot*), ou seja, a vedação do próprio ente público em interferir no exercício desse direito, mas também abrange

¹⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 15-16.

¹⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 19.

a proibição de omissão (*Untermassverbot*), determinando que o direito de proteção ao consumidor seja efetivado e garantido na contexto fático pela tutela estatal¹⁹¹.

De mais a mais, importante frisar que o tratamento desigual dos direitos titularizados pelos consumidores em detrimento dos fornecedores não pode ser considerado como forma de violação do princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e I, da CF/88¹⁹²), o qual norteava as relações privadas antes da Carta Magna de 1988, como já pontuado quando tratou-se da doutrina individualista sobre os fatores de atribuição.

Isso porque, como consabido, a igualdade tutelada pela ordem jurídica não se limita a tratar - independentemente das condições fáticas - todos como iguais, mas sim de conferir “*tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade*”¹⁹³. E, com o advento da sociedade de consumo e a evidente vulnerabilidade do consumidor, surgiu a necessidade de regulação do mercado, o qual não dispunha de instrumentos suficientes para garantir igualdade material, resultando na positivação dessa proteção no texto constitucional¹⁹⁴.

Feitas essas observações preliminares, passa-se à análise do âmbito de aplicação do regramento de defesa do consumidor, qual seja as relações de consumo, bem como os direitos básicos à proteção e à informação, para que, em seguida, aborde-se a responsabilidade civil por defeito do serviço, notadamente aqueles oferecidos pelas instituições financeiras e o defeito por segurança deficiente.

3.1 RELAÇÃO DE CONSUMO

Com o propósito de delimitar a esfera de aplicação das normas jurídicas, é importante ressaltar o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, qual seja a relação de consumo. Assim, Bruno Miragem ressalta que inexistente conceito legal acerca dessa categoria relacional, mas apenas tratamento sobre os seus elementos necessários - consumidor, fornecedor e objeto (produto ou serviço) -, não havendo que se falar em relação de consumo sem a presença concomitante desses¹⁹⁵.

¹⁹¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 20.

¹⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

¹⁹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 21; grifos no original. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 9.

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3.

¹⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 131.

Dessarte, tem-se que a aplicação do referido Código se dá em razão da pessoa, no sentido positivo, voltando-se - como dito anteriormente - à proteção da pessoa do consumidor, bem como em razão da matéria, na acepção negativa, excluindo-se as relações tuteladas por outras searas do direito, como é o caso do direito do trabalho¹⁹⁶, expressamente excluído conforme art. 3º, §2º, parte final, do CDC.

Assim, passa-se à delimitação dos agentes participantes da relação de consumo, quais sejam o consumidor (padrão e por equiparação) e o fornecedor.

3.1.1 Consumidor

O conceito de consumidor pode ser dividido em duas espécies: (i) o consumidor padrão ou *standard*, o qual encontra sua previsão legal no *caput* do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁷; e (ii) o consumidor por equiparação, podendo se referir (a) à coletividade, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do CDC¹⁹⁸; (b) aos casos de acidente de consumo, conforme previsto no art. 17 do CDC¹⁹⁹; e (c) à exposição de práticas comerciais, de acordo com o art. 29 do CDC²⁰⁰.

O consumidor padrão engloba tanto as pessoas físicas quanto jurídicas que adquirem ou utilizam o produto ou serviço ofertado pelo fornecedor, na qualidade de destinatário final. Entretanto, apesar da aparente simplicidade conceitual, a doutrina e a jurisprudência divergem acerca dos exatos limites do termo “destinatário final”, vez que há distinções notáveis quanto ao “destinatário final fático” e “destinatário final fático e econômico”²⁰¹.

Sobre o tema, Bruno Miragem indica a sua opinião, a qual se assemelha à doutrina francesa sobre o conceito de consumidor²⁰², senão veja-se:

¹⁹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 131.

¹⁹⁷ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹⁹⁸ Art. 2º (*Omissis*) Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁹⁹ Art. 17. Para os efeitos desta Seção [Seção II - Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço], equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

²⁰⁰ Art. 29. Para os fins deste Capítulo [Capítulo V - Das Práticas Comerciais] e do seguinte [Capítulo VI - Da Proteção Contratual], equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

²⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 132-133.

²⁰² Ao citar a doutrina de Claudia Lima Marques, Bruno Miragem assim relata que: “no que se refere aos sistemas francês e alemão, assim como no direito italiano, a tendência tem sido de indicar o conceito de consumidor ao não profissional. No direito francês, essa tendência só é afastada quando se trata de pequenos empresários ou profissionais liberais, que eventualmente se apresentem em situação de vulnerabilidade que justifique a aplicação na relação das normas de proteção previstas no *Code de la Consommation*. Por outro lado, no direito alemão, após a reforma do seu Código Civil (ano 2000), introduziu-se o § 13 com a definição de consumidor nos seguintes termos: ‘Consumidor e a pessoa física que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional’” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 134.)

Nosso entendimento é de que *consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico*, isto é, sem reempregá-lo no mercado de consumo com o objetivo de lucro. Admite-se, todavia, em caráter excepcional, que agentes econômicos de pequeno porte, quando comprovadamente vulneráveis, e sem o dever de conhecimento sobre as características de determinado produto ou serviço, ou sobre as consequências de determinada contratação, possam ser considerados consumidores para efeito de aplicação das normas do CDC.²⁰³

Nessa senda, é interessante abordar as correntes de pensamento acerca do termo, quais sejam (i) a teoria finalista, (ii) a teoria maximalista e (iii) a teoria finalista aprofundada. A primeira foi a pioneira na interpretação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, restringindo a configuração do consumidor apenas ao destinatário final fático e econômico. Dessarte, considerando a busca por restrição do âmbito de aplicação da norma, poderiam ser considerados consumidores apenas aqueles que adquirem ou utilizem o produto ou serviço, retirando-o da circulação do mercado (“destinatário final fático”), bem como exaurindo a função econômica do objeto do contrato (“destinatário final econômico”)²⁰⁴.

Essa corrente, adotada pelos ordenamentos jurídicos alemão e italiano, tem que o ato de consumo visa a satisfação do interesse próprio do consumidor ou de sua família²⁰⁵, excluindo-se a pessoa jurídica. Além disso, a finalidade da legislação especial deveria ser levada em consideração em todos os casos, excluindo-se da proteção consumerista daquelas relações sem disparidade entre as partes, *verbi gratia*, o não especialista que realiza negócio com outro não especialista, vez que não haveria parte vulnerável nessa relação, devendo ser aplicado o Código Civil²⁰⁶.

Em contrapartida, a teoria maximalista buscava potencializar a extensão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Essa corrente de interpretação extensiva do conceito de consumidor encontra sua motivação na ausência ou fragilidade das normas externas à legislação consumerista acerca do desequilíbrio contratual ou da proteção do contratante mais frágil. Além disso, Bruno Miragem ressalta que, antes da promulgação do Código Civil de 2002, a doutrina perfilhava esse entendimento pela rudimentaridade do Código Beviláqua no que toca à seara contratual. Dessarte, ter-se-ia como consumidor todo o destinatário final fático do objeto da relação de consumo, independentemente se ele utilizará do produto ou

²⁰³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 135; grifos no original.

²⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 143.

²⁰⁵ Sobre o ponto, os autores do Código de Defesa do Consumidor, citando Othon Sidou, apontam que “definem os léxicos como consumidor quem compra para gastar em uso próprio” (GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 25)

²⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 143-145.

serviço para a realização de atividades empresariais ou não, ou seja, desnecessária a cumulação de destinatário final fático e econômico²⁰⁷.

Ainda, tendo em vista que as teorias supra defendem certos extremismos e resultam na aplicação limitada da norma consumerista, surgiu a teoria finalista aprofundada, nomenclatura cunhada por Claudia Lima Marques, a qual defende que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às hipóteses de consumidor por equiparação é medida excepcional, sendo mister a verificação da vulnerabilidade da parte²⁰⁸. E, ainda, Bruno Miragem ressalta que o próprio conceito de vulnerabilidade foi readequado

A adoção da vulnerabilidade como critério básico para definição de consumidor, assim como a aplicação das normas de proteção previstas no microsistema do CDC, é acompanhada da revisão e ampliação do próprio significado e alcance do princípio da vulnerabilidade. Tradicionalmente - e como já se mencionou -, o significado de vulnerabilidade no CDC desenvolveu-se a partir de três grandes espécies: técnica, jurídica e fática. A vulnerabilidade técnica é a falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o objeto (produto ou serviço) da relação de consumo, da qual o consumidor é parte. Já a vulnerabilidade jurídica consiste na falta de conhecimento, pelo consumidor, acerca dos seus direitos e das repercussões da relação jurídica estabelecida. Por fim, a vulnerabilidade fática, espécie residual, abrange uma série de circunstâncias em que, por falta de condições econômicas, físicas ou psicológicas do consumidor, este se coloca em posição de debilidade relativamente ao fornecedor.

Entretanto, o próprio autor aponta que o Superior Tribunal de Justiça já apontou que a vulnerabilidade não se limita a tais previsões, podendo

(...) o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.²⁰⁹

Assim, no mesmo sentido da legislação francesa, a teoria finalista aprofundada adota um caminho intermediário entre as outras duas correntes doutrinárias, buscando ampliar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, não se restringindo aos casos em que se está diante de relação de consumo, mas incluindo também, nas hipóteses de equiparação, as quais serão abordadas em seguida, a tutela e proteção da parte vulnerável.

Esclarecidas as teorias acerca dos limites do consumidor, notadamente acerca do termo “destinatário final” constante do art. 2º, *caput*, do CDC, passa-se aos casos de consumidores por equiparação .

A primeira hipótese de consumidor por equiparação é a coletividade (art. 2º, parágrafo único, do CDC). Bruno Miragem aponta que essa equiparação legal tem por finalidade

²⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 146-149.

²⁰⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 149.

²⁰⁹ Recurso Especial n. 476.428/SC, relatora Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 19/4/2005, DJ de 9/5/2005.

possibilitar o manejo da tutela coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do art. 81, I a III, do CDC, podendo ser categorizada como espécie de equiparação instrumental²¹⁰. E, nesses casos, não há necessidade de atividade de consumo ativa por parte da coletividade, uma vez que

[a] relação jurídica básica que vincula os sujeitos da relação no caso da equiparação não é a existência de ato de consumo, mas a mera situação do consumidor como membro de uma coletividade cuja intervenção no mercado de consumo não precisa ser necessariamente ativa (realizando um ato de consumo), mas pode se configurar simplesmente pela subordinação aos efeitos da ação dos fornecedores no mercado. **Nesse sentido, como membro de uma coletividade de pessoas, sofrerá, da mesma forma que os demais membros, os efeitos dessa intervenção, razão pela qual poderá ter seus interesses reconhecidos e protegidos por intermédio das regras relativas à tutela coletiva de direitos prevista no CDC.** Daí por que se deve considerar como coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo não apenas os que tenham realizado atos de consumo (adquirido ou utilizado produto ou serviço), mas, sim, todos que estejam expostos às práticas dos fornecedores no mercado de consumo.²¹¹

Além disso, tem-se a equiparação em favor das vítimas de acidentes de consumo, ou seja, do fato do produto ou do serviço (arts. 12, 14 e 17 do CDC). Nesses casos, para que se perfectibilize a equiparação, além de dispensado o ato de consumo - aquisição ou utilização de produto e serviço -, deve-se ter presente o terceiro que seja vítima de acidente de consumo e, ainda, que a causa do referido dano seja atribuída ao fornecedor. Em outras palavras, para a configuração desta hipótese legal, é necessário comprovar que o dano sofrido por terceiro tenha decorrido de produto ou serviço disponibilizado pelo fornecedor. Assim, tem-se que a responsabilidade emerge da vinculação do produto com o respectivo fornecedor, independentemente da aquisição ou utilização pelo terceiro²¹².

Por fim, não se pode descurar da equiparação para fins das práticas comerciais e contratuais (art. 29 do CDC). A despeito da redação legal dar ensejo a interpretações no sentido de abranger toda a disciplina do direito dos contratos, tem-se que esse não é o escopo da norma em tela. Assim, a doutrina e jurisprudência, como já ressaltado anteriormente, esclarecem a redação legal às luzes da finalidade do Código de Defesa do Consumidor, qual seja a proteção dos vulneráveis. Dessa forma, haverá incidência das regras consumeristas aos contratos de consumo - por se situarem dentro da relação de consumo - e aos contratos díspares, em que uma das partes encontra-se subordinada a outra de forma a torná-la vulnerável²¹³.

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 136.

²¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 136; grifou-se.

²¹² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 137.

²¹³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 139.

3.1.2 Fornecedor

Outrossim, o conceito de fornecedor pode ser encontrado no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, senão veja-se:

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

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

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

Assim, depreende-se do teor da norma a ampla definição legal, abrangendo empresas nacionais e estrangeiras, bem como as empresas privadas e o próprio Estado. Em contrapartida, o conceito de fornecedor sofre restrições dos próprios parágrafos que o seguem, os quais indicam quais são os produtos e serviços capazes de ensejar o desenvolvimento da atividade qualificada para a incidência da legislação consumerista. À guisa de exemplo, Bruno Miragem aponta para o termo “mediante remuneração” constante do §2º do artigo supracitado, o qual indica a finalidade econômica da atividade desenvolvida pelo fornecedor.

Dessa forma, o professor brasileiro sustenta a existência de dois critérios de qualificação do fornecedor para que se enseje a qualificação da sua atividade como fornecimento de produtos e serviços nos termos da legislação consumerista. O primeiro deles diz respeito à habitualidade do fornecimento, o qual seria espécie de inversão dos conceitos, vez que o doutrinador sustenta que

[a] atividade do fornecedor é habitual porque ela é profissional, ou seja, em nosso entendimento, ainda que não esteja expresso em lei, ao indicar à atividade do fornecedor certa habitualidade, assim como a remuneração, o legislador remete ao critério de desenvolvimento profissional dessa atividade. Daí por que a profissionalidade configura um requisito do conceito de fornecedor.²¹⁴

E, esmiuçando o referido requisito, Bruno Miragem aponta que o caráter profissional tem relevância, já que essa ideia se filia diretamente com a de especialidade, ou seja, um conhecimento especial e abrangente sobre os produtos e serviços postos em circulação²¹⁵. Isso torna-se ainda mais evidente quando consideramos o conceito de fornecedor de forma conjunta ao de consumidor, pois, para que haja a vulnerabilidade desse, é imperativo o reconhecimento da disparidade, a qual é integralizada pela imponência da contraparte. Assim, ao passo que tem-se a dualidade fornecedor-consumidor, deve haver também a vulnerabilidade-profissionalidade.

²¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 156.

²¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 156.

Além disso, a natureza econômica da atividade deve estar presente para atrair a aplicação da norma consumerista, ainda que o fornecedor não aufera lucro (como é o caso das entidades não lucrativas que impõem o pagamento de contraprestação para a realização de serviço ou de alienação de produto)²¹⁶. Isso porque, como apontado no subcapítulo acerca dos fatores de imputação, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor buscou tutelar o risco proveito, em que atribui-se a responsabilidade civil à parte que obtém vantagem econômica da relação jurídica.

Por fim, o fornecedor tem de ser agente econômico inserido no mercado de consumo, o qual pode ser definido como

(...) espaço ideal e não institucional, onde se desenvolvem as atividades de troca de produtos e serviços avaliáveis economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados e visando, por um lado, à obtenção de vantagens econômicas (por parte dos fornecedores) e, por outro, à satisfação de necessidades pela aquisição ou utilização desses produtos e serviços (por parte dos consumidores). Trata-se de um espaço não institucional em face de seu caráter não formal e independente de estrutura predeterminada (o ser). Nesse sentido, cabe ao direito (o dever-ser) ordenar e regular o mercado de consumo, fixando objetivos, limites ou proibições. Todavia, o caráter dinâmico e autossuficiente do mercado - produto de necessidades espontâneas do ser humano - impede que, pelo direito, seja ele criado ou suprimido, senão apenas regulado.²¹⁷

Assim sendo, fornecedor é aquele que desenvolve atividade habitual e, portanto, profissional - atraindo a presunção de conhecimento mais aprofundado sobre o produto ou serviço oferecido - e de caráter econômico - ou seja, mediante remuneração, ainda que não lucrativa - no contexto do mercado de consumo.

3.2 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Como apontado anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana consumidora²¹⁸ e, além da extensa sistematização de direitos privados, processuais, administrativos e penais, a legislação em questão inicia estabelecendo rol importante de direitos básicos, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

²¹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 156-157.

²¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 158.

²¹⁸ Termo utilizado por Bruno Miragem em "*Curso de direito do consumidor*" (9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 191)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

Esses direitos básicos do consumidor são indisponíveis, irrenunciáveis e intransmissíveis, uma vez que integram a ordem pública de defesa do consumidor²¹⁹, nos termos das determinações exaradas pelo constituinte originário (art. 5º, XXXII, art. 170, V, ambos da CF/88 e art. 48 do ADCT). Dessa forma, considerando a extrema importância que tais direitos representam na interpretação e aplicação do restante do Código de Defesa do Consumidor e atendo-se aos limites do presente trabalho, notadamente a desnecessidade de exaurir o tema, ater-se-à ao direito de proteção ou cuidado (art. 6º, I, do CDC) e ao direito à informação (art. 6º, III e parágrafo único, do CDC).

3.2.1 Direito de proteção ou cuidado

O direito de proteção ou cuidado, quando analisado de forma ampla, tem por fundamento principal o direito à vida, nos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Não é por acaso que, expressamente, no art. 6º, I, do CDC, conste a proteção à vida e à saúde. Entretanto, a presente análise tem por finalidade o aprofundamento do dever de segurança contra os riscos do mercado de consumo.

Nessa senda, além da expressa previsão do Código de Defesa do Consumidor, Fernando Noronha aponta para a existência de deveres fiduciários, anexos ou laterais, ou seja,

²¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 189.

deveres genéricos impostos pelo ordenamento jurídico à relação obrigacional para que, desde o momento pré-contratual, perpassando pela execução das obrigações até o instante pós-contratual, as partes atuem em conformidade com a boa-fé objetiva e com “os padrões socialmente recomendados de correção, lisura e lealdade”²²⁰.

E, ao tratar das espécies de deveres anexos, o doutrinador divide-os em quatro categorias, quais sejam: de cuidado, de informação, de assistência e de lealdade. Quanto ao dever de cuidado, de proteção ou de segurança, Fernando Noronha aponta que “cada parte numa relação obrigação deve cuidar para que a outra não sofra lesões, nem sua pessoa nem no seu patrimônio”²²¹. Esse entendimento coaduna-se integralmente com a previsão legal em apreço (art. 6º, I, do CDC).

Ainda, ao exemplificar, o autor aponta para o teor do art. 8º do Código de Defesa do Consumidor, o qual assim disciplina:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

§ 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

§ 2º **O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços**, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.

Ainda, mesmo no âmbito de aplicação do Código Civil de 2002, Bruno Miragem aponta que tal dever anexo tem caráter positivo, impondo aos fornecedores de produtos e serviços não apenas uma conduta de não lesar a contraparte ou o objeto contratual, mas também no sentido de promover a proteção efetiva dos bens jurídicos em questão²²², positivando verdadeiro vértice de realização do princípio *neminem laedere* que norteia o direito da responsabilidade civil.

E, quanto à legislação consumerista, o autor sustenta a ampla abrangência intentada pelo legislador acerca do dever de proteção, anotando que

Por direito básico à segurança do consumidor podemos entender como o que propicia a proteção do consumidor contra riscos decorrentes do oferecimento do produto ou do serviço, desde o momento de sua introdução no mercado de consumo, abrangendo o efetivo consumo, até a fase de descarte de sobras, embalagens e demais resíduos dele. A proteção legal inclui, no caso, tanto riscos pessoais quanto riscos patrimoniais, considerando-se o direito à segurança como espécie de direito

²²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100-101.

²²¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104.

²²² MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 153.

geral de não sofrer danos, ao qual corresponde o dever geral de proteção à vida, à pessoa e ao patrimônio do consumidor. Nesse sentido, a evolução do próprio direito das obrigações vem dando causa a que o dever de segurança das partes não se considere a partir do contrato, ou da clássica distinção entre obrigação de meios e de resultado, mas, sim, em vista de sua finalidade de evitar danos ao outro contratante.²²³

Assim sendo, tanto no âmbito de aplicação do Código Civil quanto do Código de Defesa do Consumidor, há o binômio direito-dever de proteção de contraparte, buscando efetivar a segurança necessária para concretizar o princípio da boa-fé e, por conseguinte, evitar e minorar a ocorrência de danos tanto à pessoa humana quanto ao seu patrimônio jurídico, abrangendo os interesses tutelados pelo ordenamento, conforme exposto no subcapítulo acerca do dano.

3.2.2 Direito à informação

De mais a mais, assim como o direito de proteção, o direito à informação decorre do princípio da boa-fé objetiva, impondo que os indivíduos atuem dentro dos padrões aceitáveis e esperados pela sociedade, fator que imprime maior elasticidade à relação direito-dever, uma vez que não define, *a priori*, quais informações deverão ser repassadas à contraparte, mas deixa evidente que o déficit informacional do consumidor deve ser combatido nas relações de consumo frente ao contexto em que estiverem inseridas²²⁴.

Além disso, tem-se que a informação deve ser clara, veraz e adequada (art. 6º, I, do CDC) de modo a possibilitar que o consumidor absorva o seu conteúdo, não configurando adimplemento do dever em tela a mera utilização de termos incompreensíveis ao destinatário²²⁵, tanto é que o parágrafo único do art. 6º do CDC dispõe, especificamente, de fornecimento de informações acessíveis às pessoas com deficiência, reforçando que a obrigação imposta ao fornecedor ultrapassa o mero dever de meio, sendo imperativa a obtenção do resultado.

Sobre o dever de informação, no contexto consumerista, Bruno Miragem, além de ressaltar que a proteção transborda as fronteiras da relação contratual²²⁶, como é o caso da publicidade e propaganda (art. 31 do CDC²²⁷), aponta que

²²³ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 192.

²²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 195.

²²⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 195.

²²⁶ O autor aponta que a doutrina estrangeira costuma dividir o dever de informação em dois momentos, quais sejam: o pré-contratual e o contratual. Entretanto, considerando a redação do dispositivo em comento, tem-se que o legislador brasileiro foi além, podendo ser verificada “em qualquer fase da relação entre consumidor e fornecedor, havendo ou não contrato, e, mesmo, na fase pós-contratual” (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 196.)

²²⁷ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição,

[a] desigualdade entre consumidores e fornecedores, que é uma desigualdade de meios, uma desigualdade econômica, também é, no mercado de consumo hipercomplexo de hoje, uma desigualdade informacional. Daí a necessidade de equilíbrio da relação pretendida pela legislação protetiva do consumidor e, sobretudo, pelo CDC, de alcançar o que a doutrina alemã vem denominando atualmente de equidade informacional (*Informationsgerechtigkeit*).²²⁸

E dentro da seara da desigualdade informacional frente ao princípio da boa-fé objetiva, Eduardo Tomasevicius Filho apresenta o conceito de informação assimétrica - ao lado dos custos de transação - como uma das razões de ser do referido princípio²²⁹. Isso porque, como bem delineado pelo autor,

(...) a informação assimétrica afeta o desempenho econômico, por que dá margem ao oportunismo, devido a possibilidade de uma das partes obter vantagens da ignorância da outra parte. Também atrapalha o funcionamento do mercado, porque há a tendência de os produtos ruins expulsarem os bons do mercado, já que os vendedores destes últimos costumam a não aceitar vendê-los por um valor menor do que realmente tem.²³⁰

Dessarte, como anotado por Bruno Miragem, o direito à informação tem por finalidade a promoção do equilíbrio nas relações de consumo entre consumidores e fornecedores, assegurando a busca pela equidade informacional entre as partes²³¹.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

O direito da responsabilidade, ao lado dos contratos, figura como um dos pilares centrais das modificações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, como explica Bruno Miragem, ao citar a doutrina de José Reinaldo de Lima Lopes,

o causador do dano não é mais um indivíduo, mas uma organização, uma empresa. A vítima, da mesma forma, não é um consumidor individualizado, mas uma massa ou grupo de consumidores, um "conjunto indefinido de pessoas que estão no mercado". Por fim, o requisito clássico da responsabilidade civil, a "ação ou omissão voluntária", passa a se caracterizar como um "processo anônimo, despersonalizado, burocratizado de produção em série de bens da mais variada natureza".²³²

Além disso, como já anotado anteriormente, o ordenamento jurídico deve se voltar à gestão de riscos concretos, uma vez que a chamada “sociedade de risco” é a atual realidade.

preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

²²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 195.

²²⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 36.

²³⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 41.

²³¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 197.

²³² MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 615. No mesmo sentido: BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 200-201.

Os progressos feitos pela humanidade podem - e muitos deles já demonstraram - ser nocivos ou perigosos à sociedade. E, nesse cenário, a responsabilidade civil no âmbito da proteção do consumidor busca garantir o direito à segurança, como supracitado, bem como efetivar a reparação de danos causados aos consumidores.

Nessa senda, considerando que o Código Civil categoriza a responsabilização entre contratual e extracontratual, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor modifica esse entendimento, preferindo a adoção da teoria da qualidade²³³ e, portanto, realizando a divisão entre fato do produto ou serviço - o qual pode ser compreendido como defeito do objeto que resulta na ocorrência de dano ao consumidor, havendo violação do dever de segurança - e vício do produto ou serviço - casos em que há inadequação dos produtos comercializados, violando o dever de adequação.

Assim, tendo em vista que o presente trabalho busca verificar a existência e extensão da responsabilidade civil das instituições bancárias pelos danos decorrentes de fraudes praticadas por terceiros, tem-se por necessário o aprofundamento das previsões acerca da responsabilidade por fato do produto ou do serviço, nos termos dos arts. 12 a 14 do CDC.

3.3.1 Defeito ou fato do serviço

A responsabilidade pelo fato do serviço ou pelo fato do produto são espécies de responsabilidade por acidentes de consumo. Bruno Miragem destaca que o início da atribuição dessa espécie de responsabilidade ocorreu nos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxã, como os Estados Unidos da América - no notável caso *McPherson vs. Buick Motor Co.* (1916) acerca da extensão da responsabilidade da fábrica de veículos atinente aos danos decorrentes destes produtos perigosos - e a Inglaterra - com a decisão da Câmara dos Lordes sobre a imputação de responsabilidade do fabricante de cerveja, na qual havia restos de animal em decomposição²³⁴.

Posteriormente, em 1985, a Comunidade Europeia emanou a Diretiva 85/374/CEE²³⁵, em que há a previsão de alguns dispositivos voltados à responsabilidade do fornecedor - “produtor” - pelos danos causados por defeito do seu produto (art. 1º da Diretiva

²³³ BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 201.

²³⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 622.

²³⁵ Como anotado por Bruno Miragem, no contexto da União Europeia, as diretivas têm por finalidade o estabelecimento de normas jurídicas que deverão ser internalizadas pelos Estados-Membros (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 624.). Além disso, importante destacar que, recentemente, a referida Diretiva restou revogada pela Diretiva UE 2024/2853, a qual dispõe acerca da responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos.

85/374/CEE). A referida norma serviu de inspiração para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor brasileiro²³⁶.

Em suma, buscando definir a espécie de responsabilidade civil em comento, Bruno Miragem assim delimita:

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua **responsabilização pelos danos causados em razão de defeito** na concepção, produção, comercialização ou fornecimento de produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo.²³⁷

E, no que tange aos pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor não afasta integralmente aqueles abordados anteriormente, mas apenas o elemento volitivo (*culpa lato sensu*)²³⁸. Assim, para ensejar o nascimento do dever de indenizar decorrente de fato do produto ou serviço, resta necessária a comprovação do ato do fornecedor, do dano impingido contra o consumidor, do nexo causal entre ambas, bem como do defeito apresentado pelo produto ou serviço.

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil, qual seja o ato ilícito ou antijurídico²³⁹ pode ser verificado, nos casos de fato do produto ou serviço, pela mera colocação do produto no mercado ou da prestação do serviço. Nesses casos, como já anotado anteriormente, ao citar os ensinamentos do professor Rafael Peteffi da Silva, a ilicitude do ato do fornecedor emerge da própria previsão legal, a qual “cobre com o manto da antijuridicidade os fatos causadores de danos que estiverem dentro da área de atuação de determinado agente”²⁴⁰.

Esse requisito não poderia ser excluído da análise dessa espécie de imputação de danos pela razão que, no art. 12, §3º, I, do CDC²⁴¹, houve a previsão de exclusão da

²³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 624-625; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203-239, 2021.

²³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 625; grifou-se.

²³⁸ Importante anotar a distinção da responsabilidade civil por fato do serviço de profissionais liberais, a qual se sujeita à verificação de culpa ou dolo, nos termos do art. 14, §4º, do CDC (“A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”).

²³⁹ Como ressaltado no subcapítulo sobre ato ilícito, tem-se que nos casos de responsabilidade civil objetiva, os termos “ato ilícito” e “ato antijurídico” podem ser considerados sinônimos.

²⁴⁰ PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019, p. 198-199.

²⁴¹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

responsabilidade civil do fornecedor que comprovar que “não colocou o produto no mercado”. Ou seja, a introdução do produto no mercado de consumo ou a prestação do serviço defeituoso são elementos necessários para emergir a responsabilização do fornecedor pelos danos decorrentes.

Além disso, o pressuposto do defeito presente no produto ou serviço comercializado pelo fornecedor é distintivo do regramento previsto pelo Código Civil, tornando-se central²⁴². Nesse ponto, verifica-se que a norma brasileira fundou-se fortemente na Diretiva da Comunidade Europeia supracitada, vez que introduziu - quase literalmente - as previsões acerca da necessidade do defeito do produto, bem como o conceito desse elemento.

Bruno Miragem aborda a falha no dever de segurança como espinha dorsal desse requisito, apontando que “essa falha do dever de segurança, ou seja, de oferecer a segurança legitimamente esperada de produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, considera-se defeito”²⁴³. O autor ainda ressalta que não há objeto comercial isento de riscos ao consumidor e, por tal motivo, a responsabilização do fornecedor se limita aos casos em que tal perigo se mostre anormal ou inesperado pelo consumidor²⁴⁴.

À guisa de reafirmação, Daniel Amaral Carnaúba analisa a questão do defeito do produto ou do serviço por violação do dever de segurança, notadamente quanto aos riscos do desenvolvimento, e afirma que

Ao tratar do conceito de defeito do produto, o § 1º do art. 12 do Código do Consumidor adota o critério das legítimas expectativas de segurança: “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (...)”. Assim, o defeito há de ser averiguado a partir da comparação entre dois parâmetros objetivos: de um lado, o grau de segurança que legitimamente se esperava daquele produto; de outro, o grau de segurança que, de fato, ele apresentou. Haverá defeito toda vez que este parâmetro fatural for inferior àquele parâmetro esperado. Ora, todo produto que apresenta uma periculosidade não revelada ao consumidor viola as expectativas de segurança legitimamente depositadas sobre ele, ainda que esse perigo não pudesse ser conhecido no momento da colocação do produto no mercado. O desvio de segurança, de fato, existe, e o risco do desenvolvimento em

I - que não colocou o produto no mercado; [...]

²⁴² BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 210.

²⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 635. No mesmo sentido: BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 212.

²⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 636. No mesmo sentido: CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021; BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 216.

nada altera essa conclusão. Ele apenas explica por que essa falha de segurança só foi revelada tardiamente.²⁴⁵

Nessa toada, é importante relembrar a grande discussão doutrinária e jurisprudencial que tomou palco no princípio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, qual seja o tabaco. Isso pois, no início da década de 1990, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, houve o ajuizamento de diversas demandas indenizatórias acerca dos danos decorrentes do uso prolongado e contínuo do cigarro. Os fumantes alegavam que havia fato do produto e, portanto, seria imperativa a responsabilização dos fornecedores.

Entretanto, como se denota dos formidáveis artigos e pareceres coordenados pela professora Teresa Ancona Lopez no livro “Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco”, tem-se que o produto comercializado, apesar de extremamente nocivo e perigoso, não apresentava qualquer defeito, uma vez que o risco decorrente de sua utilização não era anormal, caracterizando-se como “risco inerente do produto”. Por conseguinte, ausente o pressuposto central da responsabilidade pelo fato do produto, qual seja o defeito, não houve a imputação do dever de indenizar em favor dos consumidores.

Essa pontuação enseja adentrarmos nas espécies de defeitos, as quais são usualmente divididas em (i) defeito de fabricação, (ii) defeitos de concepção e (iii) defeitos de informação. O primeiro diz respeito aos erros ocorridos na prestação dos serviços ou na produção dos produtos, podendo ser depreendido pela comparação do objeto defeituoso com os demais da mesma espécie/série.

Em sentido semelhante, o segundo - defeito de concepção - aponta para as falhas ocorridas no momento da concepção ou elaboração do produto, ou seja, na escolha de seu design e de seus materiais. O art. 12 do CDC faz referência expressa aos defeitos decorrentes de projeto ou fórmula. Ainda, a verificação desse elemento “deverá realizar-se em face de *standards* determinados em vista do objetivo essencial de evitarem-se riscos à saúde e à segurança dos consumidores”²⁴⁶.

E, por fim, os defeitos de informação são “aqueles decorrentes da apresentação ou informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos”²⁴⁷. Assim, o produto ou serviço não ostenta defeito em si, mas a comercialização deles sem a instrução necessária ao consumidor para que este tenha ciência dos perigos inerentes, bem como da forma de

²⁴⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021.

²⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 637.

²⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 642.

utilização do produto ou serviço, torna-o defeituoso. Em outras palavras, trata-se de defeito extrínseco ou de natureza externa²⁴⁸.

Além desses pressupostos - ato antijurídico e defeito do produto ou serviço - tem-se que a responsabilidade civil disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor acolhe os outros dois elementos clássicos da responsabilização, quais sejam o nexa causal entre o ato e o dano, bem como o próprio dano²⁴⁹. Considerando que ambos já foram trabalhados no capítulo anterior, dispensa-se novo aprofundamento.

Assim sendo, perpassados os requisitos para a configuração da responsabilidade civil do fornecedor por fato do produto ou serviço, nos termos dos arts. 12 e 14 do CDC, torna-se essencial a verificação da adequação das excludentes do nexa causal do fato de terceiro e do fato da vítima sob a incidência da legislação consumerista, notadamente com a aplicação do princípio da reparação integral e efetiva dos danos (art. 6º, VI, do CDC).

3.3.1.1 Do fato de terceiro ou da vítima e o princípio da reparação efetiva

O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar das causas de afastamento da responsabilização por danos decorrentes de acidentes de consumo, apresentou algumas hipóteses, quais sejam: (i) a não colocação do produto no mercado (art. 12, §3º, I, do CDC), a qual mencionou-se anteriormente, (ii) a inexistência de defeito (art. 12, §3º, II e art. 14, §3º, I, ambos do CDC) e (iii) a “culpa” exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, §3º, III e art. 14, §3º, II, ambos do CDC). Assim, considerando que os dois primeiros tratam de exprimir a noção de que, sem todos os pressupostos necessários, não há responsabilidade civil, é importante analisar a terceira hipótese.

O fato exclusivo da vítima ou de terceiro restaram abordados quando da apresentação das circunstâncias de interrupção do nexa causal, ressaltando-se que, na eventualidade do fato da vítima ou do terceiro ser concorrente ao ato ilícito do agente, não haverá o afastamento do dever de indenizar, mas mera adequação do *quantum debeatur*. Isso porque, conforme análise feita por Bruno Leonardo Câmara Carrá, o ordenamento jurídico brasileiro adota a gradação da culpa, notadamente para efetivar a proporcionalidade entre a culpa do agente e a extensão do dano causado²⁵⁰, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, *ex vi*:

²⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 643.

²⁴⁹ BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 206-210.

²⁵⁰ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Entretanto, como ressaltado por Bruno Miragem, um dos direitos básicos do consumidor é a efetiva reparação dos danos sofridos no mercado de consumo²⁵¹. E, por tal motivo,

(...) o sistema de reparação previsto no CDC se afasta, nesse ponto, do sistema adotado pelo direito civil. No direito civil comum, o artigo 944, parágrafo único, do CC reconhece a possibilidade de redução equitativa da indenização em vista do grau de culpa do ofensor (...). O regime da responsabilidade civil no CDC, todavia, ao admitir como regra geral a responsabilidade de natureza objetiva (com exceção dos profissionais liberais), afasta, a princípio, a possibilidade de uma avaliação da culpa para efeito de determinação da indenização (culpa como fator de imputação) e, do mesmo modo - considerando o direito à efetiva reparação -, é afastada também como critério de redução da indenização. Ao contrário, em vista das diretrizes constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana e da ampla reparabilidade do dano (artigo 5º, V, da Constituição da República), é possível vislumbrar uma concentração do regime da responsabilidade civil, desde essa perspectiva consagradora de direitos fundamentais, na proteção do interesse da vítima. Nesse sentido, considerando as espécies de danos e a realidade de fato em que são causados no direito do consumidor (no âmbito do mercado de consumo), não é conveniente, nem mesmo possível, sob o aspecto prático, uma avaliação sobre o grau de culpa do causador do dano.²⁵²

Nesse mesmo sentido, Bruno de Ávila Borgarelli²⁵³ aponta que - a despeito da tentativa jurisprudencial de aplicar o referido dispositivo do Código Civil às relações consumeristas - tal movimento não se mostra adequado, já que o legislador brasileiro construiu o direito do consumidor de forma apartada - ainda que não independente - do direito civil. Dessa forma, com fundamento no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, o autor sustenta que o art. 944, parágrafo único, do Código Civil não encontraria aplicação na seara das relações de consumo.

Dessa forma, tem-se que - ao passo que a legislação consumerista afasta a necessidade do elemento volitivo da responsabilidade civil, culpa *lato sensu* - há a rejeição da própria graduação da culpa do agente. Isso, além da fundamentação doutrinária colacionada na citação supra, pode ser verificada na comparação entre dois casos hipotéticos distintos: o primeiro, em que o fornecedor agiu com *culpa levissima* e, portanto, caso aplicável o art. 944, parágrafo único, do CC, poderia haver a redução equitativa da indenização; e o segundo, em que o fornecedor não agiu com culpabilidade (culpa *lato sensu*), respondendo objetivamente pelos danos causados, haveria fundamento para redução do *quantum debeatur*? Qual seria a

²⁵¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 209-213.

²⁵² MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 210.

²⁵³ BORGARELLI, Bruno de Ávila. *Responsabilidade civil e graus de culpa: a redução equitativa de indenização*. São Paulo: YK Editora, 2023, p. 220-224.

motivação de fornecer resposta jurídica mais favorável ao agente que agiu de forma mais repreensível que outrem?

Entretanto, apesar da inaplicabilidade do art. 944, parágrafo único, do Código Civil às relações de consumo, Bruno de Ávila Borgarelli²⁵⁴ ensina que há a possibilidade de redução ou readequação do *quantum* indenizatório nas hipóteses de culpa concorrente do consumidor, visando adequar a responsabilidade civil dos agentes. No Código Civil de 2002, o art. 945²⁵⁵ disciplina esse fenômeno, podendo ser aplicado às relações de consumo - através de interpretação sistemática do direito - e, por consequência, afastando a interpretação equivocada de que a responsabilidade civil do fornecedor só poderia ser mitigada nos casos de culpa exclusiva do consumidor.

Portanto, considerando a redação legal dos art. 12, §3º, III e art. 14, §3º, II, ambos do CDC, notadamente da interpretação conferida pela doutrina acerca da harmonização dessas previsões com o direito básico do consumidor de ser efetivamente reparado pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes dos acidentes de consumo, tem-se que o fato da vítima ou o fato de terceiro devem ser causa exclusiva para ensejarem a exclusão do nexo causal e, na hipótese de figurarem como causa concorrente junto ao fato do fornecedor, minoram equitativamente o montante a ser indenizado, em aplicação sistemática do art. 945 do Código Civil de 2002.

3.3.2 Código de Defesa do Consumidor e o art. 931 do Código Civil

Ademais, curioso ressaltar que - dentro do próprio Código Civil²⁵⁶ - há previsão de responsabilidade civil objetiva em decorrência dos danos causados por produtos postos em circulação. Ora, qual seria a utilidade de replicar previsão constante do Código de Defesa do Consumidor para o regime da legislação civil? Haveria respeito ao princípio da operacionalidade que norteou a elaboração do Código Civil de 2002?

Primeiramente, Daniel Deggau Bastos, em sua tese de doutorado²⁵⁷, e Daniel Amaral Carnaúba²⁵⁸ ressaltam que tal disposição, no início da tramitação do anteprojeto e do próprio

²⁵⁴ BORGARELLI, Bruno de Ávila. Responsabilidade civil e graus de culpa: a redução equitativa de indenização. São Paulo: YK Editora, 2023, p. 220-224.

²⁵⁵ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

²⁵⁶ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

²⁵⁷ BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 190.

²⁵⁸ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203-239, 2021.

projeto de lei, tinha por fundamento a responsabilização do farmacêutico e da indústria farmacêutica. Entretanto, no decorrer de sua tramitação, houve a alteração dos destinatários da norma jurídica - passando a ser “os empresários individuais e as empresas” -, bem como afastando - através de “emenda de redação”, a qual sequer respeitou o devido processo legislativo - o elemento volitivo da responsabilização.

Daniel Deggau Bastos apresenta as principais correntes doutrinárias acerca da interpretação e compatibilização da norma civil em face da legislação consumerista. A primeira corrente sustenta que

(...) o dispositivo em questão teria sua aplicação restrita aos poucos casos em que a atividade empresarial não configurar relação de consumo, valendo citar a lição de Ruy Rosado, para quem o artigo 931 não se aplica às relações de consumo “porque a própria disposição legal esclarece que ela será usada se não houver disposição específica de outra norma. Como temos uma legislação específica para o consumo, ela em princípio não se estende à relação de consumo”²⁵⁹

Entretanto, há corrente em sentido diverso, representada pelo professor Daniel Amaral Carnaúba, a qual entende que o regime de responsabilidade por fato do produto abrange mais do que apenas os consumidores, nos termos da equiparação constante do art. 17 do CDC. Assim, considerando a amplitude da norma consumerista, ter-se-ia a inocuidade do art. 931 do Código Civil, vez que não haveria âmbito para sua aplicação concreta. O autor anota que, ainda, essa posição é abonada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do amplo e abrangente conceito de consumidor por equiparação para fins de responsabilização por fato do produto²⁶⁰.

Daniel Amaral Carnaúba ressalta, ainda, algumas falhas na redação do dispositivo constante do Código Civil de 2002, dentre elas encontra-se a desnecessidade de verificação do defeito do produto posto em circulação²⁶¹, o qual - como visto neste capítulo - é pressuposto central da responsabilização do fornecedor pelos danos decorrentes dos defeitos de seus produtos ou serviços. Em suma, haveria dever de indenizar ainda que o dano decorresse de risco inerente ao produto, como é o caso do tabaco.

E, além da ausência de tratamento diferenciado acerca do comerciante - ao qual o Código de Defesa do Consumidor atribui responsabilidade subsidiária -, tem-se que o Código

²⁵⁹ BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 191.

²⁶⁰ BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 193.

²⁶¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021.

Civil não disciplinou as causas de exclusão da responsabilidade civil do empresário acerca dos danos decorrentes. Assim, o acolhimento da doutrina que entende pela aplicação subsidiária do art. 931 do CC incorreria no reconhecimento de que o legislador impôs maiores entraves na verificação de responsabilidade do fornecedor sob a égide da legislação consumerista, o que não se coaduna com a própria finalidade dessa normativa²⁶².

Além dessas correntes de pensamento, Daniel Amaral Carnaúba apresenta doutrina que entende que a disposição constante da codificação civil deve ser interpretada de forma dialogada com a norma consumerista, importando seus requisitos - notadamente o defeito do produto - e as excludentes previstas no CDC. Contudo, tal ocorrência resultaria na mera aplicação da norma consumerista, restando redundante a previsão civil²⁶³.

Ademais, faz-se mister apontar o entendimento de Tula Wesendonck, citada pelos dois professores referidos anteriormente, a qual entende que o art. 931 do CC pode ser interpretado de forma apartada da Lei n. 8.078/90 e, portanto, instituiu uma nova espécie de responsabilidade civil pelo fato do produto ainda que não apresentado defeito²⁶⁴. Contudo, a doutrinadora faz exceção dos produtos com risco inerente, sem qualquer respaldo legal, ante a evidente problemática de eventual autorização de imputação do dever de indenizar por tais danos²⁶⁵. E, sobre o ponto, Daniel Amaral Carnaúba ressalta que

Há apenas dois tipos de riscos que os produtos podem oferecer aos seus usuários: os riscos naturais e esperados daquela espécie de produto (os riscos inerentes) e os riscos não esperados, decorrentes de falhas de segurança (os riscos adquiridos, isto é, defeitos). Por consequência, quando a autora afirma que o empresário não responde pelos riscos inerentes ao produto, ela nada mais faz do que declarar, por meio de uma formulação negativa, que ele só responderá pelos riscos decorrentes de defeitos. No fundo, portanto, sua interpretação não destoa do entendimento majoritário de que a responsabilidade do art. 931 exige a constatação de um defeito do produto.²⁶⁶

Dessarte, as doutrinas que tratam de conferir eficácia ao art. 931 do Código Civil de 2002 não merecem guarida e não influem na análise do presente trabalho, vez que resultam ou na ausência de âmbito de incidência, ou na necessidade de importação de elementos previstos

²⁶² Daniel Amaral Carnaúba sustenta se tratar de “incoerência sistêmica”. (CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021.)

²⁶³ Daniel Amaral Carnaúba sustenta se tratar de “incoerência sistêmica”. (CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021.)

²⁶⁴ BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020, p. 194-196.

²⁶⁵ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021.

²⁶⁶ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021.

no Código de Defesa do Consumidor, resultando em mera repetição de disciplina jurídica já positivada em outro diploma, ou, ainda, no alargamento desarrazoado da imputação da responsabilidade civil por fato do produto ao comerciante, o qual - muitas vezes - mostra-se ingerente nos meios de produção dos bens que se propõe a revender.

4 FRAUDES BANCÁRIAS

Por fim, de forma muito breve, é importante analisar o conceito de fraudes bancárias, bem como alguns exemplos do seu acontecimento na sociedade brasileira atual. Ainda, ao exame de alguns julgados representativos da jurisprudência brasileira, notadamente quanto à exclusão da responsabilidade civil da instituição bancária por fato da vítima e fato de terceiro, não podendo deixar de trazer precedentes favoráveis ao consumidor vítima das fraudes orquestradas no âmbito das relações bancárias.

O presente trabalho volta-se às fraudes bancárias que atingem - em sua grande maioria de casos - a parte mais frágil e difícil de ser segurada, qual seja a convicção do próprio consumidor. Dessa forma, tem-se que o conceito de fraudes ou golpes bancários, nestes casos, se assemelha muito à definição de engenharia social, nos seguintes termos:

O conceito de Engenharia Social, aplicado à tecnologia da informação, está relacionado ao uso de técnicas de manipulação psicológica de pessoas, com a finalidade de obter informações privadas, permissões de acesso ou benefícios financeiros.²⁶⁷

Dessa forma, os estelionatários buscam e - muitas vezes - conseguem extrair dados sigilosos dos correntistas. Apesar da clareza atual sobre o esquema fraudulento, a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) lista alguns dos golpes mais comuns, dentre os quais encontra-se o golpe da falsa central de atendimento, em que o

(...) fraudador entra em contato com a vítima se passando por um falso funcionário do banco ou empresa com a qual ela tem um relacionamento ativo. Informa que sua conta foi invadida, clonada ou outro problema e, a partir daí, solicita os dados pessoais e financeiros da vítima.²⁶⁸

Além desse, podemos notar o golpe do falso motoboy, no qual

²⁶⁷ MONTEIRO, André de Oliveira. A responsabilidade civil das instituições financeiras em casos de golpes contra correntistas. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022, p. 14.

²⁶⁸ FEBRABAN. Disponível em:

https://antifraudes.febraban.org.br/?utm_source=google-ads&utm_medium=cpc&utm_campaign=ncc_febraban_institucional_anti-fraude_high_alcance_cpc_google-ads_search_dms&utm_content=search_net_18+_as_palavr_a-chave_&utm_term=patrocinado_na_campanha_criativo-campanha-geral_&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAg_oq7BhBxEiwAVcWOLCea2ng8IRkCJZZKEoFO3Po5vYrq7Pl2uOOFbc_LhJG_HT9iNiT3qxoCAZsQAvD_BwE#golpes-comuns. Acesso em 18/12/2024.

(...) o cliente recebe uma ligação do golpista que se passa por funcionário do banco, dizendo que o cartão foi fraudado. O falso funcionário solicita a senha e pede que o cartão seja cortado, mas que o chip não seja danificado. Em seguida, diz que o cartão será retirado na casa do cliente.²⁶⁹

Esses exemplos mostram-se didáticos para a discussão que ora se propõe, uma vez que demonstram os mecanismos de engenharia social utilizados para ludibriar os consumidores correntistas em informarem seus dados sigilosos a terceiros. E, nessa toada, reside o questionamento acerca dos limites da responsabilidade civil do fornecedor bancário sobre tais golpes. As instituições financeiras não deveriam garantir a segurança dos valores depositados em seus cofres?

O Superior Tribunal de Justiça, buscando uniformizar a jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais acerca da matéria, em 2012, editou a Súmula 479, a qual preconiza que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”. Como dito no subcapítulo 2.2.1, tem-se que tais acontecimentos não interrompem o nexo causal entre a atividade desenvolvida pelo fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor.

Feitas essas considerações, passa-se à análise de três precedentes que servem para ilustrar o entendimento principal de grande parte da doutrina nacional. O primeiro, Apelação Cível n. 5053073-31.2023.8.21.0001, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aborda o fato de terceiro. O segundo, Apelação Cível n. 5002668-41.2023.8.24.0022, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que houve o afastamento da responsabilidade civil por culpa exclusiva da vítima. Por fim, o terceiro, Apelação Cível n. 1034622-45.2024.8.26.0100, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, abordará o entendimento acerca da imputação de responsabilidade civil ao fornecedor.

4.1 APELAÇÃO CÍVEL N. 5053073-31.2023.8.21.0001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O primeiro exemplo trazido ao presente trabalho mostra-se especialmente interessante, uma vez que houve a abertura de divergência entre os Desembargadores acerca da existência ou não de defeito no serviço prestado pelo banco e, por conseguinte, do nexo causal entre a atividade exercida pela instituição financeira e o dano sofrido pela vítima.

²⁶⁹ FEBRABAN. Disponível em:

https://antifraudes.febraban.org.br/?utm_source=google-ads&utm_medium=cpc&utm_campaign=ncc_febraban_institucional_anti-fraude_high_alcance_cpc_google-ads_search_dms&utm_content=search_net_18+_as_palavr_a-chave_&utm_term=patrocinado_na_campanha_criativo-campanha-geral_&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAg_oq7BhBxEiwAVcWOLCea2ng8IRkCJZZKEoFO3Po5vYrq7Pl2uOOFbc_LhJG_HT9iNiT3qxoCAZsQAvD_BwE#golpes-comuns. Acesso em 18/12/2024.

Ao analisar a sentença prolatada pelo Juiz Alexandre Kreutz da 5ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, houve pontuações que demonstram o acerto - assim como o voto divergente que será abordado em seguida - quanto ao deslinde do feito e da responsabilização da instituição financeira pelos danos decorrentes da fraude bancária ocorrida, as quais merecem citação acerca da existência de defeito do serviço e, portanto, do nexu causal. Na verificação da violação do dever de segurança, o Magistrado assim pontuou

Ademais, cabe ao banco verificar possíveis fraudes em virtude de movimentações bancárias que divergem do padrão de transações dos clientes, em se tratando de pessoa idosa a verificação deve se dar de forma mais incisiva. (...) Sendo assim, em consonância com a Teoria do Risco do Empreendimento, cabe ao banco responder objetivamente pelos danos advindos dos riscos que assume ao fornecer produtos e serviços no mercado de consumo.

Contudo, em sede recursal, o julgamento proferido em primeira instância restou revertido, restando assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. SAQUE NAO RECONHECIDO PELA PARTE AUTORA. OPERAÇÕES MEDIANTE USO DE CARTÃO E SENHA PESSOAL. FATO DE TERCEIRO DE MÁ-FÉ QUE INTERROMPE O LIAME CAUSAL DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS, NO CASO, DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SENTENÇA REFORMADA. I. Caso em Exame: A autora alega desconhecer transações financeiras realizadas em sua conta entre os dias 13/01/2023 e 17/01/2023, as quais totalizam um prejuízo de R\$ 8.050,00. A instituição bancária, em sua defesa, afirma que as operações foram regulares, realizadas com cartão e senha pessoal, e que não houve falha em seus serviços que pudesse ter facilitado a fraude. II. Questão em Discussão: (i) Analisar se cabe à instituição bancária a responsabilidade pelo ressarcimento de valores decorrentes de transações não reconhecidas pelo cliente, ainda que realizadas com senha e cartão pessoal; (ii) Verificar a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova nas alegações de falha de segurança da instituição financeira. III. Razões de Decidir: O juízo concluiu que a responsabilidade civil depende da comprovação de falha na prestação de serviço e do nexu de causalidade entre a ação da instituição bancária e o dano sofrido. Observou-se que, embora exista prejuízo, a relação de causalidade com a instituição financeira não foi demonstrada nos autos, o que configura uma quebra do nexu causal por fato exclusivo de terceiro, conforme o artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Ressaltou-se que a inversão do ônus da prova, que imporia ao banco provar a inexistência de falha em seus sistemas, é inaplicável neste caso, pois implicaria exigência de prova impossível (prova diabólica). IV. Dispositivo e Tese: Recurso provido. Ação julgada improcedente, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa. Tese: "A responsabilidade da instituição financeira por fraudes em contas bancárias depende da demonstração de falha na segurança dos serviços prestados e do nexu causal entre a conduta do banco e o prejuízo experimentado pelo consumidor." V. Jurisprudência e Leis Relevantes Citadas: Código de Defesa do Consumidor, art. 14, §3º, II; Código Civil, art. 927. RECURSO PROVIDO POR MAIORIA NA FORMA DO ARTIGO 942 DO CPC.²⁷⁰

²⁷⁰ TJRS, Apelação Cível, Nº 50530733120238210001, Décima Sexta Câmara Cível, Relatora Deborah Coletto Assumpção de Moraes, Julgado em: 07-11-2024.

Ao julgar esse caso, a Desembargadora Relatora, Dra. Deborah Moraes, entendeu pelo conhecimento e provimento do recurso, apontando que

Sob essas diretrizes, forçoso ponderar que a inversão do ônus da prova, impondo ao Banco a obrigação de demonstrar que não contribuiu para o vazamento de dados de seu cliente constitui prova diabólica e insuscetível de materialização, seja porque estamos a tratar de um universo de significativa monta, seja porque, nos dias que seguem, muito pouco se mantém em sigilo, facilitando as buscas digitais qualquer empreitada nesse sentido, para o bem e para o mal.

Não se está com isso dizendo que a parte demandante não é parte de boa-fé e vulnerável da relação. Mas, ainda assim, **com relação à instituição bancária, há uma quebra do nexa causal por atribuição a fato exclusivo de terceiro** consoante lição do artigo 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, muito embora presente o dano, a instrução probatória não conseguiu estabelecer qualquer liame entre a atuação da instituição bancária e a alegada fraude perpetrada mediante uso de cartão com senha.

Em contrapartida, em análise ao caso, a Desembargadora Vogal, Dra. Vivian Spengler, entendeu de forma diametralmente oposta, corroborando com o entendimento do Juiz singular. Ao citar a Resolução n.º 4.949, de 30 de setembro de 2021, do Conselho Monetário Nacional, na qual consta o dever das instituições financeiras em assegurar a integridade, conformidade, confiabilidade, segurança e sigilo das transações realizadas, bem como legitimidade das operações contratadas e dos serviços prestados, ressaltou que

O reconhecimento do defeito do serviço bancário nessas circunstâncias, de desvio do perfil do consumidor (valor da transação, frequência, local, finalidade, etc.), como indicativo e demonstração da fraude foi reconhecido em julgado do Superior Tribunal de Justiça, RESP 2052228/DF, Terceira Turma, relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 12/09/2023: (...)

Parece razoável afirmar que a tecnologia tão propalada para atrair clientes ao sistema bancário e deles captar o maior volume de recursos, igualmente seja usada para a sua proteção. (...)

Já finalizando, constatada a falha na prestação de serviços, na modalidade de fortuito interno - sistêmica -, é patente a responsabilização civil das instituições financeiras, entendimento pacificado pela Súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Ao final, em julgamento estendido (art. 942 do Código de Processo Civil²⁷¹), a Décima Sexta Câmara Cível acompanhou o voto da Desembargadora Relatora e, por maioria (4x1), afastou a responsabilidade civil da instituição financeira por ausência de comprovação do nexa causal entre o dano sofrido pela vítima e o ato omissivo do banco.

²⁷¹ Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Assim sendo, verifica-se que houve o reconhecimento de culpa exclusiva de terceiro e, a despeito da Súmula 479/STJ, houve a rejeição da responsabilidade civil do fornecedor de serviços bancários por ausência de demonstração de defeito no serviço²⁷².

4.2 APELAÇÃO CÍVEL N. 5002668-41.2023.8.24.0022 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Em segundo momento, é importante analisar precedente do Tribunal de Justiça catarinense, em que houve o reconhecimento de culpa exclusiva da vítima e, por conseguinte, interrompido o nexo causal, restou derruída a alegação de responsabilidade civil do fornecedor de serviços bancários pelos supostos defeitos na prestação destes.

O precedente ora analisado foi ementado da seguinte forma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. APELAÇÃO CÍVEL. FRAUDE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PEDIDOS IMPROCEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME 1. Apelação cível contra sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos materiais, sob alegação de fraude bancária praticada por terceiros. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. A questão em discussão consiste em saber: (i) se há nulidade da sentença em razão do indeferimento da prova oral consubstanciada na oitiva de testemunhas; e (ii) se há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro pela transferência de valores via PIX, após recebimento de ligação telefônica pelo autor que o induziu a se dirigir até o caixa eletrônico do banco para bloqueio de senhas e limites bancários. III. RAZÕES DE DECIDIR 3. Não há nulidade da sentença quando o magistrado, em sua decisão de saneamento e organização do processo, permite às partes conhecer seus ônus e as provas necessárias para resolver o ponto controvertido, indeferindo subsequentemente aquelas que são consideradas não úteis ou desnecessárias. Essa abordagem garante que o processo siga de forma eficiente, evitando a produção de provas irrelevantes e focando na resolução do litígio. 4. Em casos de fraude, como no denominado 'golpe da falsa central de atendimento', é responsabilidade do autor adotar as precauções necessárias para assegurar que seus dados não sejam indevidamente fornecidos a terceiros. Dessa forma, não se aplica a Súmula nº 479 do STJ a esta situação. IV. DISPOSITIVO 5. Recurso conhecido e desprovido, com majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais. Dispositivos relevantes citados: CDC, art. 14, § 3º, II; CPC, arts. art. 85, § 11, 98, § 3, 355, I, e 370, parágrafo único. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgInt no AREsp n. 2.420.754/MT, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 27/11/2023; Súmula nº 479/STJ; Tema Repetitivo nº 1059/STJ; TJSC, Apelação n. 5000484-91.2023.8.24.0126, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 24/10/2024; TJSC, Apelação n. 5000727-83.2023.8.24.0013, rel. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 02/05/2024; TJSC, Apelação n. 5002072-80.2023.8.24.0079, rel. Giancarlo Bremer Nones, Terceira Câmara Especial de Enfrentamento de Acervos, j. 08/10/2024; Súmula nº 55/TJSC.²⁷³

²⁷² O precedente aborda questões de direito processual, notadamente acerca do ônus da prova, tópicos que, a despeito de sua relevância, não se prestam a ser debatidos no presente trabalho.

²⁷³ TJSC, Apelação n. 5002668-41.2023.8.24.0022, Relatora Vania Petermann, Terceira Câmara Especial de Enfrentamento de Acervos, j. 12-11-2024.

Nesse caso, é importante destacar a correta posição lavrada pelos Magistrados. Isso porque, o objetivo desta espécie de responsabilização civil é efetivar a função preventiva de danos e impor que o fornecedor se volte a criação de mecanismos e conscientização dos consumidores acerca dos riscos inerentes ao produto ou serviço posto no mercado, o que ocorreu de fato nesse caso, senão veja-se o seguinte trecho da sentença:

Ademais, há divulgação frequente por parte do banco réu, em quase todos os meios de comunicação e em âmbito nacional, acerca da ausência de pedidos sobre dados pessoais dos seus clientes e/ou contatação telefônica sobre eventuais transações financeiras. Desse modo, verifica-se que houve participação ativa do autor na cessão das informações e realização de procedimentos que viabilizaram a concretização do ocorrido.

Em casos assim, não se socorre o consumidor do argumento de que o sistema do banco é falho, se ele própria realiza ações e disponibiliza informações confidenciais a desconhecidos. Não é pelo fato do recebimento de um telefonema de pessoa que se identificou como funcionário do demandado que este se torna civilmente responsável por fraudes perpetradas por terceiros, com a conivência do consumidor.

Se o correntista disponibilizou suas credenciais de acesso à conta a terceiro, não poderá imputar falha operacional do banco, vez que a vulnerabilidade do sistema se deu por ação do próprio consumidor.

No momento do julgamento do recurso de Apelação Cível, a Desembargadora Relatora, Dra. Vania Petermann, analisou - principalmente - o onus da prova à luz da Súmula 55/TJSC²⁷⁴, bem como consignou a indicação de prudência pela jurisprudência, *ex vi*: “Assim, muito embora seja inequívoca a relação de consumo, a jurisprudência tem reiterado que a proteção dos consumidores deve ser equilibrada com a responsabilidade individual de agir com prudência.”

Dessa forma, o dever de indenizar restou afastado pelo correto cumprimento do dever de informar o consumidor. Assim, as instituições bancárias são levadas a efetivar o direito básico do consumidor constantes do art. 6º, III, do CDC²⁷⁵ (analisado no subcapítulo 3.2.2) com vistas a diminuir os riscos do serviço e, por consequência, minorar eventuais consequências negativas no âmbito da responsabilidade civil.

4.3 APELAÇÃO CÍVEL N. 1034622-45.2024.8.26.0100 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, por fim, importante trazer precedente que se coaduna com a pesquisa doutrinária feita e com as ponderações realizadas no decorrer do presente trabalho, qual seja no sentido

²⁷⁴ A inversão do ônus da prova não exige o consumidor de trazer aos autos indícios mínimos do direito alegado na inicial quando a prova lhe diga respeito.

²⁷⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...]

de impor a responsabilidade civil às casas bancárias pelas fraudes orquestradas por terceiros ocorridos no âmbito das operações financeiras, já que configuram fortuitos internos, nos termos da Súmula 479/STJ.

O julgado em análise foi ementado da seguinte forma:

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. GOLPE DO MOTOBOY. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO DESPROVIDO. Caso em Exame Apelação interposta por banco-réu contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da autora, declarando a inexigibilidade de transações impugnadas e condenando o réu à restituição dos valores pagos. A sentença também determinou a divisão das custas processuais e fixou honorários advocatícios para ambas as partes. II. Questão em Discussão 2. A questão em discussão consiste em determinar se houve falha na prestação de serviços bancários que justifique a responsabilidade do banco-réu pelas transações fraudulentas realizadas com o cartão da autora. 3. A sentença de primeiro grau foi mantida, pois analisou adequadamente os fatos e o direito, aplicando a responsabilidade objetiva do banco por falhas na segurança dos serviços prestados, conforme a Súmula 479 do STJ e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. 4. O banco não conseguiu demonstrar a inexistência de falha ou a culpa exclusiva da vítima, sendo responsável pelos danos causados pela fraude. IV. Dispositivo e Tese 5. Recurso desprovido. Legislação Citada: Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII, art. 14, § 3º, Código de Processo Civil, art. 85, § 11, art. 86, art. 252 do Regimento Interno do TJ/SP. Jurisprudência Citada: STJ, Súmula 479. Apelação nº 1067581-45.2019.8.26.0100, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, 20ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1022949-13.2020.8.26.0224, rel. Des. Vicentini Barroso, 15ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1011838-21.2017.8.26.0003, rel. Des. João Pazine Neto, 37ª Câmara de Direito Privado.²⁷⁶

Ao julgar o feito, o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de São Paulo entendeu pela existência de defeito no serviço prestado pela instituição financeira e, por conseguinte, realizou a seguinte pontuação:

É exatamente essa a hipótese dos autos, uma vez que, por ter prestado serviço falho, que não ofereceu a segurança que dele seria razoavelmente esperável, deve o Banco responder pelo prejuízo causado à autora.

E não há cabimento na tentativa do réu em se eximir de responsabilidade, invocando a excludente de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Isso porque, o banco lucra ao vender a ideia de facilidade adicional representada pela realização de compras com cartão magnético, com evidente facilitação para o consumo e consequente aumento da lucratividade.

Há, porém, o reverso da moeda: se o serviço fornecido se mostra falho, permitindo a ação de marginais, o fornecedor responde objetivamente por danos causados aos consumidores por tal ação. [...]

Desta feita, embora possa a autora ter sido ingênua ao entregar seu cartão a estelionatário que se passou por funcionário do banco, tal fato não exonera o réu de sua responsabilidade objetiva, pois não se trata de hipótese de culpa exclusiva da vítima ou de terceiros (art. 14, § 3º, CDC), eis que, como visto, a utilização do cartão por terceiros somente se deu pela falta de segurança atrelada aos serviços prestados pelo réu, especialmente no que tange ao sigilo dos dados do consumidor e à conferência se o portador é efetivamente o titular do cartão. Anote-se, ademais, que as transações foram feitas de forma sequencial e em horários não usuais (inclusive madrugada), tendo o banco suspeitado de fraude em apenas 4 das inúmeras transações (fls. 08).

²⁷⁶ TJSP, Apelação Cível 1034622-45.2024.8.26.0100; Relator: Paulo Sergio Mangerona; Órgão Julgador: Núcleo de Justiça 4.0 em Segundo Grau – Turma IV (Direito Privado 2); Data do Julgamento: 16/12/2024.

Assim, a responsabilidade civil da instituição financeira, nesse caso, decorreu da violação do dever de segurança imposto aos fornecedores, nos termos do art. 6º, I, do CDC²⁷⁷ (analisado no subcapítulo 3.2.1), uma vez que deveria criar mecanismos de verificação da regularidade das transações realizadas. Ademais, é possível verificar que o Magistrado a quo utilizou-se da teoria do risco proveito para imputar a responsabilidade ao prestador de serviços, em verdadeira efetivação do brocardo *ubi commoda ibi incommoda*.

Em sede recursal, utilizando-se de fundamentação *per relationem*, os Desembargadores reafirmaram o entendimento inicial e adicionaram as seguintes ponderações acerca do caso em análise:

Cabe aos bancos, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietários das bandeiras e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor.

A vulnerabilidade do sistema bancário, que admite operações totalmente atípicas em relação ao padrão de consumo dos clientes, viola o dever de segurança que cabe às instituições financeiras e, por conseguinte, incorre na falha prestação dos serviços.

[...]

Vale salientar que a fraude praticada por terceiro não constitui causa excludente da responsabilidade do fornecedor, pois compõe o risco próprio de sua atividade, pela qual é objetivamente responsável. A rigor, o risco de fraude é criado pela instituição financeira ao ofertar o serviço ao mercado.

Assim sendo, tem-se que a responsabilidade civil da instituição bancária decorreu da adoção das teorias do risco proveito e do risco criado (analisadas no capítulo 2.4) e, ao reconhecerem o dever de segurança do fornecedor de serviços, imputaram-lhe o dever de indenizar os danos decorrentes de suas falhas.

CONCLUSÕES

Após o aprofundamento dos elementos necessários para o surgimento da responsabilidade civil no âmbito de aplicação do Código Civil de 2002 ou do Código de Defesa do Consumidor, importante concluirmos acerca do tema central, qual seja a responsabilidade civil das instituições financeiras no que toca às fraudes bancárias, referindo a alguns julgados dos Tribunais de Justiça com vistas a verificar eventuais impropriedades nos julgados.

A natureza da relação estabelecida entre correntista e instituição bancária foi objeto de grande discussão judicial, notadamente quanto à resistência dessas acerca da aplicação do

²⁷⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...]

Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, em 2004, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 297²⁷⁸, a qual reitera os termos constantes do art. 3º, §2º, do CDC²⁷⁹ acerca dos serviços de natureza bancária e financeira.

Dessa forma, os danos decorrentes de defeitos verificados no decorrer da prestação do serviço bancário se sujeitam ao regime consumerista, notadamente às normas de responsabilidade por fato do serviço (art. 14 do CDC²⁸⁰), a qual impõe a constatação, em concreto, de alguns elementos ou pressupostos para ensejar o nascimento do dever de indenizar o dano impingido contra o correntista.

O primeiro elemento da responsabilidade civil, qual seja o ato ilícito, é trabalhado de forma louvável por Fernando Noronha. Assim, o doutrinador aponta que a ilicitude do ato decorre da combinação de antijuridicidade e culpabilidade (noção subjetiva). Em outras palavras, o ato praticado tem de violar o ordenamento jurídico como um todo (antijuridicidade material) e, ainda, o agente que o praticou sabia ou deveria saber ser antijurídico, dispondo de meios para evitar a sua prática (culpabilidade).

Entretanto, tendo em vista a gradativa modificação dos paradigmas que norteiam o direito da responsabilidade civil, os ordenamentos jurídicos tem - ao adotar a teoria do risco - estabelecido algumas previsões de responsabilidade civil objetiva, prescindindo da análise de culpabilidade do agente. Nesses casos, como anotado anteriormente, tem-se que a mera antijuridicidade enseja a ilicitude do ato.

No âmbito das relações de consumo, o ato ilícito é ainda mais limitado e certo. Isso pois, considerando que o defeito do produto ou do serviço é elemento central da espécie de responsabilidade, tem-se que a conduta antijurídica do fornecedor é a mera colocação do bem defeituoso no mercado de consumo, o qual resultará em danos ao consumidor. É o ato que o próprio ordenamento jurídico cobre de ilicitude em razão do seu resultado danoso.

Ademais, o dano sofrido pelo consumidor é pressuposto da responsabilidade civil consumerista, uma vez que, sem dano, não há dever de indenizar. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência tendem a confundir o dano com sua acepção vulgar ou naturalista, significando-o como lesão aos bens da vítima ou à própria vítima ou, ainda, como violação de bens jurídicos tutelados.

²⁷⁸ O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

²⁷⁹ Art. 3º (Omissis) (...)

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

²⁸⁰ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

Entretanto, a melhor doutrina entende que o resgate da ideia formulada pelo direito romano de interesse (*id quod interest*) e do desenvolvimento realizado pela pandectística alemã acerca da teoria da diferença é o meio mais adequado para conceituar o dano na qualidade de elemento da responsabilidade civil. Dessarte, o operador do direito deve, ao buscar delimitar os danos indenizáveis, utilizar-se da criação normativa da hipótese diferencial para encontrar o interesse da vítima, o qual equivale ao dano por ela sofrido.

Além disso, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano guarda grandes discussões quando da aplicação do direito da responsabilidade civil, uma vez que - notadamente, nos casos de fraudes bancárias - há concorrência de causas com o fato de terceiro e fato da vítima. Dessa forma, alguns julgados²⁸¹ entendem que a participação da vítima ou do terceiro estelionatário ostentam tamanha causalidade que ensejariam a exclusão da responsabilidade civil das instituições financeiras.

Entretanto, como visto na abordagem acerca do fato do terceiro e da vítima no contexto de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que haverá exclusão da responsabilidade civil do fornecedor apenas nos casos em que o fato interruptor do nexo causal se torne a única e exclusiva causa do surgimento do dano indenizável. Caso contrário, manter-se-ia a condenação à indenização do montante do dano.

Nessa toada, surge o questionamento acerca da existência ou não do defeito no serviço prestado. Isso porque, como visto, para ser considerado defeituoso, o risco que resultou na ocorrência do dano não pode ser normal ou esperado pelo consumidor. Assim, para que a instituição financeira seja imputada o dever de indenizar, o risco de sua atividade deve ter alcançado natureza anormal ou inesperada, transbordando os limites do risco inerente.

Entretanto, considerando que as demandas indenizatórias com fundamento na ocorrência de fraudes bancárias verificam a responsabilidade do fornecedor por ato ilícito omissivo, a sua verificação mostra-se nebulosa. Por esse motivo que o Superior Tribunal de Justiça, em 2012, editou a Súmula 479²⁸² imputando a responsabilidade objetiva das instituições bancárias pelas fraudes praticadas por terceiros no âmbito das operações financeiras.

²⁸¹ Vide: TJSP, Apelação Cível n. 1017202-67.2022.8.26.0562; Relator: Marcelo Ielo Amaro; 16ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/11/2024; TJRS, Apelação Cível n. 5053073-31.2023.8.21.0001, Relatora: Deborah Coletto Assumpção de Moraes, Décima Sexta Câmara Cível, Data do Julgamento: 07/11/2024; TJSC, Apelação Cível n. 5000782-60.2022.8.24.0242, Relatora: Vânia Petermann, Terceira Câmara Especial de Enfrentamento de Acervos, Data do Julgamento: 28/05/2024.

²⁸² As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Apesar do enunciado sumular, os Tribunais de Justiça oferecem certa resistência em conceder os pleitos reparatórios aos correntistas, como verificado no último capítulo, utilizando-se de diversos argumentos, como é o caso do fato da vítima - comum nos golpes em que a vítima entrega o cartão e a senha -, o do fato de terceiro - quando os estelionatários simulam os telefones das centrais de atendimento do banco.

Ante todo o exposto, tendo em vista a proteção constitucional e legal conferida ao consumidor, bem como da presença - quando verificada a ausência de segurança nas transações e contratações virtuais - dos requisitos para responsabilidade civil por fato do serviço, corroborada pela Súmula 479/STJ, entende-se que as instituições bancárias devem ser responsabilizadas pelos danos decorrentes dos defeitos de seus serviços com fito à reparação dos consumidores e ao incentivo de tomada de medidas para prevenção de futuros danos de semelhante natureza.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; 10. ed., 1997.
- _____. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revisada atualizada e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atualizada. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965.
- AZAMBUJA, Suélen Trentin de. *Responsabilidade civil e suas funções: uma proposta de direcionamento do Instituto para a Promoção de Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>>.
- BASTOS, Daniel Deggau. *A responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o direito norte-americano*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.
- BITENCOURT DE DAVID, Tiago. Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de)limitações da responsabilidade objetiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, p. 87–103, 2019.
- BORGARELLI, Bruno de Ávila. *Responsabilidade civil e graus de culpa: a redução equitativa de indenização*. São Paulo: YK Editora, 2023.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. Para que serve o art. 931 do Código Civil? Considerações críticas sobre um dispositivo inútil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 22, n. 7, p. 203–239, 2021.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A doutrina da tripartição da culpa: uma visão contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13, ano 4, p. 199-229. São Paulo: Ed. RT, out-dez/2017.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 15. ed. Barueri[SP]: Atlas, 2022.
- CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil, v.3: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.
- DO COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 2, p. 333–349, 2016.

FEBRABAN. Disponível em:

https://antifraudes.febraban.org.br/?utm_source=google-ads&utm_medium=cpc&utm_campaign=ncc_febraban_institucional_anti-fraude_high_alcance_cpc_google-ads_search_dms&utm_content=search_net_18+_as_palavra-chave_&utm_term=patrocinado_na_campanha_criativo-campanha-geral_&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAgoq7BhBxEiwAVcW0LCea2ng8IRkCJZZKEoFO3Po5vYrq7PI2uOOFbc_LhJG_HT9iNiT3qxoCAZsQAvD_BwE#golpes-comuns. Acesso em 18/12/2024.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; VIOLA, Rafael. Perspectivas sobre o nexo de causalidade: passado, presente e futuro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 29, n. 8, p. 207–240, 2022.

GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 11/2017, p. 349-358, abr-jun/2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

_____. *Direito civil brasileiro - volume 4: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. *Principais inovações no código civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de risco e direito e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo : Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito [livro eletrônico]*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 9. ed. São Paulo: YK Editora, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MONTEIRO, André de Oliveira. A responsabilidade civil das instituições financeiras em casos de golpes contra correntistas. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, p. 185–206, 2016.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 18, ano 6, p. 169-214. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2019.

_____. Conceito normativo de dano: em busca de um conteúdo eficaz próprio. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 38, n. 11, p. 33–107, 2024.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; STOCO, Rui (atual.). *Tratado de Direito Privado: Direito das obrigações: atos ilícitos e responsabilidade*. Tomo LIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros (atual.). *Tratado de Direito Privado: parte especial: Bens. Fatos Jurídicos*. Tomo II. São Paulo: Ed. RT, 2012.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e a responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7/2016, p. 63-94, abr-jun/2016.

_____. A teoria do dano direto e imediato no Direito Civil brasileiro: análise crítica da doutrina e comentários à jurisprudência do STF sobre a responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, p. 109–163, 2017.

_____. O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 237–238, 2018.

_____. A teoria da causalidade adequada no direito civil alemão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, n. 6, p. 215–248, 2020.

_____. A função “moralizante” da responsabilidade civil no anteprojeto de lei para revisão e atualização do Código Civil de 2002: críticas à previsão do instituto da “sanção pecuniária de caráter pedagógico”. *Revista Jurídica Profissional*, v. 3, n. 2, p. 139-151, 2024.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 12. ano 4. p. 211-252. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2017

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, v. 4: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da; TEPEDINO, Gustavo (atual.). *Responsabilidade civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020.

WALKER, Mark Pickersgill; PETEFFI DA SILVA, Rafael; REINIG; Guilherme Henrique Lima. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115/2018, p. 169 - 204, jan-fev/2018.