

NOTAS SOBRE A TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO

NOTES ON THE THEORY OF CIVIL LIABILITY WITHOUT DAMAGE

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR

Doutor em Direito pela UFPE.
Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife – UFPE.
rpa_jr@yahoo.com.br

Recebido em: 01.07.2015
Aprovado em: 09.12.2015

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo aborda a teoria da responsabilidade civil sem dano, com o objetivo de investigar sua compatibilidade com o sistema de responsabilidade civil do direito brasileiro. Após expor seus fundamentos, chega-se à conclusão negativa, uma vez que a regra de responsabilidade civil tem por natureza a função indenizatória, que é o que a distingue de regras que preveem deveres primários.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil brasileira – Responsabilidade civil sem dano – Impossibilidade.

ABSTRACT: This paper discusses the doctrine of torts without damage, in order to investigate whether it is compatible with the Brazilian civil liability framework. After presenting its foundations, it is argued that compatibility is non-existing, since the fundamental role of civil liability is to indemnify the injured party, a feature that distinguishes it from rules that provide for primary duties.

KEYWORDS: Brazilian civil liability – Civil liability without damage – Impossibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil sem dano: delimitação teórica – 3. Algumas reflexões críticas sobre a responsabilidade sem dano – 4. Conclusões – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O processo de desenvolvimento histórico da responsabilidade civil no direito brasileiro pode, para atender a finalidades didáticas, ser fracionado em alguns momentos emblemáticos.

O primeiro corresponde ao estabelecimento do paradigma clássico ou liberal da responsabilidade civil. Essa fase só pode ser considerada plenamente alcançada com o Código Civil de 1916, uma vez que o direito pré-codificado ainda é pré-liberal, como se pode deduzir a partir de existente promiscuidade entre a regulação do ilícito civil e do ilícito penal.¹

O segundo paradigma é o social ou contemporâneo. A transição para um modelo de responsabilidade civil que transcende a teoria da culpa e reconhece o fundamento do risco e a reparabilidade de danos não patrimoniais se dá paulatinamente ao longo de todo século XX e, em maior intensidade, após a Constituição Federal de 1988.²

Deve-se ao paradigma social a superação da tradição voluntarista e subjetivista da responsabilidade civil. O foco do sistema é alterado e passa a ser o da proteção prioritária da vítima,³ descolando-se da tutela dos interesses do ofensor. Esse modelo não ficou imune a críticas, que vieram na forma de identificação das contradições da teoria contemporânea da responsabilidade civil e de discurso baseado em pressupostos cada vez mais instáveis e merecedores de pouca confiança em função de sua imprecisão na técnica decisória dos tribunais.⁴

Grande parte da doutrina nacional passou a operar com a hipótese de que os instrumentos dogmáticos disponíveis não estariam aptos a dar conta da complexidade social e das demandas presentes. É nesse contexto que começa a ser desenhada a teoria do direito de danos, com uma proposta de reformulação do modelo da responsabilidade civil no direito brasileiro.⁵

1. Vide FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed., Rio de Janeiro: B. Garnier, 1876. p. 485 e ss.
2. Esses dois grandes pilares do paradigma social da responsabilidade civil (responsabilidade objetiva e reparabilidade do dano extrapatrimonial) têm sua evolução durante o século passado descrita por MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: VIEGAS, Frederico (org.). *Direito civil contemporâneo*. Brasília: Obscursos. p. 275-293.
3. Entre tantos outros, confira-se novamente MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, cit.
4. Referência à tese de Anderson Schreiber a respeito da erosão dos filtros da responsabilidade civil (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 11 e ss.).
5. Entre outros: BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). *A realização do direito civil*. Curi-

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

Este trabalho pretende analisar uma proposta específica defendida por autores que se enquadram no ambiente teórico do direito de danos, qual seja, a responsabilidade civil sem dano. Tem por objetivo identificar os fundamentos teóricos da teoria da prescindibilidade do dano para a configuração da responsabilidade civil e propor algumas reflexões críticas a seu respeito. O artigo se propõe a lançar algumas ideias preliminares ao debate, sem a intenção de exaurir o tema, tendo em vista essa ser uma discussão consideravelmente recente e em construção.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO: DELIMITAÇÃO TEÓRICA

A ideia de responsabilidade sem dano implica defender a ruptura de um dos pilares mais arraigados da responsabilidade civil.⁶ Por mais que variem os diversos suportes fáticos de responsabilização, o elemento dano sempre lhes foi intrínseco, seu requisito mais elementar, gerador da responsabilidade e do dever de indenizar⁷. Essa continuou a ser a premissa, inclusive, de autores

tiba: Juruá, 2011. p. 141-155; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. *Revista Trimestral de Direito Civil* 52/99-119. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2012; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O “caso das pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “direito de danos” e da violação da liberdade positiva como “dano à pessoa”. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 273-302; CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Ed. RT, 2013. especialmente p. 17-97.

6. O sistema de responsabilidade civil da *civil law* foi construído sobre a noção de *damnum*, ao passo que o sistema de *tort law* da *common law* foi erguido sobre a noção de *injuria* – DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesini’s and Deakin’s tort law*. 7. ed. Oxford: Clarendon Press, 2013. p. 792.
7. Nesse sentido, BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 139. Merecem transcrição as palavras de Jorge Mosset Iturraspe: “Si es innegable que la responsabilidad civil actual se construye sobre la base de la idea de daño, por lo cual éste ocupa el centro de la temática, también lo es que el perjuicio, detrimento o menoscabo debe ser real y no meramente imaginado, debe existir de manera cierta, sea actual o futuro. Esta cuestión, que gira alrededor de la realidad o certeza del daño, es particularmente ardua cuando se trata de daños que aún no han ocurrido o sea de daños futuros. Y es muy posiblemente por esa dificultad de la prueba que la propia ley presume ciertos daños. El legislador concurre entonces en ayuda de ciertas víctimas, haciendo liviana la carga de la prueba, al inferir o deducir, de lo habitual u ordinario, la producción de ciertos perjuicios. Empero ello no es lo normal; puede afirmarse sin lugar a dudas que es una situación de excepción, puesto que el daño,

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

atuais que se dedicaram a investigar o problema da responsabilidade civil.⁸ A teoria da responsabilidade sem dano, no entanto, já vem se tornando objeto de investigação de alguns autores,⁹ em sua maioria os ligados ao direito de danos.

Nas formulações iniciais de uma agenda geral do direito de danos, a teoria em questão figura como uma das propostas de destaque:

“O direito de danos altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vítima*, ou seja, a favor da vítima. Este instituto pretende, entre outros:

a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização e do abandono da culpa, da relativização do nexo causal, e a sua conseqüente substituição pela ideia de causação jurídica;

b) intensificar a responsabilização, concedendo reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatrimonializadas, como a re-tratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (CPC, arts. 461 e 461-A e CC, arts. 233, 247 e 250);

c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a (re) personalização do direito civil, também lastreada nos princípios da máxima reparação, da prioridade da vítima e da solidariedade;

d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo;

e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange aos riscos de danos a que está submetida

lo reiteramos, debe probarse, ser cierto. De no ser así se vuelve a construcciones ficcionistas, imaginarias o irreales, cuando no a la ruptura de ‘las reglas de juego’ que imperan en la responsabilidade civil” (ITURRASPE, Jorge Mosset. *Estudios sobre responsabilidade por danos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1982. t. IV, p. 53-54).

8. Por exemplo: “Com efeito, não pode haver maior estímulo à propositura de ações infundadas que dispensar o autor, em um contexto de erosão dos filtros tradicionais do ressarcimento, do ônus probatório do único elemento que se conserva como indispensável à responsabilidade civil – o dano, cuja reparação consiste na função primordial do instituto” (SCHREIBER, Anderson. *Responsabilidade civil: novos paradigmas*. cit., p. 206).

9. Entre eles, em conferência, LÔBO, Paulo. *Responsabilidade sem dano*. Palestra. In VII Jornadas Brasileiras de Direito Privado. Maceió, jun. 2013.

em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente;

f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas;

g) tornar irrelevante, na maioria dos casos, a concausa, “*con el alcance de asignar la totalidad del daño a quien solo aportó una de las causas concurrentes*”, objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano, bem como dificultar a efetivação das excludentes do dever de reparar;

h) aumentar as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (p. ex., seguro ambiental) etc.”¹⁰

Em 02 e 03.05.2013, ocorreu, na Faculdade de Direito do Recife, o Encontro dos Grupos de Pesquisa em Direito Civil Constitucional da Universidade Federal de Pernambuco, da Universidade Federal do Paraná e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com participação de pesquisadores da Universidade Federal de Alagoas, da Universidade Federal da Paraíba, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Universidade de Fortaleza, sob a coordenação dos Professores Paulo Luiz Netto Lôbo, Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino.

Do encontro resultou a *Carta do Recife*, uma síntese articulada das conclusões decorrentes dos debates. Seu terceiro ponto foi assim redigido: “3. A análise crítica do dano na contemporaneidade impõe caminho de reflexão sobre a eventual possibilidade de se cogitar da responsabilidade sem dano”.¹¹

10. BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos, cit., grifo nosso.

11. A íntegra do texto da Carta pode ser encontrado na *Revista Fórum de Direito Civil*, ano 2, n. 2, p. 239-240. Belo Horizonte: Fórum, jan.-abr. 2013.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

Percebe-se, portanto, a expansão da tese e o crescimento de sua importância na doutrina nacional. A ideia central que a anima é a de que a responsabilidade civil não teria função exclusivamente reparatório-indenizatória. A tutela preventiva e inibitória da causação do dano geraria uma eficácia jurídica que seria propriamente de responsabilização. Dois tipos de responsabilidade coexistiriam: a responsabilidade com dano e sem dano.

Na proposta da responsabilidade sem dano, há ainda um aceno a uma função punitiva da responsabilidade. A pena civil caracterizaria uma hipótese de responsabilidade sem dano. Nesse sentido:

“No âmbito dessas inquietações, a literatura jurídica tem desenvolvido a ideia de responsabilidade sem dano para as hipóteses de dano ambiental futuro – danos às futuras gerações –, partindo da ideia de pena privada, que abarca as situações de reparação e de punição (sobre pena privada no direito civil, ver Tepedino; Schreiber, 2006, p. 499-525; Gallo, 1996; Rosendal, 2013; Lourenço, 2006). Desse modo, a tutela punitiva ou pedagógica de determinados interesses ou direitos estaria no âmbito da precaução e da prevenção, com a tutela reparatória incidindo nas demais hipóteses, independentemente da presença da culpa para configurar a ilicitude (Carvalho, 2008, p. 146). A pena privada, por conseguinte, pode ser aplicada para quatro situações na responsabilidade civil e consumerista: (a) comportamento lesivo que atinge um direito sem que haja um dano patrimonial; (b) lucratividade por parte do lesante com a produção do dano (lucro ilícito ou *disgorgement*), a tornar insuficiente a função reparatória da responsabilidade civil e consumerista; (c) custo social advindo do ilícito é superior aos danos individuais, ante a natureza difusa desse custo; (d) microlesões (Sinde Monteiro, 2011, p. 186), cuja sanção criminal seria excessiva (Gallo, 1996, p. 14).”¹²

Um campo fértil para a aplicação de tais sanções apartadas da prova do dano estaria no direito ambiental e sua proteção às futuras gerações, mediante tutela de precaução e prevenção.¹³ Pablo Malheiros sugere, como exemplo de responsabilidade sem dano, o do proprietário que, pretendendo construir uma edificação com uso de amianto, sofreria os efeitos da tutela preventiva.¹⁴ Assim, o que a teoria traz como consequência é a ampliação da própria noção de responsabilidade civil.

12. FROTA, Pablo Malheiros. Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2013. p. 209-210.

13. *Idem*, p. 210.

14. *Idem*, p. 211.

Se, na leitura atual, a responsabilidade civil implica o estudo dos deveres de indenização e reparação de dano sofrido, passar-se-ia a considerar também como objeto da responsabilidade civil a imposição de deveres que não têm por pressuposto a identificação de uma lesão ao patrimônio ou à pessoa da vítima.¹⁵

Observe-se que, após descrever a teoria da responsabilidade sem dano e citar o debate a respeito consignado na Carta do Recife, Pablo Malheiros afirma que esta seria uma discussão desnecessária, já que, tendo em vista a ideia de responsabilidade pressuposta,¹⁶ a responsabilidade civil já estaria estabelecida antes mesmo da concretização do dano.¹⁷ Parece, entretanto, que a perspectiva com a qual trabalha, em que pese a referência à pressuposição de responsabilidade, não exclui a questão da responsabilidade com e sem dano.

Em outras palavras, um modelo de responsabilidade jurídica em que o estabelecimento da responsabilidade seja pressuposto pela ligação a uma situação de risco não afasta o problema da identificação do dano. Afinal, ainda que se conheça com antecedência o responsável, haverá situações em que o dever será imposto após a consumação do dano e outras, antes. Adotando as premissas do autor, na responsabilidade ambiental, por exemplo, seguirá sendo relevante determinar se o dano ocorreu ou foi dispensado. Afinal, essa análise influenciará a determinação do dever jurídico que será imposto ao responsável, que será o de reparação integral quando se tratar de dano causado ou de medidas voltadas à prevenção e precaução no caso de responsabilidade sem dano.

Parte-se, portanto, da hipótese de que a dispensabilidade do dano como elemento da responsabilidade civil representa uma mudança teórica considerável, cuja repercussão é significativa. Sua adoção implicaria consequências relevantes na teoria da responsabilidade civil, justificando o seu estudo.

15. Em sentido contrário, distinguindo responsabilidade civil de prevenção de dano, VICENTE, Dario Moura. Entre autonomia e responsabilidade: da imputação de danos à tabaqueiras no direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano 1, n.1, p. 248-249. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2014.

16. A respeito, confira-se HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

17. “À vista do exposto e respeitando entendimentos diversos, afirma-se que não há necessidade de se tratar o tema como responsabilidade sem danos, já que a responsabilidade por danos é pressuposta, no sentido de ser anterior à concretização do dano, e abarca os danos potenciais, visíveis, invisíveis, previsíveis, prováveis e improváveis, concretos e atuais, conferindo a cada um deles uma adequada tutela – de precaução, de prevenção (ex.: CDC, art. 84; CPC, art. 461) e (ou) de reparação” (FROTA, Pablo Malheiros. Op. cit., p. 211).

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

Feito o resgate das linhas gerais da proposta, em seguida serão articuladas as observações sobre a possibilidade de haver responsabilidade civil sem dano.

3. ALGUMAS REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A RESPONSABILIDADE SEM DANO

O problema da responsabilidade civil sem dano diz respeito, aparentemente, aos pressupostos da responsabilidade. Em sentido mais técnico, pertence ao debate sobre o suporte fático da norma de responsabilidade civil e a possibilidade de subtrair-lhe um de seus elementos constitutivos. Seu estudo consistiria, portanto, em indagar a respeito da viabilidade de proceder-se à ablação do dano como requisito da responsabilização. Parece que esta seja uma conclusão, se não falsa, ao menos incompleta e condutora a equívocos.

Sem dúvida o dano figura entre os pressupostos do surgimento do dever de indenizar. No entanto, o problema não está na configuração do suporte fático, que é por natureza mutável nas variadas normatizações da responsabilidade civil,¹⁸ mas principalmente no preceito da norma de responsabilidade civil, que impõe a reparação de dano.

Se os pressupostos variam, por variarem os suportes fáticos, os preceitos das regras que estabelecem responsabilidade civil têm sempre o mesmo efeito: impõem o dever de reparar o dano sofrido.¹⁹ Logo, o problema da responsabilidade sem dano é um problema de eficácia, pois propõe uma responsabilidade civil cuja eficácia seja distinta da de reparação.

A identificação da responsabilidade civil com a eficácia indenizativa decorre do desenvolvimento da teoria dos ilícitos civis. O ilícito pode ter três eficácias distintas: caducificante, quando conduz à perda de uma situação ju-

18. Não são os mesmos os pressupostos da responsabilidade civil por fato do produto (art. 12 do CDC), da responsabilidade do Estado (art. 37, § 6.º, da CF) ou da responsabilidade transubjetiva dos pais pelos danos causados pelos filhos (CC, art. 932, I).

19. Necessariamente de forma plena, em face do princípio da reparação integral. A respeito, confira-se, entre outros, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art. 944 do CC: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 758-765. Interessante antevisão da ideia de reparação integral se encontra no art. 800 da Consolidação das Leis Civis: “A indemnização será sempre mais completa que fôr possível; em caso de dúvida, será a favor do ofendido” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, cit., p. 486).

rídica; invalidante, quando se trata de ato jurídico *lato sensu* inválido; e, por fim, indenizativo, quando dele decorre o dever de indenizar o dano causado.²⁰ Afastadas as duas primeiras, a terceira eficácia ficou diretamente ligada à responsabilidade civil.

Com a transição da responsabilidade civil clássica liberal para a responsabilidade contemporânea,²¹ desaparece a vinculação ao ato ilícito como gerador da responsabilidade.²² Há responsabilidade civil decorrente de fatos jurídicos *lato sensu* ilícitos que não são volitivos,²³ não caracterizando atos, bem como de fatos lícitos aos quais se atrela a responsabilização.²⁴ Descolada

-
20. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 254-266.
 21. Notar que a referência aqui não é à proposta do direito de danos, mas sim ao constructo da responsabilidade civil contemporânea, que não se assemelha ao direito de danos mas se assenta em bases claramente distintas da responsabilidade civil liberal.
 22. A responsabilidade civil pode derivar de atos ilícitos; atos-fatos ilícitos; fatos *stricto sensu* ilícitos; atos lícitos; e, ainda, de atos-fatos lícitos. A respeito, com forte base ponteana, confira-se BAPTISTA, Silvío Neves. *Teoria geral do dano*, cit., p. 50-57.
 23. Atos ilícitos implicam volição, portanto exame de culpa ou dolo. A constatação de que a responsabilidade não decorre só de atos nos conduz à superação da culpa e à responsabilidade objetiva, um processo que se desenrola desde o fim do século XIX (vide, a respeito, COVIELLO, Nicola. Responsabilità senza colpa. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897). Diziam Pontes de Miranda: “Assim, nos nossos dias, já assistimos a mudanças radicais em matéria de responsabilidade. Individualismo: princípio de independência dos indivíduos, automismo social; se A procede com prudência, não é responsável. Autonomia da vontade + culpa extracontratual = teorias clássicas da responsabilidade civil. Transição: intervenção da máquina; grande número de acidentes, calamidades nas classes operárias, movimentos de revolta de classes; insuficiência do Estado para amparar os menores, as viúvas e os velhos. Maior atenção às vítimas. Consequências-ensaios: mutualismo; responsabilidade por acidentes (interpretação semiclássica: responsabilidade pela causa finalis, adágios como *Eigenes Interesse*, *eigene Gefahr*, e *Ubi emolumentum, ibi ónus*; interpretação nova: responsabilidade objetiva, responsabilidade sem culpa). Solução científica: responsabilidade social e individualização pelo dano” (PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1966. t. LIII, p. 57).
 24. “O sistema jurídico traça as linhas de onde começa a responsabilidade pelo dano. A imputabilidade, a atribuição do dever de prestar a indenização, nem sempre coincide com a antijuridicidade, nem com algum ‘ato’ que a lei repute ilícito. Às vezes há regra jurídica que, para proteger algum bem ou interesse de outrem, permite que se atinja a esfera jurídica de alguém e estabelece, para o equilíbrio, que o favorecido pela lei excepcional indenize o dano causado. Trata-se aí de intromissão permitida. Outras vezes, há regra jurídica que não veda que se mantenha ou crie riscos para outrem, ou

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

do ato ilícito, entretanto, a responsabilidade civil permaneceu vinculada à eficácia indenizativa.²⁵

Pontes de Miranda²⁶ já observava que outros efeitos podem decorrer do ilícito que não a indenização, dando origem a medidas como a legítima defesa da posse, a manutenção da posse e as ações cominatórias. Essas medidas não caracterizam responsabilidade civil, porque não tratam de indenização.

Se a lição era importante àquela época, hoje é ainda mais, dada a evolução considerável da tutela inibitória,²⁷ dos deveres de prevenção e precaução²⁸ e da possibilidade de tais efeitos preventivos decorrerem não apenas do ilícito mas também de fatos lícitos *lato sensu*.

O problema de admitir a responsabilidade sem dano é que todos esses efeitos distintos da reparação ficariam remetidos à responsabilidade civil. Haveria uma expansão extraordinária e pouco controlável da responsabilidade civil, que teria de dar conta de toda uma série de consequências que hoje lhe são estranhas. E isso justamente no momento em que a reparação de dano alcançou o maior grau de sofisticação e complexidade.

Do ponto de vista da teoria geral do direito, a regra que estabelece o dever de indenizar próprio da responsabilidade civil constitui norma secundária, que incide após o descumprimento da norma primária que exige a obediência de determinada conduta.²⁹ Tratando de responsabilidade contratual, o Código foi

para outros, mas cogita da reparação dos danos que provêm desses riscos. (...) Nem sempre há o ato, nem sempre há, sequer, a ilicitude” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 210-211).

25. Por isso é correto ainda hoje se dizer que: “uma pessoa é responsável civilmente quando está obrigada a reparar um dano sofrido por outra” (MAZEAUD, Henri et al. *Lecciones de Derecho Civil*. trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ejea, 1978. Parte segunda, vol. II, p. 60).
26. “Não se identifiquem o delito (ato ilícito) e a reparabilidade. Pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem que se possa reclamar a reparação. Então a ilicitude só permite a legítima defesa, as ações de manutenção de posse, os preceitos cominatórios, o *habeas-corpus* e outros remédios preventivos dos danos à pessoa ou ao patrimônio” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 66).
27. Confira-se, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 249 e ss.
28. Entre outros, LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
29. Por todos, VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed., São Paulo: Noeses, 2010. p. 73-74.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

preciso, em seu art. 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos (...)”.

Se a responsabilidade civil passa a dizer respeito também a deveres que eram considerados anteriores a ela, o campo do direito de vizinhança que trata do direito de construir passaria a ser de responsabilidade civil, por exemplo. Nele, há uma série de deveres jurídicos que independem de dano, antecedem o dever de indenizar e, quando devidamente obedecidos, previnem o dano.

Seria de responsabilidade civil também a norma que estabelece o dever de visita, já que sua efetivação previne o dano moral pelo chamado abandono afetivo.

Mesmo os direitos de personalidade, dos quais irradia toda uma série de pretensões anteriores à sua violação e à causação de dano moral, estariam contidos na disciplina da responsabilidade civil. Haveria, portanto, uma confusão entre antecedente e consequente, bem como a remessa à teoria da responsabilidade de eficácias que lhe são estranhas e não lhe dizem respeito.

Assim, se o efeito próprio da responsabilidade civil é o indenizativo, não é possível falar em responsabilidade sem dano, não sem que ao menos haja uma radical transformação da própria concepção de responsabilidade civil em um sentido que nem mesmo a proposta do direito de danos parece pretender operar. Por fim, não parece que a função punitiva da responsabilidade civil constitua um caminho válido para alterar tal conclusão.

A recepção dos *punitive damages* em um sistema de *civil law* como o brasileiro tem sido matéria de frequente controvérsia. Nosso modelo de responsabilidade civil tem fundamento na restituição.³⁰ Sempre que se propõe um critério de reparação de dano que se afasta dessa noção e incorpora elementos externos de valoração do *quantum* indenizatório há risco de violação da proibição do enriquecimento sem causa.³¹ Ainda assim, há autores que entendem ser necessária a adaptação do dano punitivo à responsabilidade

30. “O fundamento – no direito contemporâneo – está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível, e a técnica legislativa, partindo da causalidade, há de dizer qual é o critério, na espécie, para se apontar o responsável. A restituibilidade é que se tem por fito, afastado qualquer antigo elemento de vingança” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. LIII, p. 207).

31. Vide, a respeito, as considerações de RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano insuficiente. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al (orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 147-152.

no direito privado.³² Nesse ponto, parece assistir mais razão à doutrina que critica a importação do instituto.

O risco de imiscuir-se nas funções da tutela penal e civil e de estimular demandas imotivadas pesa em desfavor do dano punitivo revertido diretamente ao lesado.³³ Outros instrumentos podem desempenhar a mesma função sem os mesmos inconvenientes, como o dano moral coletivo e as sanções administrativas como as previstas nos arts. 55 a 60 do CDC.

Independentemente dessa discussão, aqui meramente tangenciada, o que interessa ao propósito da exposição é observar que, ainda que se admita uma função punitiva para a responsabilidade civil brasileira, ela não implica aceitação da responsabilidade sem dano. Para os autores que o admitem, o dever de reparar danos punitivos caminha juntamente com a indenização dos danos provados. Não há, portanto, dano punitivo puro.

Por outro lado, se se admite a indenização dos danos punitivos como forma de prevenção, não se poderá falar em indenização e responsabilidade civil. Nessa hipótese, poderá haver imposição de multa como sanção administrativa, a depender dos requisitos da regra que a prever.

4. CONCLUSÕES

Ao fim dessas breves ponderações sobre a ideia de responsabilidade civil sem dano, são tecidas as seguintes conclusões:

a) direito de danos é uma proposta em articulação na doutrina brasileira que pretende desenvolver instrumentos técnicos para enfrentar a crise da responsabilidade civil contemporânea. Sem entrar em juízos de valor sobre o direito de danos ou a respeito da viabilidade de suas teses, parece equivocado denominar direito de danos a fase contemporânea da responsabilidade civil, que sucede a da responsabilidade civil liberal, bem como a fase de diagnóstico da crise da responsabilidade civil contemporânea.

b) No contexto do direito de danos, alguns autores sustentam a possibilidade de responsabilidade sem dano. A tese, embora recente, não é isolada e demonstra relevância, sendo importante debatê-la.

32. Por exemplo, VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 54-55.

33. Vale conferir MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258-264.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

c) A responsabilidade sem dano é uma proposta de desvincular a responsabilidade civil da obrigatoriedade da eficácia indenizativa, atribuindo-a outros efeitos.

d) Não parece haver fundamento ou vantagem efetiva na absorção de outros deveres jurídicos pela responsabilidade civil, que permanece tendo função reparatória.

Tais conclusões, articuladas apenas para fins de clareza e objetividade, constituem uma primeira contribuição ao debate, que é instigante e se desdobra em muitas outras teses que compõem o universo teórico que começa a se desenhar para o direito de danos.

O problema da reparação de danos continuará a ser, por certo, objeto da mais detida atenção do civilista brasileiro para os próximos anos. Nele se impõe um equilíbrio complexo na construção de um modelo que possibilite a proteção prioritária da vítima e respeite parâmetros definidos para o dever de reparar.³⁴

Mas é à doutrina, não resta dúvida, a quem cabe a assunção dessa tarefa, de modo a fornecer os subsídios para a atividade decisória dos tribunais. Nesse contexto, segue válida a advertência:

“Certamente, a teoria da responsabilidade tem que variar. Muda, às vezes, com o conteúdo do próprio conceito de dano. Com as necessidades gnosiológicas, econômicas e políticas da sociedade. A teoria teria que ser a do momento histórico, porque, explicada a noção de responsabilidade, a teoria não seria matéria de ciência, mas sim de técnica econômica, política e jurídica”.³⁵

5. REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. In: BARROSO, Lucas Abreu (org.). *A realização do direito civil*. Curitiba: Juruá, 2011.

CARTA DO RECIFE. *Revista Fórum de Direito Civil*, ano. 2, n. 2, p. 239-240. Belo Horizonte: Fórum, jan.-abr. 2013.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

34. Neste sentido, TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 406-407.

35. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. LIII, p. 57.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. ano 3. p. 89-103. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016.

- COVIELLO, Nicola. Responsabilità senza colpa. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII. Torino: Fratelli Boca Editori, 1897.
- DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesini's and Deakin's Tort Law*. 7. ed., Oxford: Clarendon Press, 2013.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 52. Rio de Janeiro: Padma, out- dez., 2012.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed., Rio de Janeiro: B. Garnier, 1876.
- FROTA, Pablo Malheiros. *Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2013.
- HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Estudios sobre responsabilidade por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1982. t. IV.
- LÓBO, Paulo. *Responsabilidade sem dano*. Palestra. In: VII Jornadas Brasileiras de Direito Privado. Maceió, jun. 2013.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- MAZEAUD, Henri et al. *Lecciones de Derecho Civil*. trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ejea, 1978. Parte segunda, vol. II.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Art. 944 do CC: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: VIEGAS, Frederico (org.). *Direito civil contemporâneo*. Brasília: Obscursos.
- _____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. O “caso das pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “direito de danos” e da violação da liberdade positiva como “dano à pessoa”. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

- _____. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano insuficiente. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al (orgs.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1966. t. LIII.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.
- VICENTE, Dario Moura. Entre autonomia e responsabilidade: da imputação de danos à tabaqueiras no direito comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano. 1, n. 1. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2014.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4. ed., São Paulo: Noeses, 2010.
- VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A genealogia do ilícito civil e a formação de uma regulação de risco pela responsabilidade civil ambiental, de Délton Winter de Carvalho – *RDA* 65/83-100 (DTR\2012\100);
- A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações, de Alexandre Miguel – *RT* 809/11-27, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 1/473-497 (DTR\2003\156); e
- O princípio da reparabilidade dos danos morais: análise de direito comparado em um corte horizontal e vertical no estudo dos ordenamentos jurídicos, de Flávia de Almeida Viveiros de Castro – *RDPriv* 15/189-200, *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/795-807 (DTR\2003\375).