



Ensaaios de RESPONSABILIDADE CIVIL

Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel
Claudia Celina de Araujo Neves Ulisses
Marcela Livia Pessoa Soares Macedo
(Orgs.)



É desnecessário explicar a importância do tema na atualizada. Aliás, não só agora. Não há registro histórico de uma época que o lesado não pôde buscar reparação pelo dano sofrido. Desde sempre, o dano gera algum tipo de responsabilização. Porém, de fato, a humanidade foi evoluindo. Do revidar, imediatamente, em razão do instituindo, ou posteriormente, através do “olho por olho, dente por dente”, tem-se a vingança privada. Após, tem-se o surgimento de uma composição voluntária, através da qual a vítima poderia requerer uma compensação econômica pelo mal sofrido. São temas relevantes, bastante atuais, envolvendo acontecimentos e entendimentos recentes, especialmente no contexto brasileiro. Do primeiro ao décimo capítulo o livro traz, respectivamente, os temas de abandono afetivo, casas de apostas esportivas, dano reflexo, dano temporal, discriminação em razão de sua orientação sexual no ambiente de trabalho, empresas e violações a direitos humanos ambientais, fake News, imprensa, litigância de má-fé na gratuidade de justiça e prática de adultério, todos relacionados à responsabilização civil.



Ensaio de Responsabilidade Civil

Ensaio de Responsabilidade Civil

Organizadoras:

Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel
Claudia Celyna de Araújo Neves Ulisses
Marcela Livia Pessoa Soares Macedo



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

Fotografia de capa: Ryoji Iwata

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati; ULISSES, Claudya Celyna de Araújo Neves; MACEDO, Marcela Livia Pessoa Soares (Orgs.)

Ensaio de Responsabilidade Civil [recurso eletrônico] / Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel; Claudya Celyna de Araújo Neves Ulisses; Marcela Livia Pessoa Soares Macedo (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

158 p.

ISBN - 978-65-81512-43-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Responsabilidade Civil; 2. Estado; 3. Justiça; 4. Direitos humanos; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumario

Apresentação	9
As organizadoras	
1	12
Responsabilidade civil por abandono afetivo	
Aurino Calland de Sousa Leite	
2.....	24
Responsabilidade civil das casas de apostas esportivas	
Felipe Augusto Bezerra Barbosa	
Thomaz Negreiros Filho	
3.....	37
Responsabilidade civil e o dano reflexo: análise sob a perspectiva dos direitos de personalidade	
Lucas Orleans Campelo de Almeida	
4.....	51
Responsabilidade civil por dano temporal	
Gustavo Rodrigues Vasconcelos	
Julio Cesar Torres	
5.....	63
A responsabilidade civil por discriminação à pessoa em razão da orientação sexual no ambiente de trabalho	
Jully Gardemberg Burlamaqui das Neves	

6.....	84
Responsabilidade civil da empresa por violações a direitos humanos ambientais: a necessidade de se pensar em soluções inovadoras com a intervenção de diversos atores sociais	
Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel	
Claudya Celyna de Araújo Neves Ulisses	
Marcela Livia Pessoa Soares Macedo	
7.....	95
Fake news e a responsabilidade civil	
Éldima Daniele Barros	
Paulo Henrique Vaz Soares	
8	108
Responsabilidade civil da imprensa	
Welliany Bezerra Barreto	
9.....	125
Litigância de má-fé na busca pelo direito da gratuidade da justiça e a responsabilidade civil do Estado	
Marcos Torres	
Naasson Guilherme Costa Lima	
10	144
Responsabilidade civil e a prática do adultério	
Liliana Atenas Lustosa Vargas	

Apresentação

As organizadoras

Com grande satisfação, apresentamos o livro “Temas de Responsabilidade Civil”, por nós organizado, no âmbito do Programa de Pós Graduação do (CESVALE). Os capítulos são escritos pelos alunos e professoras, sobre o tema desenvolvido no âmbito da Pós Graduação em Direito e Processo Civil oferecido por esta Instituição de Ensino Superior.

É desnecessário explicar a importância do tema na atualizada. Aliás, não só agora. Não há registro histórico de uma época que o lesado não pôde buscar reparação pelo dano sofrido. Desde sempre, o dano gera algum tipo de responsabilização.

Porém, de fato, a humanidade foi evoluindo. Do revidar, imediatamente, em razão do instituindo, ou posteriormente, através do “olho por olho, dente por dente”, tem-se a vingança privada. Após, tem-se o surgimento de uma composição voluntária, através da qual a vítima poderia requerer uma compensação econômica pelo mal sofrido.

São temas relevantes, bastante atuais, envolvendo acontecimentos e entendimentos recentes, especialmente no contexto brasileiro. Do primeiro ao décimo capítulo o livro traz, respectivamente, os temas de abandono afetivo, casas de apostas esportivas, dano reflexo, dano temporal, discriminação em razão de sua orientação sexual no ambiente de trabalho, empresas e violações a direitos humanos ambientais, *fake News*, imprensa, litigância de má-fé na gratuidade de justiça e prática de adultério, todos relacionados à responsabilização civil.

No primeiro capítulo, Aurino Calland de Sousa Leite discorre sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo dos filhos, pais, cônjuges, idosos e qualquer outra pessoa que se torne vulnerável em uma relação

afetiva, em vários aspectos da vida, como por exemplo diante das novas tecnologias que seduzem, principalmente, os menores.

Em seguida, Felipe Augusto Bezerra Barbosa e Thomaz Negreiros Filho tratam de tema bastante recente, relacionado à lei 13.756/2018: apostas esportivas ou loteria de cota fixa em eventos esportivos e a possibilidade de execução por responsabilidade civil, assunto que, há pouco tempo, não era lícito.

O terceiro capítulo foi escrito por Lucas Orleans Campelo de Almeida, trazendo considerações sobre os direitos de personalidade sob a ótica da responsabilidade civil, onde se encontra o dano reflexo. O texto defende que a terceira pessoa, prejudicada reflexamente, além da vítima imediata que recebeu os efeitos diretos do ato ilícito e sofreu o dano moral, será contemplada com a reparação do dano moral por direito personalíssimo autônomo.

Gustavo Rodrigues Vasconcelos e Julio Cesar Torres escreveram o capítulo que se refere à responsabilidade civil por dano temporal, especialmente na relação de consumo. Os autores defendem que o tempo deve ser compreendido como bem passível de proteção jurídica, especialmente se o fornecedor oferece produto ou serviço exatamente para que o consumidor possa doar o seu tempo à família, aos amigos, ao lazer ou quaisquer outras práticas que preferir.

No quinto capítulo do livro, Jully Gardemberg Burlamaqui das Neves traz tema de acentuada relevância, referente à responsabilização civil de quem discrimina pessoa em relação à sua orientação sexual no ambiente de trabalho. A autora salienta a importância do respeito à dignidade da pessoa humana acima de tudo e defende a quebra de paradigmas heteronormativos impostos pela sociedade, para que preconceitos não se sustentem.

Após, Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel, Claudya Celyna de Araújo Neves Ulisses e Marcela Livia Pessoa Soares Macedo trouxeram a necessidade de se pensar na responsabilização civil das grandes empresas que violam direitos humanos e soluções inovadoras para o caso. Apesar do

necessário aprofundamento da questão, as autoras discorrem sobre as linhas gerais do assunto, propondo que se pense em responsabilização civil, especialmente quando se trata de degradação ambiental.

O sétimo capítulo do livro foi escrito por Éldima Daniele Barros e por Paulo Henrique Vaz Soares. Aborda-se tema de extrema relevância na atualidade: responsabilização civil pela propagação de notícias falsas pela internet, as *fake news*, e também pelo uso indevido de imagens na web.

No capítulo seguinte, Welliany Bezerra Barreto trata da responsabilidade civil da imprensa. A autora conclui que quando a imprensa abusa do seu direito de informar, agindo em desacordo com os direitos da personalidade do indivíduo exposto, deve haver reparação civil, compensatória e indenizatória, de ordem material ou moral.

Marcos Torres e Naasson Guilherme Costa Lima trataram do tema da litigância de má-fé na busca da gratuidade de justiça, diante do caso de alegações que não se coadunam com a verdade sobre as condições financeiras das partes. A jurisprudência citada demonstra o repúdio do Poder Judiciário a tal conduta.

Por fim, Liliana Atenas Lustosa Vargas discorre sobre a responsabilidade civil pela prática de adultério. Demonstra, através de jurisprudências, que o assunto é corrente nos tribunais brasileiros, mas se deve ter a necessária cautela na caracterização da responsabilização civil do cônjuge adúltero, especialmente porque o aquele que sofreu a infidelidade por parte do outro, deverá demonstrar que sofreu frustrações, dor, vexame e humilhação.

Esperamos que façam boa leitura das provocações expostas nesta obra, sem deixar de considerar que os temas foram expostos para que a pesquisa, tão desmerecida, mas necessárias nos dias atuais, não deixe de causar estímulos a novas ideias.

Teresina, janeiro de 2020

Responsabilidade civil por abandono afetivo

Aurino Calland de Sousa Leite

Introdução

A responsabilidade é conceituada, segundo o dicionário da enciclopédia livre, como sendo a obrigação de responder pelas ações tomadas por si mesmo ou por outrem, podendo ser interpretado também como o dever de arcar com as consequências do seu próprio comportamento ou de outro.

Na seara jurídica, a responsabilidade civil constitui uma obrigação ensejada a partir do desrespeito de algum bem jurídico atingido onde alguém se saiu, de alguma forma, prejudicado.

Quando falamos em responsabilidade civil, na verdade estamos encarando os problemas da atualidade enfrentados pela sociedade.

Notadamente com a transformação do meio social, os problemas vão gradativamente se modificando, fato este que enseja mudança também na resposta dada pelas decisões judiciais diante a ação que buscam reparar esta responsabilidade.

No Brasil, segundo o artigo “O que é responsabilidade civil hoje?”, do sítio eletrônico meu.juridico.com, a responsabilidade civil pode resultar de atos ilícitos ou não, sendo este individual ou coletivo, próprio ou de terceiro.

E não somente as pessoas capazes, como também os incapazes podem responder por danos indenizáveis e omissões, sejam estas gravíssimas ou não.

Falar hoje em dia de responsabilidade civil não é falar simplesmente de culpa, ou responsabilidade subjetiva. Atualmente se considera cada vez mais a responsabilidade objetiva, principalmente nas relações de consumo.

Outra forma de responsabilidade objetiva é notada entre o Estado e empresas concessionárias que prestam serviços públicos.

De fato, a teoria do risco resultou da criatividade de juristas franceses, que nos fins do sec. XIX e início do sec. XX mudaram a forma de interpretar a culpa dos empregadores em acidentes de trabalho sofridos por seus empregados, considerando que estes são vulneráveis em relação àqueles.

Isto demonstra uma rica dinâmica da matéria, lançando novas interpretações que podem alterar velhas crenças.

Notadamente a responsabilidade civil é um dos mais dinâmicos institutos jurídicos da atualidade, refletindo as mudanças culturais que vão surgindo na sociedade atual, tornando cada vez mais comum o reconhecimento de direito a danos, sejam estes morais ou materiais.

Pretendemos discorrer sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo e suas várias peculiaridades, que envolvem inúmeros aspectos, uma vez que prevalece a máxima popular imensamente difundida: “Você se torna responsável por quem afetivamente cativa”.

2 Responsabilidade civil por abandono afetivo dos filhos

Sabemos que a estruturação da família é um fator decisivo para o desenvolvimento dos filhos.

Ao mesmo tempo em que se conquistou a igualdade entre homens e mulheres perante a lei, as antigas e modernas famílias, a lei contemplou também vários direitos inerentes aos filhos menores, e por que não dizer

maiores, sendo vedada expressamente na Constituição discriminação entre os filhos, não importando sua origem.

Notamos a importância do cumprimento da lei, no que assegura o direito dos filhos, visando não causar a estes danos irreparáveis na formação psicológica, não sendo vítimas de traumas físicos e mentais, dor, vexame, humilhação e menosprezo durante o período de seu desenvolvimento.

Neste escopo, a aplicação da lei pode obrigar aos pais reparação de eventuais danos causados a sua prole, não ficando os que praticam este ilícito livres de punição e deste modo não sejam seguidos por outros que desejam cometer os mesmos danos.

Segundo KIMURA 2019, é cada vez mais comum encontrarmos crianças e adolescentes órfãos de pais vivos, muitas vezes de nascimento indesejado ou simplesmente abandonados por outras prioridades, quer sejam emprego, administração de uma empresa, vida social dos pais que afastam o convívio dos filhos, viagens frequentes individuais ou somente de um casal, entre outras ações que excluam os filhos da convivência diária e contínua.

As mudanças da globalização e do mundo contemporâneo nos levam a aprender muita coisa com o auxílio da rede mundial da Internet, porém esta modernidade pode levar a uma alienação do convívio familiar, onde os filhos passam a se dedicar a relacionamentos com colegas e amigos através das várias redes sociais, bem como os pais, deixando de interagir uns com os outros.

Notadamente não se pode aprender a amar virtualmente e nem tampouco adquirir uma personalidade através do computador.

O amor se deriva da união e não há nada que possa substituir afeição originária da família, alicerce primordial da construção de uma sociedade.

VENOSA, 2013, afirma que as principais características da família são: Intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, universalidade, indivisibilidade, correlatividade, oponibilidade, etc.

Sabemos que a para haver uma responsabilização civil é preciso identificar qual o dano que foi causado, como observa o artigo 186 do código civil:

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

Para que o dano seja apurado, é necessário identificar os pressupostos da responsabilidade, que notadamente são:

Ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e finalmente o dano concretizado.

Constata-se que, para a reparação do dano, é preciso se observar que não se pode indenizar o dano mínimo com a máxima indenização, pois neste caso se estaria contrariando a lei. Primeiro se observa o dano, para que então seja calculado o valor da indenização.

Não se pode arbitrar uma quantia máxima indiscriminadamente, para que não empobreça injustamente o causador do dano.

De outro lado, uma indenização absurda além de injusta, pode causar um enriquecimento ilícito para a pessoa que sofreu o dano.

Em relação ao dano, podemos dizer que é moral quando viola o direito de personalidade, caracterizado por sofrimento através de aborrecimento.

Cavaliere Filho, 2014 ensina que, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angustias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão de fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando

ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. [1]

O dano de consequência material é todo aquele que causa perda ou avaria patrimonial da vítima.

A criança desde sua formação no ventre da mãe necessita de cuidados por parte dos pais. É necessário o fornecimento de alimentos, higiene, atenção e todo afeto, pois sem isso a mesma não poderia sobreviver.

Entre as causas que provoca o afastamento entre pais e filhos é a separação dos cônjuges ou companheiros, porém isto não isenta dos mesmos do cumprimento de suas obrigações, conforme a Lei 10.406/2002:

Artigo 1.34. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I – dirigir-lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – numerar-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V – representá-los, até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento,
- VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Todos estes cuidados e deveres somam-se ao direito da criança de conviver no seio da família, condição essencial para o seu pleno desenvolvimento físico mental e intelectual, também consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além de todos os deveres, ainda existem as obrigações negativas, que podem acarretar a perda do poder familiar se o pai ou a mãe:

- I – castigar imoderadamente o filho;
- II – deixar o filho em abandono;
- III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Realizando as condutas acima mencionadas, os pais ficam sujeitos a responsabilidade civil de reparação por ofender a dignidade e causar danos a personalidade dos filhos, que se resume no artigo 249 do Estatuto da Criança:

“Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela, ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena – multa de três a vinte salários, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”

3 Responsabilidade civil por abandono dos pais idosos

Segundo o desembargador Jones Figueiredo Alves, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que definiu com abandono afetivo inverso “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”.

Em contraponto ao abandono dos filhos, o ordenamento jurídico traz direitos e deveres para a família e a sociedade no que tange à proteção dos pais ou qualquer outra pessoa idosa. Além do Estatuto do Idoso, a Lei nº 10.741, a própria Constituição Federal assegura expressamente que ninguém deverá ser abandonado quando atingir a velhice.

Também o Código penal, no seu artigo 244, prevê que os bens jurídicos tutelados que contemplam a proteção da estrutura e a organização familiar, principalmente na preservação, referente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente, como também de ascendentes inválidos ou acima de 60 anos.

No Código Civil consta, no seu artigo 1.696 o estabelecimento da reciprocidade entre pais e filhos, inclusive a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros o direito à prestação de alimentos. Todos os parentes em linha reta estão obrigados

a prestar alimentos uns aos outros. O artigo 1.697 do mesmo diploma estabelece que, na falta dos ascendentes, cabe aos descendentes a obrigação decorrentes da proteção dos irmãos menores ou inválidos, tanto os germanos quanto os unilaterais.

Neste contexto, podemos considerar a possibilidade de ação por responsabilidade civil e criminal por abandono do idoso, tanto por dano moral (extrapatrimonial) ou material, caso seja visível a delapidação do patrimônio do idoso.

O Ministério dos Direitos Humanos, através do serviço público Disque 100, informou que recebeu 16.014 denúncias de violência contra idosos, somente no período de janeiro a junho de 2016. Também no primeiro semestre de 2015, o Ministério recebeu 13.752 denúncias de violência contra os mesmos, constatando um crescente desrespeito e abandono afetivo as pessoas da terceira idade.

Embora assegurado no estatuto do Idoso, observa-se na prática o abandono de muitos idosos que são deixados por seus parentes em asilos ou locais distantes sem qualquer aproximação de quem deveria cuidá-los e ampara-los, caracterizando o abandono afetivo.

Isto posto, está mais que evidente o direito de se buscar a responsabilidade civil por abandono dos idosos.

4 Responsabilidade civil por abandono afetivo do cônjuge

Em relação ao cônjuge, observa-se incidência de abandono quando uma relação esfria e um ou os dois cônjuges focam suas atenções em outras prioridades, perdendo o interesse no relacionamento um com o outro.

A doutrina e o ordenamento jurídico nos ensinam que, com a celebração do casamento, surgem direitos e deveres para as duas partes, como previsto no artigo 1.566 do Código Civil, aqui enumerados:

Fidelidade recíproca, que decorre da organização monogâmica da família; vida comum no domicílio conjugal, onde prevalece a cumplicidade

das alegrias e dificuldades da vida cotidiana; mútua assistência, atitude que obriga os cônjuges a auxiliar um ou outro, tanto na ajuda material, quanto na assistência moral e espiritual; o sustento guarda e educação dos filhos é imposta pelo Estado, visando tutelar o bem-estar da prole, no âmbito familiar harmônico e equilibrado, onde se constrói a personalidade dos filhos com amparo, afeto e segurança necessários para o desenvolvimento completo dos menores e por fim, o respeito e consideração mútuos entre os cônjuges, intimamente ligado aos direitos inerentes a personalidade, que refletem proteção a imagem, ao nome, à honra e a dignidade da pessoa humana, sendo todos estes direitos assegurados na carta magna.

Ao se observar o desrespeito a estes preceitos, há seguramente a possibilidade de responsabilização civil por danos de um cônjuge ou ex-companheiro causado ao outro.

5 Responsabilidade civil por abandono afetivo por quebra de compromisso de casamento.

Não só os abandonos afetivos entre casais, pais e filhos, idosos e inválidos são passíveis de responsabilização previstos na lei e na doutrina. Observa-se que a simples promessa de casamento, o comprometimento formal e informal de uma pessoa com outro já enseja a responsabilização civil.

No âmbito de supostas interações entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil diz respeito à responsabilidade pré-nupcial referente ao casamento. A quebra de promessa é vista hoje como fato gerador do dever de indenizar, seja por danos morais causados ao que foi jurado de amor e depois abandonado, incluindo também danos imateriais, se houver.

A quebra se dá quando se rompe um compromisso de noivado, de modo a fazer surgir o dever de indenizar nos esposais.

6 Responsabilidade Civil por abandono no relacionamento amoroso virtual

Segundo Jones Figueiredo Alves (2017), as crianças e adolescentes são desde cedo, estimulados a uma imersão na realidade virtual, na tecnologia inerente e nas redes sociais disponíveis na mundial da Internet.

Os pais muitas vezes intencionam proporcionar o desenvolvimento dos seus filhos no alcance das novidades tecnológicas, põem muitos deles não se preocupam em monitorar ou eventualmente fiscalizar o conteúdo acessado por seus filhos nas redes sociais.

Este comportamento muitas vezes expõe menores a todo tipo de assédio, principalmente ao sexual, moral e emocional.

Figueiredo Alves referenciou esta situação como omissão às relações parentais mais qualificadas, e denominou esta situação com “orfandade digital”.

Submetidos sem critérios ou padrões de controle aos modernos aparatos da virtualidade, seus instrumentos e redes, tornam os filhos ainda mais vulneráveis; vítimas, de modo que o abandono digital dos pais ausentes ou de convivência deteriorada, não se preocupam em observar o que acontece na vida virtual dos filhos.

O resultado disto é que, mesmo os filhos estando fisicamente presente no aconchego do lar, ficam vulneráveis ao ataque virtual das mais diversas mentes psicopatas que navegam tranquilamente na grande rede, buscando a quem possa atacar.

A proteção dos menores somente foi assegurada com a vigência do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. No seu artigo 29 versa que “o usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta lei e da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)”.

Patrícia Peck Pinheiro cunhou o termo “abandono digital”, negligência parental configurada por atos omissos dos pais, que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético da Internet e suas inúmeras redes sociais, ensejando os efeitos nocivos proporcionados por inúmeras situações de risco e vulnerabilidade.

Não só crianças e adolescentes então sujeitos a este tipo de ataque, mas também idosos e adultos que possuam alguma carência sentimental se tornam vulneráveis ao ataque virtual de mentes criminosas e inescrupulosas.

Mediante tais circunstâncias há de se falar em responsabilidade civil por danos morais e materiais provocados por agentes remotos das redes telemáticas.

A imprensa brasileira recentemente noticiou vários casos de adolescentes que se suicidaram após sofrer pressões psicológicas ao serem induzidas a postar *nudes* - fotos íntimas, e serem ameaçadas de ter suas fotos divulgadas ou publicadas amplamente na grande rede.

7 Considerações finais

De fato o ordenamento jurídico brasileiro positivou o dano causado por abandono afetivo, tanto dos pais, filhos, cônjuges, idosos e demais atores que sejam ou se tornem vulneráveis numa relação afetiva.

Tanto os danos materiais quanto morais são previstos no código civil e em leis correlatas.

Cabe ao poder público e a própria sociedade identificar e propor a responsabilização civil das diversas formas que vão surgindo com a evolução tecnológica aplicada aos dias atuais, que molda e transforma novos e velhos costumes, numa velocidade cada vez mais acelerada.

Este é um desafio para as atuais e futuras gerações: acolher os benefícios e afastar as mazelas da modernidade.

Referencias

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.777, de 2018. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003..Estatuto do Idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110741.htm >. Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm >. Acesso em: 01 jul. 2019.

Wikipédia – Enciclopédia Livre. Responsabilidade. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

Wikipédia – Enciclopédia Livre. Responsabilidade Civil. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade_civil>. Acesso em: 02 jul. 2019.

NETTO, Felipe Braga. O que é responsabilidade jurídica. **meu.juridico.com**. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/20/o-que-e-responsabilidade-civil-hoje/>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

KIMURA, Amanda Mayumi. **Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo**. Disponível em: <<https://amandamayumi456.jusbrasil.com.br/artigos/141514948/responsabilidade-civil-decorrente-de-abandono-afetivo>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Fernandes, Crislayne Rodrigues. **A Responsabilidade Civil e Criminal Decorrente do Abandono do Idoso.** Artigo do JUS.COM.BR. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62149/A-Responsabilidade-Civil-E-Criminal-Decorrente-Do-Abandono-Do-Idoso/>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

FIUZA, Vanessa Stefani. **Os danos morais decorrentes da violação dos deveres conjugais e dos companheiros.** Jusbrasil.com.br. Disponível em: <<https://vanessafiuza.jusbrasil.com.br/artigos/164900657/os-danos-morais-decorrentes-da-violacao-dos-deveres-conjugais-e-dos-companheiros>>. Acesso em: 07 Jul. 2019.

ALVES, Jones Figueirêdo. **Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede.** Revista Consultor Jurídico, 15 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet/>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

Responsabilidade civil das casas de apostas esportivas

Felipe Augusto Bezerra Barbosa

Thomaz Negreiros Filho

1 - Introdução

A princípio compete realçar que é um tema que a pouco tempo estava dentro de uma modalidade de apostas não autorizada pelo ordenamento jurídico do nosso país. Porém, que tinha grandes adeptos e movimentava uma grande soma de dinheiro, e que estava a margem do Poder Público.

A menos de um ano meio foi sancionada a Lei que introduziu essa modalidade de aposta no Brasil (Lei essa que será abordada mais a frente), a modalidade que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro foi a loteria de cota fixa para eventos reais de tema esportivos, conhecida mais como apostas esportivas, que no nosso país a espécie dessa modalidade que mais se destaca é o futebol, logo não poderia ser outra espécie, já que o Brasil é o país conhecido como o do futebol.

A loteria de cota fixa para eventos reais de tema esportivos, ou para os adeptos as apostas esportivas seduzem o público com a promessa de que se a pessoa acertar o prognóstico de um evento esportivos será recompensado com um valor, dependendo da cota e valor inicial apostado.

A grande desconfiança do público era se acertando o prognóstico, a loteria conhecida como casas de apostas esportivas, efetuar o pagamento outrora combinado. A pessoa acionando o Poder Judiciário para fazer cumprir com a obrigação da casa de aposta, obtinha o conhecimento que

aquele tipo de aposta era ilegal, com o advento da nova Lei, passou-se a legalidade desta modalidade de aposta, tendo a casa de aposta sua responsabilidade civil com o apostador.

2 - Apostas esportivas

De início cabe destacar que em dezembro do ano passado foi sancionada a Lei 13.756/2018, que gerou a espécie de loteria denominada apostas de quota fixa, que compreende em sistema de apostas relativas a eventos reais de assunto esportiva, no qual é determinado, no instante de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico.

No nosso país e no mundo é comum apostar em site pela internet em eventos esportivos, seja em futebol, basquete, voleibol, corrida de cavalos dentre outros. Portanto, no Brasil a aposta esportiva que se destaca das demais é o futebol.

As apostas em eventos esportivos por meio de sites perduravam em uma margem jurídica. De um lado, a Lei de Contravenções Penais, tratando as apostas como contravenção penal: “estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele”, de acordo com o artigo 50, inserida “as apostas sobre qualquer competição esportiva” (§ 3.º, c).

De outra forma, o embargo não atingia as empresas no exterior, já que o artigo 5.º do Código Penal Brasileiro determina que a lei brasileira só se aplica aos atos praticados no território nacional. De acordo com Tiago Gomes e Marcel Belfiore:

Para que sites de apostas esportivas hospedados em países nos quais tais atividades são lícitas operassem e ofertassem serviços a internautas localizados no Brasil. Apostadores brasileiros conseguiam acessar normalmente os sites estrangeiros, apostar em competições realizadas em solo nacional ou internacional e obter resultados financeiros sem qualquer fiscalização ou controle. Assim, mesmo antes da legalização, cerca de 500 sites de apostas esportivas já ofereciam, a partir do exterior, serviços em português

e possibilidade de realização de apostas sobre eventos esportivos ocorridos no Brasil, ou envolvendo clubes e atletas brasileiros.

As estimativas sobre o mercado brasileiro de apostas esportivas dão conta de que este mercado movimentava entre R\$ 4 bilhões e R\$ 9 bilhões por ano.

Com a regulamentação da atividade, as empresas de apostas estrangeiras poderão obter licenças para operar diretamente no país, o que, além de possibilitar o incremento de arrecadação de recursos pelo governo federal com as outorgas de licenças, autorizações e a tributação das atividades e resultados, permitirá às entidades desportivas brasileiras acesso a novas possibilidades para a obtenção de recursos financeiros.

As estimativas sobre o mercado brasileiro de apostas esportivas dão conta de que este mercado movimentava entre R\$ 4 bilhões e R\$ 9 bilhões por ano. Imaginando-se uma tributação linear de faturamento da ordem de 15% sobre o faturamento das empresas e de 27,5% sobre os resultados das apostas, pode-se imaginar um nada desprezível incremento de arrecadação federal variando entre cerca de R\$ 1 bilhão e R\$ 3,8 bilhões ao ano, sem prejuízo dos valores obtidos com a outorga onerosa de licenças e autorizações para funcionamento dessas empresas no país, e sem falar do próprio aumento de apostadores a partir da legalização.

Fazer apostas desportivas não é nada complicado, na verdade é até simples. Sendo requisito que a pessoa tenha mais de 18 anos e disponha de algum valor para começar a investir (o valor pode ser de R\$ 30,00 ou até valores mais elevados, ocorrendo que nas casas de apostas físicas pode-se investir pequenos valores como R\$ 5,00), pode-se cadastrar no site de uma casa de apostas e iniciar suas operações, também há as casas de apostas físicas, onde pode encontrá-las em bairros de grandes cidades e até em interiores.

Nas bolsas de apostas esportivas as possibilidades para compra de odds (probabilidades) é infinita. Você pode apostar desde em resultados, como vitória de um time ou empate na partida, até número total de gols, classificação para uma próxima fase e quantidade de escanteios em um jogo.

Benéfico por poderem ser feitas de qualquer lugar, precisando apenas de um computador com acesso à internet, as apostas esportivas online podem ser ainda mais lucrativas quando, mais do que um palpite, passam

a ser resultado da aplicação de métodos e análises de fatores pré e durante os jogos.

Nas palavras de Danilo Pereira:

Você sabe o que é Match Odds? Esse termo faz referência ao famoso 1×2 ou Probabilidade. Esses três nomes são muito conhecidos nos mercados das apostas esportivas e eu quero explicar melhor pra você hoje. Resumidamente, 1 é igual ao time 1 (mandante) o x é o empate e o 2 é o time 2 (visitante).

Isso quer dizer que você tem 3 opções para apostar:

Se você apostar no 1, significa que você está apostando para o time mandante ganhar a partida. Ou seja, não será empate e não tem metade devolvida. Seu time precisa ganhar realmente.

Se você apostar no X significa que você apostou no empate. Nesse caso, o jogo precisa terminar em empate para você ganhar sua aposta.

Se você apostou no visitante, o 2, só ganhará a aposta se o time visitante ganhar a partida.

Brasileirão - Série A		1	X	2	
Sab 13 Jul					
17:00	Fortaleza v Avaí	1.80	3.20	5.00	92 >
17:00	Grêmio v Vasco da Gama	1.55	3.60	7.50	92 >
19:00	Bahia v Santos	2.80	3.10	2.60	92 >
19:00	São Paulo v Palmeiras	3.40	2.90	2.37	92 >
Dom 14 Jul					
11:00	Flamengo v Goiás	1.40	4.33	8.50	92 >
16:00	Atlético Paranaense v Internacional	1.90	3.20	4.75	92 >
16:00	Corinthians v CSA	1.28	4.75	13.00	92 >
16:00	Cruzeiro v Botafogo	1.61	3.80	5.75	92 >
19:00	Chapecoense v Atlético Mineiro	2.10	3.10	3.80	92 >

fonte: <https://www.bet365.com/#/AC/B1/C1/D13/E102/F16/> > acesso dia 13 de jul. 2019.

Contudo, no caso de a pessoa obter êxito em seu investimento, e no momento de fazer o saque na conta online, ou se dirigir até a sede da casa de aposta física, mas a casa de aposta esportiva não cumprir com o que foi acordado em outrora (não pagar).

3 - Responsabilidade civil das casas de apostas esportivas

A responsabilidade civil aparece na presença da violação do dever de cumprir algo que foi outrora acordado entre as partes, pela violação de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de apreciar uma regra normativa que regula a vida em sociedade. Note-se que Flavio Tartuce: “*Responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual.*” *Atente que o autor fala em mais de uma responsabilidade civil, “também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual”.*

Acerca da Lei Aquiliana, de que valor foi em tal grau de relevância que deu nome à nova referência a responsabilidade civil delitual ou extracontratual. A respeito disso o autor Pablo Stolze Gagliano:

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanho; e o segundo, o dano causado por um credor acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil.

O autor refere-se que a referida lei surgiu no Direito Romano exatamente no tempo na qual a responsabilidade sem culpa estabelecia a regra, achando-se o autor do dano penalizado conforme com a *pena da época*, de acordo com a Lei das XII Tábuas. Segundo Flavio Tartuce:

A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. A partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o **Código Civil Brasileiro de 2002**.

Contudo, ainda na própria lei mencionada (Lei das XII Tábuas), concepções do avanço do instituto, ao idealizar a possibilidade de conciliação entre a vítima e o ofensor, cessando a execução da pena de Talião. Dessa forma, em lugar de forçar que o autor de um dano de um membro do corpo ou sofra a mesma quebra, por ação de um resultado de troca, a vítima receberia, a seu critério, um valor em dinheiro ou outros bens.

Segundo o autor Pablo Stolze Gagliano: “A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima”, note-se que o autor aborda de uma indenização a vítima, fazendo jus a responsabilidade que o infrator não cumpriu, “caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas”.

Isto posto, cabe destacar as espécies de responsabilidade civil relevante para o presente trabalho como a Responsabilidade Contratual e Extracontratual. Um sujeito é capaz de efetuar um dano a outrem, bem como deixar de realizar uma obrigação contratual. Por exemplo: Uma casa de aposta esportiva promete o cumprimento da obrigação de dar o dinheiro no caso de uma pessoa acertar o prognóstico estabelecido outrora, e a pessoa pagar o valor. Se, o indivíduo acerta o prognóstico, mas a casa de aposta esportiva não cumpre o prometido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Ao passo que a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o autor comete uma infração de um dever legal, e, na contratual, não cumpre o combinado, tornando-se inadimplente. Nesta, encontra-se um acordo anterior entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, inexistente o jurídico existente entre a vítima e o agente causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Por conseguinte, a espécie de responsabilidade objetiva e subjetiva é de tamanha importância para o exposto trabalho. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves: “Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano”, o autor narra que o elemento culpa é necessário para reparar o dano, “em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade”. Gonçalves novamente afirma que na teoria subjetiva se não houver culpa não pode haver responsabilidade, “diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.” Então nesse ponto de vista, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Na responsabilidade objetiva dispensa totalmente da prova da culpa. Ela é aceita, independentemente de culpa. Desta maneira, que tenha ligação de causalidade entre a ação e o dano. Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. No sentido desta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade gera uma ameaça de dano para terceiros. Nas palavras de Flavio Tartuce:

Para esclarecer o que constitui essa *atividade de risco*, foi aprovado enunciado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, com a seguinte redação: “Enunciado n. 38. Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Desse modo, a nova previsão consagra um *risco excepcional, acima da situação de normalidade*.

4 - Da relação de causalidade

Uma das estimativas da responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Carlos Roberto Gonçalves: “Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar”, pressuposto essencial para dar cumprimento à indenização, “O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem”. Trata-se de determinação legal, onde o dano só é capaz de produzir responsabilidade no momento em que agir capaz de estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor.

Dos múltiplos conceitos sobre o nexos causal, o Código Civil Brasileiro filiou-se, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403. Dispõe, com efeito, o mencionado dispositivo legal: “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”.

Carlos Roberto Gonçalves: “Não é, portanto, indenizável o chamado dano remoto, que seria consequência indireta do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja caracterização tivessem de concorrer outros fatores”.

5 - Princípio da inexigibilidade das dívidas de jogos e apostas ilícitas ou proibidas.

Note-se que com o advento da Lei 13.756/2018 foi permitido a modalidade de jogo de cota fixa, precisamente em apostas relativas a

eventos reais de temática esportiva, de acordo com o artigo 29, parágrafo 1 e 2 da citada Lei, veja:

Art. 29. Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público exclusivo da União, denominada apostas de quota fixa, cuja exploração comercial ocorrerá em todo o território nacional.

§ 1º A modalidade lotérica de que trata o caput deste artigo consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais de temática esportiva, em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico.

§ 2º A loteria de apostas de quota fixa será autorizada ou concedida pelo Ministério da Fazenda e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, físicos e em meios virtuais.

Portanto, fica superado que apostas esportivas é legal conforme a recente Lei, não podendo as casas de apostas esportivas descumprir com sua obrigação e alegar que dívidas de jogos e apostas é algo ilegal, e não podendo cobrar.

Segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p. 840, apud VALE, Horácio Eduardo Gome, [ano 22, n. 5043, 22 abr. 2017](#)) ajuda a esclarecer:

"Afim, são distinguíveis os jogos proibidos, autorizados ou tolerados. Jogos ou apostas autorizados, como as loterias [Decreto-Lei 204/67], ou o turfe [Lei 7.294/84], são lícitos e geram efeitos jurídicos normais, erigindo-se em obrigações perfeitas. É o que se prevê no § 2º, segunda parte, do preceito em exame [...]. Jogos ou apostas proibidos são, por exemplo, as loterias não autorizadas, como o jogo do bicho, ou os jogos de azar referidos pelo art. 50 da Lei das Contravenções Penais. Mas, há também os jogos tolerados, de menor reprovabilidade, em que o evento não depende exclusivamente do azar, mas igualmente da habilidade do participante, como alguns jogos de cartas. Por isso, a legislação não os proíbe, por considerá-los uma diversão sem maior proveito, mas pelo mesmo motivo não lhes emprestando a natureza de obrigação perfeita. Pois, como se expressa no Código Civil, no "caput" e no parágrafo do artigo em comento, salvo se autorizados, os jogos e apostas não induzem obrigação coativa que possa ser juridicamente exigida, muito embora não caiba ao devedor que voluntariamente tenha pago dívida daí originária

postular a repetição de quanto pagou, salvo se, como adiante se referirá, esse pagamento prejudicou menor ou interdito"

Com a autorização por Lei dos jogos de cota fixa em eventos esportivos (apostas em jogos esportivos), sendo que no Brasil a modalidade que mais se destaca é as apostas em futebol. Conseqüentemente as apostas esportivas são jogos autorizados por lei, sendo legais, isto posto, a pessoa que efetuar uma aposta esportiva e ganhando, a casa de aposta não cumprir com sua obrigação, o indivíduo tem a faculdade de acionar o Poder Judiciário para reclamar o seu direito.

6 - Princípio da boa-fé

As partes obrigam-se ao comportamento com boa-fé, tanto objetiva e subjetiva, e no caso dos contratos de jogo e aposta, no caso do presente trabalho as apostas esportivas, sucede-se da mesma maneira. Quanto aos jogos e apostas não-permitido, porém não especialmente regulados, o contrato existe e vale.

Nas palavras de [Horácio Eduardo Gomes Vale](#): “Outro importante componente que incide sobre os contratos de jogo e aposta é a boa-fé (objetiva e subjetiva) contratual”. A responsabilidade das casas de apostas em cumprir com sua obrigação, o pagamento de eventual acerto na probabilidade. “Acerca do princípio da boa-fé objetiva, esta consiste em um conjunto de regras de conduta que devem ser seguidas pelos contratantes”. Reflete o princípio da boa-fé contratual a lealdade e confiança recíprocas”.

Consoante Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, faz uma breve distinção do princípio da boa-fé objetiva e subjetiva:

Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre na hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse. Nesse caso, o próprio legislador, em vários dispositivos, cuida de ampará-lo, não

fazendo o mesmo, outrossim, quanto ao possuidor de má-fé (arts. 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.220, 1.242, do CC/2002).

Distingue-se, portanto, da boa-fé objetiva, a qual, tendo natureza de princípio jurídico delineado em um conceito jurídico indeterminado, consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica.

Desta maneira, na maioria dos casos as casas de apostas esportivas possuem natureza de boa-fé objetiva, devendo observar um comportamento ético.

7 - Considerações finais

Em um primeiro momento cabe destacar que as apostas esportivas, ou loteria de cota fixa em eventos esportivos é uma nova modalidade de aposta no nosso país, sendo legalizada pela recente Lei 13.756/2018, gerando confiança para apostadores efetuar suas apostas, logo sendo cabível a cobrança em eventual caso de inadimplência, através do sistema jurídico civil brasileiro que é orientado por princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, as relações jurídicas feitas consoante as normas do ordenamento civil-constitucional brasileiro que prezar pela ética, segurança jurídica e boa-fé.

Destarte, viu-se que a aposta esportiva movimentava uma boa soma de dinheiro, e que tal dinheiro estava escoando para o exterior com sites fora do país. Assim, com a legalização o Poder Público poderá tributar em cima de tais loterias de cota fixa em eventos esportivos (apostas esportivas), gerando um ativo para os cofres públicos.

As apostas esportivas possuem formas morais, econômicas, culturais, religiosas, esportivas e jurídicas (processuais, tributários, econômicos, consumeristas, trabalhistas, civis).

O acordo celebrado de jogo é aquele no qual duas ou mais pessoas prometem, entre si, pagar certa quantia àquela que conseguir um resultado favorável, em eficiência de um evento indefinido. O acordo de aposta esportiva é aquele promovido entre duas ou mais pessoas (pessoa

e casa de aposta) que garantem reciprocamente pagar certa quantia àquele que acertar a opinião sobre um evento esportivo futuro, ou em tempo real. No primeiro caso temos a loteria numérica, como exemplo: mega sena, lotofácil, lotomania, timemania, quina, dupla sena e no segundo caso temos as apostas esportivas, como exemplo: futebol, voleibol, basquete, corrida de cavalo, dentre outras modalidades.

Por fim, é uma nova modalidade de investimento que atrai pela publicidade de facilidade de ganho rápido nos eventos, dependendo do palpite do indivíduo que em poucas horas pode ganhar um valor de um salário mínimo vigente no país, ou mais, dependendo do quanto o indivíduo faz sua aposta inicial, e que pode bater à porta do Poder Judiciário para cobrar no caso de não cumprimento da obrigação.

Referências

BRASIL. [Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018](#). IPI: Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa. **REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Brasília, DF, Dez. 2018. Disponível em: . Acesso em 13 de jul. 2019.

_____, Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, **REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Disponível em: . Acesso em 13 de jul. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

_____, **Manual de direito civil; volume único** / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título II. Pamplona Filho, Rodolfo. 16-1508 CDU 347(81).

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único** / Flávio Tartuce. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

PEREIRA, Danilo. o que são as match odds nas apostas esportivas?. Danilo Pereira Betting Expert, 2019, disponível em: <<https://danilopereira.net.br/index.php/2019/06/26/match-odds-nas-apostas-esportivas/>> acesso em: dia 13 de jul. 2019.

GOMES, Tiago. **A legalização das apostas esportivas no Brasil**, Games Magazine Brasil, 2019, disponível em: <<https://www.gamesbras.com/apostas-online/2019/2/7/legalizacao-das-apostas-esportivas-no-brasil-11498.html>> acesso em: dia 13 de jul. 2019.

CESAR, Rodrigo. **Casa de aposta não paga – o que posso fazer?**, Aposta ganha Br, 2018, disponível em: <<https://www.apostaganhabr.com/destaques/casa-de-apostas-nao-paga-o-que-posso-fazer/>> acesso em: dia 13 de jul. 2019.

VALE, Horácio Eduardo Gomes. Princípio da inexigibilidade das dívidas de jogos e apostas ilícitas ou proibidas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5043, 22 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56476>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Responsabilidade civil e o dano reflexo: análise sob a perspectiva dos direitos de personalidade

Lucas Orleans Campelo de Almeida

Introdução

No presente trabalho considerou-se a relevância do tema para a sociedade contemporânea que existe entre a figura do dano – prejuízo aferível economicamente ou não – e sua íntima relação com a responsabilização civil no âmbito dos direitos de personalidade, partindo-se da premissa de que o dano reflexo opera quase que excepcionalmente nos casos de responsabilização atinentes aos direitos personalíssimos. Daí, a origem da atenção dispensada para importante temática.

Nesse diapasão, este trabalho desenvolve-se, portanto, coma a análise da sistemática empregada na jurisprudência, doutrina e legislação brasileiras no campo da responsabilidade civil, especificamente no dano reflexo e seus desdobramentos em tratando-se de direitos de personalidade.

O desenvolvimento do presente capítulo foi modelado em três tópicos.

O primeiro tópico tem como objeto de estudo a responsabilidade civil e sua evolução histórica e estrutural, num primeiro momento no direito alienígena, e posteriormente em ordenamento brasileiro. Além disso, buscou-se apresentar conceituações importantes para o melhor entendimento do instituto jurídico e sua confluência com a concepção geral do dano.

O tópico subsequente aborda especificamente as reflexões basilares que levam à compreensão da relação de existência entre o dano e a responsabilidade civil, além de abordagens quanto as principais manifestações doutrinárias em matéria de direitos de personalidade.

O último tópico traz a análise da reverberação dos efeitos do dano sobre os direitos de responsabilidade, em especial, sua conformação e aplicação ao tratar-se de danos reflexos.

Pretende-se, com o presente estudo, levar a uma necessária reflexão quantos as bases da responsabilidade civil, bem como a análise das diversas ramificações que o dano extrapatrimonial pode apresentar nas relações privadas, mormente, aquelas que relativas aos direitos de personalidade.

2 Responsabilidade civil

Na alvorada da civilização, a responsabilidade iniciou sua formação sob ideia objetiva, i.e., desvinculada da ideia de culpa e com base na concepção de vingança privada, isso, embora rudimentar, era compreensível na visão do indivíduo humano (reação pessoal ao prejuízo sofrido).

Neste esboço, Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 6) defende que “o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito”.

2.1 Da evolução histórica do conceito de responsabilização

Concebeu-se, por muito tempo, a vingança pessoal (privada) enquanto “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”. (LIMA, 1938, p.10)

Sob este mesmo enfoque, a Pena de Talião, ao trazer a regra do “olho por olho, dente por dente”, normatizou a vingança privada, a qual, por sua

vez, evoluiu, posteriormente, para uma fase de composição voluntária do dano sob critério da vítima.

Então, entendia-se que a entrega de objetos ou mesmo o valor em dinheiro do autor do dano para a vítima denominava-se *poena*, não havendo qualquer dúvida no que se refere ao fato de “a reparação ainda ter como lastro a vingança, sem questionamento de culpa ou não-culpa”. (LIMA, 1998, p. 20)

Contudo, vale-se dizer que segundo John Gilissen (2001, p. 751) assinala, mesmo que, “apesar do desenvolvimento da responsabilidade individual no domínio penal no final da Idade Média e na época romana, a responsabilidade puramente civil não surge senão no século XVIII”.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 23) aduz que em meio “os romanos não havia nenhuma distinção responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano”.

Em seguida, a mudança para a composição tarifada, refletindo, a passagem da responsabilidade pessoal, por meio da qual o devedor respondia com o seu próprio corpo, para a responsabilidade patrimonial, em que a reparação se operava pelo pagamento de um determinado valor, através da expropriação do patrimônio do devedor, é fruto de um processo de evolução.

Noutro ângulo, pode-se afirmar que foi somente com a “Lex Aquilia”, ainda no período romano, que se introduziu a concepção da culpa, regulando uma pretensa responsabilidade extracontratual.

Neste sentido, imperioso é mencionar que mesmo havendo divergência na doutrina relativamente à matéria, tendo defendido uma boa parcela dos autores que a referida lei previu a culpa como elemento para a caracterização do delito (BETTI, 2006), em contrapartida, uma segunda vertente entende que o dever de reparar, no direito romano, se fundava no dano. Assim, foi a partir da Lei Aquilia que o direito passou a trabalhar com a concepção de culpa, esta “proveniente dos grandes filósofos gregos”. (SILVA, 1962)

Sob esta ótica, o Código Civil de Napoleão assegurou a culpa como requisito da responsabilidade aquiliana, apresentando forte influência sobre muitas legislações, tal como o Código Civil Brasileiro de 1916, que adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, conforme aduz Roberto Gonçalves:

Embora a culpa tenha sido expressamente vinculada apenas à responsabilidade extracontratual (artigo 159), as normas relativas aos contratos traziam consequências para o inadimplemento sob a mesma justificativa: reparação do prejuízo causado, via de regra, por culpa. (GONÇALVES, 2015, p. 36)

Por outro lado, a culpa, como pressuposto da responsabilidade, em razão de revestir-se de caráter subjetivo e moral, demandou a verificação de um comportamento reprovável do autor do dano, com dificultosa prova, o que empecilhara a indenização em algumas hipóteses.

Neste espeque, com a Revolução Industrial e o surgimento de novas tecnologias, engendrando a produção em massa e mecanizada, com mais o grande desenvolvimento dos transportes, incontáveis acidentes sociais passaram a acontecer. A prova da culpa pela vítima vulnerável e sem condições econômico-financeiras era diabólica e não permitia a reparação.

A primeira reação da doutrina e dos regimes jurídicos, objetivando uma maior proteção da vítima, concentrou-se em presumir a culpa, incluindo a inversão do ônus da prova.

Neste aspecto, a dificuldade, contudo, permanecia, considerando que, para elidir a responsabilidade, bastava ao agente demonstrar que tinha se utilizado de todos os cuidados exigíveis em sua atividade. As vítimas, deste modo, persistiam em situação de hipossuficiência.

Já com relação ao segundo passo, por consequência, ocorreu a teorização da responsabilidade objetiva, isto é, o dano seria atribuído ao seu autor, que havia de indenizá-lo, independentemente de culpa.

O problema passou a ser resolvido na relação de causalidade, havendo, assim, a dispensa do juízo de valor sobre dolo ou culpa *strictu sensu*. Diante disso, a Teoria do Risco foi uma das teorias formadas para

fundamentar a responsabilidade objetiva, unindo a obrigação de reparar aos riscos da atividade exercida.

Sob outra ótica, a necessidade social levou a ciência jurídica a desenvolver novos fundamentos para a responsabilidade civil, deixando de lado a noção clássica de culpa para a ideia de causalidade, com intuito de garantir efetiva reparação à vítima do dano.

2.2 Da recepção do instituto da responsabilidade civil no Brasil

No Brasil, o Código Civil era em sua essência subjetivista, como já visto. A responsabilidade objetiva, então, veio positivada em leis especiais, aplicáveis nos mais diversos setores, especialmente os mais sensíveis aos apelos sociais, v.g. Lei das Estradas de Ferro, Lei dos Acidentes de Trabalho, Código Brasileiro do Ar, Código Brasileiro da Aeronáutica, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça retributiva, acrescentou novos contornos para os pressupostos e elementos básicos da responsabilidade civil, comprometidos com a proteção e a efetiva reparação.

Na esteira destes fatos, em sequência, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao imputar a vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica do consumidor bem como visando garantir integral reparação, cristalizou a responsabilidade objetiva na categoria de princípio, regulando-a nos artigos 12 e 14, fato do produto ou serviço e 18 e seguintes - vício do produto e serviço -, além de garantir o direito à inversão do ônus da prova (cf. determina o artigo 6º).

Em contrapartida, é compreendido que a única exceção à responsabilidade sem culpa ficou a cargo da responsabilidade dos profissionais liberais (artigo 14, parágrafo 4º). Neste sentido, conformou o CDC, regulamentando a matéria de forma uniforme, que se superou a distinção existente entre responsabilidade contratual e extracontratual,

visto que garante a reparação para o contratante, imediato ou mediato na cadeia (i.e. subcontratantes), além de eventuais terceiros, os quais ficam equiparados ao consumidor (artigos 17 e 29).

A responsabilidade objetiva, usualmente definida solidariamente, fica, portanto, qualificada pelo defeito, ou a causalidade é qualificada pelo defeito (a qual parte da doutrina entende pelo risco não integral).

3 O dano na responsabilidade civil

Tornou-se comum ver o termo “dano” sendo utilizado para designar realidades distintas. Ora para fazer menção à lesão de qualquer bem jurídico, ora como sinônimo afronta ao patrimônio. No primeiro sentido, significa toda desvantagem experimentada pelos bens jurídicos, estando também inseridos os ditos bens patrimoniais e não patrimoniais.

Já no segundo, em *strictu sensu*, refere-se ao desfalque de bem pecuniariamente apreciável. Assim, existe, ainda, a palavra perda que, em nosso ordenamento, é usada para significar o mesmo que dano. (LEHMANN; ENNECCERUS,1953)

Nesse sentido, designariam, tanto a perda, quanto o dano, o que permitiria nomear ambos por dano emergente. A partir deste contexto, Agostinho Alvim (1955) reforça a ideia que melhor seria empregar a expressão danos e interesses, para, então, abarcar não somente a expressão dano emergente, como também o que se deixou de ganhar (lucro cessante).

Além disso, é corriqueira a utilização da terminologia perdas e danos para designar uma só realidade, e não duas figuras autônomas. Nesse sentido, perdas e danos exprime a ideia de prejuízo. (MARMITT, 1987)

Assentada a questão, então, sob o prisma do desvalor, dano é a diminuição do patrimônio ou menoscabo de bens imateriais. Por essa razão a tradicional sistematização do dano em sua forma material e moral: um calcado na perda patrimonial; outro, na ofensa aos valores da personalidade.

3.1 Dano material: perda patrimonial e do dano indenizável

Compreendida a noção de que dano material constitui o prejuízo patrimonial, parece imprescindível o adequado entendimento de patrimônio para a continuação do presente estudo.

Sendo assim, sabe-se que dentro das raízes romanas, a expressão patrimônio designava os bens da família. Deste modo, a ideia de patrimônio era traduzida por família, como bem se nota nas expressões *familiae erciscundae (actio)* e *familiae pecuniaque*. Com isso, entendia Clóvis Beviláqua (1955) – patrimônio – como uma variada e complexa rede de relações jurídicas de uma pessoa, aferíveis economicamente.

Nesta esteira, vislumbra-se que o mencionado civilista utilizou, como se vê, a expressão “complexo das relações jurídicas”, cuja principal função centra-se em albergar, na ideia de patrimônio, tanto elementos ativos quanto passivos, i.e., compõem-no as dívidas e os créditos, não se limitando somente aos bens da pessoa.

Outrossim, é cediço que o patrimônio é projeção da personalidade jurídica do ser humano, na medida em que este, tendo vivência em sociedade, efetua e participa, a todo o instante, de relações jurídicas de expressão econômica. (PEREIRA, 2016)

Diante disso, é possível constatar que não há como se conceber pessoa, em sociedade, sem patrimônio. Nesse sentido, o seu patrimônio considera-se uma necessidade da vida social.

Em contrapartida, para a teoria moderna, realista ou da afetação, o patrimônio constitui-se tão somente pelo ativo de um sujeito e, por isso, não se relaciona a um bem indivisível. Ressalte-se, ademais, que para esta última teoria o patrimônio é formado por vários núcleos individualizados, por exemplo, a herança, a massa falida, dentre outros.

Com efeito, não há que reconhecer em obrigação de indenizar em sendo inexistente o dano. De tal modo consagra-se nos artigos 402 e 403 do Código Civil.

Dessa ideia origina-se a tese de que, ocorrendo violação de um dever jurídico, culposamente, não se efetivará o direito de reparação pela falta de dano. Assim, o dano é a causa direta da indenização. Sem este, não se sustenta, até por critério de lógica, a obrigação de reparar. Não basta um dano qualquer. Necessário que seja, além do mais, atual e certo.

3.2 Dano moral e sua relação estrutural-lógica com a responsabilidade civil

Ao realizar-se uma análise mais detida quanto a responsabilidade civil, o dano, entendido como resultado da lesão ao patrimônio material ou imaterial, demonstra-se ponto neurálgico em sua configuração, despontando então, como seu principal elemento.

Neste sentido, uma vez conhecida a responsabilidade civil como imposição à obrigação de reparar o dano, esta não poderá ser verificada sem a sua existência. Nesta esteira, conforme o entendimento quase unânime da doutrina, em consonância com a legislação atual, no campo dos danos, distingue-se, num lado, os danos patrimoniais, já objeto de averiguação, e de outro, os danos morais - ou extrapatrimoniais -, significando, o verdadeiro prejuízo econômico e o sofrimento moral, ao patrimônio desmaterializado. (GOMES, 1978)

Neste espeque, ainda, no que diz respeito à configuração do instituto, para Orlando Gomes (1978), em sua definição de dano moral, impende distinguir, em primeira mão, a lesão ao direito personalíssimo que repercute no patrimônio daquela que não repercute. A lesão poderá ocorrer nas duas órbitas, isoladamente ou ao mesmo tempo. A lesão ao direito à boa fama e à honra de alguém pode determinar prejuízos na esfera patrimonial do ofendido ou apenas sofrimento moral.

Assim, a expressão dano moral deve ter mantido seu significado para referir ao atentado que não implica mero efeito patrimonial, pois, ocorrendo consequências de esfera patrimonial, o dano deixa de ser extrapatrimonial. (GOMES, 1978)

O dano moral, na esfera do Direito, reflete todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Sabe-se que configuram danos morais, v.g., as lesões aos direitos políticos, de personalidade humana, de família, além das lesões causadoras de sofrimento moral ou dor física, desvinculados aos respectivos reflexos no campo econômico. (FONSECA apud SILVA, 2012)

Henri Mazeaud e Léon Mazeaud, citados por Américo Luís Martins da Silva (2012), acrescentam que o dano moral não se restringe somente à lesão que afeta o domínio desmaterializado invisível dos sentimentos e pensamentos, mais além da lesão causada por sofrimentos físicos, sem consequência pecuniária, como, por exemplo, os resultantes de um acidente desprovido de reflexo econômico ou de uma cicatriz que deforme o rosto da pessoa ofendida.

Logo, pode-se concluir que em um caso hipotético de uma pessoa que presencia um atropelamento, esta não possui legitimação para pleitear indenização, mesmo que a cena lhe provoque grande dor. Ainda que, nesta mesma situação, caso exista uma relação de parentesco próxima entre o indivíduo e a vítima, aquele será lesado indiretamente e, conseqüentemente, como lesado indireto, tanto quanto a vítima, terão a legitimidade para postular a reparação civil do dano moral como um meio de atenuar, parcialmente, os desdobramentos da lesão jurídica por ambos sofrida.

4 Direitos de personalidade sob a ótica da responsabilidade civil

O estudo do tema da tutela dos direitos da personalidade, uma vez ausente disposição legal explícita, permite a mais ampla proteção preventiva ou inibitória e da tutela específica, prontas a salvaguardar os direitos da personalidade, a interromper a consumação do dano moral, a repetição ou o agravamento do dano mediante a imposição de obrigações de fazer e não fazer.

Neste campo, pode-se dizer que a modalidade de tutela dos direitos da personalidade atua sobre a conduta do autor da violação para que se abstenha da prática do ilícito; no afã que desfaça ou atenuar o resultado de sua conduta ilícita, causadora, ou potencialmente, de um dano moral.

Assim, é no âmbito dos direitos da personalidade – despatrimonializados – que as tutelas preventiva e específica se revelam mais necessárias, mormente em razão da dificuldade de uma vez consumada a violação ao direito da personalidade, obter-se uma adequada e justa reparação, sendo bastante utilizada aí o uso de tutela antecipada ou liminar.

Neste diapasão, importa destacar que os casos elencados na legislação, esmiuçados pela doutrina ou apreciados pela jurisprudência, resolvem-se na proteção dos chamados direitos da personalidade, eis que de sua violação resulta o dano moral reparável. Desta feita, os autores apresentam a tendência de classificar os danos morais segundo a espécie do direito da personalidade lesionado.

Mas cabe ainda mencionar, em face da inviável enumeração exaustiva dos direitos da personalidade e dos danos morais possíveis, igualmente inviável a tentativa de sua classificação.

Neste aspecto, reitera Sessarego citado por Yussef Said Cahali (2011, p. 36), abordando a temática sobre as tendências de proteção da pessoa, que o direito, dentro de sua natureza tridimensional, é “primordialmente vida humana interferida, mostrando-nos o ser humano como uma unidade ontológica, cuja realidade impõe a juristas que adotem um método integral e unitário protetivo da pessoa humana, condizente com a sua diversidade existencial”.

4.1 Da proteção aos direitos de personalidade

A grande variação de direitos do indivíduo não pode reclamar uma múltipla sustentação, pois cada um dos direitos não pode se fundar de modo autônomo em um interesse fragmentado, parcial, que protege sem

preferir menção à inseparável unidade simbolizada pela pessoa humana. (CAHALI, 2011)

Assim, toda possível proteção jurídica de certo aspecto da complexa personalidade relaciona-se com o “ser” da pessoa, no quanto retrata a sua única e especial base de formação. Pode-se, então, inferir que a posição pluralista se afasta da realidade quando subdivide em plurais aspectos isolados e autônomos algo que de fato é uma “unidade ontológica”.

Todavia, a reflexão acerca da vinculação é de extrema necessidade, eis que na pessoa humana convergem múltiplos interesses que, a despeito de poderem ser estudados isoladamente, não significa que todos estes interesses não mantenham entre si um denominador referencial comum que, servindo-lhes como único fundamento, confere uma conotação solidária.

4.2 Danos reflexos e sua reverberação sobre os direitos de personalidade

Destarte, as “objeções” à teoria pluralista não têm o condão de propor a completa supressão de todas as situações subjetivas relativas à pessoa nos dispares ordenamentos jurídicos vigentes. Pelo contrário, pode-se afirmar que têm o intuito de destacar que as situações jurídicas subjetivas, identificadas no plano da legislação comparada, não obtiveram êxito em esgotar os múltiplos aspectos da pessoa humana, significando, pois, insuficientes para uma completa proteção do ser humano.

Por outro lado, no que se refere aos danos morais indiretos, reflexos ou por ricochete, e mesmo, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem, em hipóteses excepcionais, que terceiros sejam afetados moralmente, de modo reflexo e indireto, pelo dano moral sofrido pela vítima do ato ilícito.

Neste sentido, é possível visualizar que muito embora cuidar-se de uma responsabilidade atrelada à mesma causa que originou a obrigação,

tal direito se destaca para conservar sua autonomia no que concerne à titularidade e consequente exercício. (CAHALI, 2011)

Por esta razão, a terceira pessoa, prejudicada reflexamente, além daquela vítima imediata que recebeu os efeitos diretos do ato ilícito e sofreu o dano moral, será contemplada com a reparação do dano moral por direito personalíssimo autônomo.

Assim, não poderia ser outra a constatação: os ditos prejudicados reflexamente, lesados indiretamente, são aqueles que têm um interesse moral vinculado a um valor de afeição que lhes significa (ou representa) o bem jurídico da vítima imediata do dano, existindo, dessa forma, o que se denomina, pois, uma presunção “iuris tantum” de dano moral indireto em favor de descendentes, ascendentes, cônjuges, irmãos, a título de exemplo, em caso de ato ilícito que cause dano moral a pessoa da família.

Considerações finais

Portanto, ante a exposição das matérias e esmiuçamento da temática proposta, com destaque para o princípio geral de que a ação de reparação do dano moral incumbe à vítima, verifica-se que em muitos casos se revela difícil a identificação do autor da ação rigorosamente como vítima, vez que o dano o afeta por intermédio de outra pessoa.

No que se refere ao prejuízo pode ser experimentado não por uma pessoa, mas, sim, por uma pluralidade, atingindo várias pessoas. Daí, cada uma tem direito de exigir a reparação em detrimento do responsável, concluindo que o direito de exigir a reparação depende de prova do prejuízo ou da lesão à afeição.

Assim, repisa-se o pensamento cristalizado por Yussef Said Cahali (2011), segundo o qual “havendo uma multiplicidade de pessoas atingidas reflexamente pelo mesmo ato ilícito”, sendo assim, apesar de inexistir óbice ao ajuizamento de ações autônomas, o caso seria de litisconsórcio ativo na ação de indenização, mas, em qualquer caso, tendo sido paga

indenização única ao parente mais próximo, os demais seriam excluídos, no pressuposto da unicidade da indenização.

Considerando que, por fim, que, se dois ou mais legitimados ingressam com ação, a indenização deverá ser repartida. Caso, posteriormente, outro legitimado venha pleitear indenização pelo mesmo fato, na hipótese de outro já ter obtido indenização em ação judicial, a alternativa a este último é postular parte do valor que aquele já recebeu.

Referências

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 175.

BETTI, Emílio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 420-421.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Editora Francisco Alves, 1955.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de jul. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acesso em 13 de jul. 2019.

_____. *Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em 13 de jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm >. Acesso em 13 de jul. 2019.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ENNECERUS, Ludwig e LEHMANN, Heinrich. *Derecho de Obligaciones*. In: ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Traducción de la 35. Edición Alemana. Tomo II. Volume I. 2. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1953.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 751.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 332.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 6.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

_____. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 10.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 9.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 393.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962. p. 17.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Responsabilidade civil por dano temporal

Gustavo Rodrigues Vasconcelos

Julio Cesar Torres

1 - Introdução

O presente trabalho tem por objetivo esclarecer, desde logo, que sua intenção não é a de esgotar o assunto, tampouco criticar, debater ou aprofundar teses jurídicas, mas, antes, trazer a ideia à discussão pública.

O Tempo é fundamental na vida do ser humano, isto posto, de tamanho igual é no direito que regula a vida em uma sociedade composta por seres humanos. O propósito deste trabalho foi constatar a injusta diminuição do tempo do consumidor pelos fornecedores de produtos e serviços como ato ilícito. Tendo em vista que um dos interesses da sociedade pós-industrial é exatamente a apreciação do tempo, torna-se crucial colocar o tempo como um bem passível de proteção jurídica.

O tempo é um bem necessário de proteção jurídica, dessa maneira, sob a ocorrência de sua diminuição abusiva, não desejada pelo consumidor, existente estará o dever de reparar o dano resultante de tal descaso. É imprescritível para o ser humano, e tem seu valor jurídico, tanto que as leis processuais possuem prazos, que se não cumpridas pode acarretar efeitos prejudiciais.

Na atualidade houve o reconhecimento na [Constituição](#) Federal como direito fundamental de todo consumidor brasileiro ter a proteção dos seus direitos direcionado pelo próprio Estado, ficando a cargo do Código de

Defesa do Consumidor – CDC, norma criada por regulamento constitucional.

O trabalho aborda que a reparação civil está associada ao conceito de que nenhuma pessoa deve prejudicar a outra e dessa forma a responsabilidade pode ser determinada como a escolha de soluções que obriguem uma pessoa a consertar a lesão causada a outra em efeito de um ato ilícito seu, abordando a responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Portanto, o presente trata que a obrigação de cada fornecedor é fornecer um serviço de qualidade e digno, propiciar o bem-estar e assegurar a realização do seu consumidor, levando qualquer temor que possa resultar da compra do produto ou serviço por ele contratado zelando pelo bom atendimento das necessidades do consumidor.

Assim, o consumidor que adquiri um produto com defeito tem a faculdade de retornar ao fornecedor para apurar a falha deste último. Deixando o consumidor em uma situação de prejudicado sendo impelido a alterar suas atividades para apurar a falha do fornecedor.

2 - Dano temporal nas relações de consumo

De início cabe destacar que o reconhecimento da perda involuntária do tempo como um dano causado por conta de um defeituoso serviço das necessidades de consumo por dever dos fornecedores de produtos e serviços, estão tal como uma das mais relevantes vantagens na defesa do consumidor brasileiro.

O tempo é um bem susceptível de proteção jurídica, dessa forma, sob a ocorrência de sua diminuição abusiva, não desejada pelo consumidor, existente estará o dever de reparar o dano resultante de tal descaso.

O estudo do presente trabalho analisa o esclarecimento do que seja tempo útil e tempo livre, tendo em conta que os doutrinadores têm utilizado indistintamente pelos seus trabalhos, bem como pelo os colegiados dos tribunais em seus acórdãos. Na medida em que a perda involuntária do tempo é determinada como um dano extra rem, fato que

tenha início em uma relação obrigacional, pode ser entendido como uma violação positiva do contrato. De nada obstante, não se descuidou de finalizar que tal categoria de dano também pode ser causada por fato extracontratual. Nas palavras Vitor Vilela Guglinski:

Demoras e atrasos são ocorrências próprias dos dias atuais. Não há como negar que sempre que algo atrasa ou demora (a não ser que seja a própria morte a se atrasar), tem-se a sensação de que uma fatia da vida foi perdida.

Desde épocas remotas, o fenômeno temporal tem sido objeto de investigação dentro dos diversos campos do conhecimento humano: religioso, filosófico, sociológico, econômico, e também pelo Direito.

Na seara jurídica o tempo é considerado parâmetro para a criação, extinção, modificação, aquisição e exercício de direitos, *v. g.* os institutos da prescrição, da decadência, da usucapião, da preclusão, entre outros.

É certo que as diversas questões que cercam o cotidiano demandam algum tempo para serem tratadas e solucionadas, o que conduz à afirmação no sentido de que é perfeitamente normal e aceitável “perder” ou “investir” tempo para resolver as questões do dia a dia. Considerando-se que consumir é ato que compõe o universo de acontecimentos cotidianos do indivíduo, sendo o consumo um atividade realizada por todos ao longo das 24 horas do dia, soa natural que a solução das questões relacionadas ao ato de consumir também demandem tempo.

O consumidor não pode ser lesado pela espera demasiada no tempo para receber um atendimento, como ocorre quando o consumidor leva um produto ao fornecedor para suprir um defeito, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988, que tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana, garante, entre tantos outros direitos, o direito à educação, ao trabalho, ao lazer, que não é capaz de ser realizados corretamente sem a liberdade de tempo. De acordo com o referido, o tempo não é concedido um valor jurídico próprio de modo expresso,

Contudo, seu valor, como instituto jurídico, é incontestado, uma vez que todo o sistema normativo do país é interposto pelo tempo. Como pode observar, pode ser verificado na prescrição e decadência, em que o lapso temporal é bastante para constituir uma consequência jurídica como a

perda de uma pretensão, ou a satisfação de um direito. De acordo com Aline Gurgel:

A passagem do tempo é indispensável nas questões possessórias relacionadas à usucapião, na qual o lapso temporal da posse determinará a aquisição da propriedade. Vale ressaltar que as normas processuais são pautadas em prazos, os quais, uma vez desobedecidos geram consequências jurídicas, como a perda da possibilidade de contestar ou recorrer. Nas relações laborais, é notável a importância do tempo. Em várias de suas passagens, a [Carta Magna](#), para garantir a qualidade de vida dos trabalhadores, estabelece normas que deverão ser obrigatoriamente seguidas, como a limitação da jornada de trabalho, a concessão de repouso semanal e férias, as quais, uma vez desobedecidas poderão gerar a responsabilização do empregador. Especificamente em relação direito do consumidor, importa mencionar que a própria norma impõe limites de tempo para a resolução das irregularidades dos serviços ou produtos colocados no mercado pelo fornecedor.

O tempo é imprescritível para o ser humano, e tem seu valor jurídico, tanto que as leis processuais possuem prazos, que se não cumpridas pode acarretar efeitos negativos para o processo, portanto o tempo é importante para a existência, fim e alteração de novos direitos, uma vez violado, sujeito de uma responsabilidade civil por parte do fornecedor, comerciante, produtor dentre outros.

3 - Do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor – CDC, norma criada por regulamento constitucional, houve o reconhecimento na [Constituição](#) Federal como direito fundamental de todo consumidor brasileiro ter a proteção dos seus direitos direcionado pelo próprio Estado.

De acordo com Fabricio Bolzan de Almeida: “O novo modelo de produção em massa, surgido no período pós-revolução industrial do aço e do carvão, exigiu uma legislação específica”, o autor aqui fala do CDC, de uma norma para defender o consumidor, parte fraca da relação de consumo. “Assim, a forma encontrada para conseguir reequilibrar uma

relação tão desigual foi conferir direitos aos consumidores e impor deveres aos fornecedores”.

O CDC em seu artigo 4º, ao gozar sobre os objetivos da política nacional de relações de consumo, relata o suporte às obrigações dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações. Veja:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - Ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) Por iniciativa direta;
- b) Por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) Pela presença do Estado no mercado de consumo;
 - c) Pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

(...).

O artigo expõe, além do mais, os princípios orientadores aos quais deve obedecer a política voltada às relações consumeristas. Bem como, a proibição e punição capazes de inibir todos os agravos praticados no mercado de consumo que possam ocasionar danos aos consumidores. Nas palavras de Fabricio Bolzan de Almeida:

Em que pese o art. 6º do CDC elencar uma série de direitos básicos do consumidor, ressalta-se que o rol desses direitos é bastante amplo, não se limitando ao dispositivo citado, nem ao próprio texto do Código do Consumidor. Aliás, esta é a mens legis do art. 7º, caput, da Lei n. 8.078/90, que prevê: Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da

legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes.

As normas exercerão as seguintes obrigações: defender o consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança; promover e proteger os interesses econômicos dos consumidores; equipar aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais, dentre outros.

4 – Responsabilidade civil

O Código Civil em sua norma estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, assim como aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, o que consagra a regra de que toda pessoa que causa dano a outra tem o dever jurídico de repará-la, conforme o artigo 186 do referido Código.

A ponto de vista da reparação civil está associada ao conceito de que nenhuma pessoa deve prejudicar a outra e dessa forma a responsabilidade pode ser determinada como a escolha de soluções que obriguem uma pessoa a consertar a lesão causada a outra em efeito de um ato ilícito seu.

A responsabilidade civil apresenta-se na presença da violação do dever de cumprir algo que foi outrora acordado entre as partes – consumidor e fornecedor, produtor, dentre outros. De acordo com Elpidio Donizetti:

A grande maioria das pessoas que lê *Dom Casmurro* tendo antes ouvido a história do romance termina a leitura convicta de que Capitu traiu Bentinho. Todavia, quem lê a obra com imparcialidade percebe que não há nenhuma evidência da traição na narrativa. Nessa aura de mistério perfeitamente criada reside a genialidade de Machado de Assis.

O mesmo se passa, *mutatis mutandis*, com a discussão do fundamento da responsabilidade civil no Direito brasileiro.

Historicamente, os juristas fundamentam a reparação civil ou no **dano** ou na **culpa**. Aceitar o dano como fundamento da responsabilidade civil privilegia a

reparação, porquanto basta que se cause um prejuízo para que surja o dever de repará-lo. Por sua vez, aceitar a culpa como fundamento da reparação civil importa limitar a imposição da responsabilidade e do consequente dever de indenizar ao sujeito que causou dano *culposamente*, o que priva de reparação o dano causado sem culpa, assim como o causado por culpa quando não se consegue produzir prova dela.

Os civilistas pátrios, à quase unanimidade, asseveram que o fundamento da reparação do dano não é o próprio dano, senão a **culpa**. Por essa razão, sustentam que somente surge a **responsabilidade civil** para o autor do fato se este agiu *culposamente*. “O fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa.

Logo, são as pressuposições da responsabilidade civil: a conduta, o dano, a relação de causalidade entre a conduta e o dano e, por último, a culpa genérica do agente.

A conduta compõe-se, na atitude humana voluntária que se expressa através de uma ação ou omissão e produz consequência jurídicas. A ação é a maneira mais fácil de manifestação da conduta, dado que condiz a uma ação comissiva quando o indivíduo está obrigado a deixar à prática de atos que possam prejudicar outro indivíduo. O dano é um pressuposto substancial da responsabilidade civil, o dano depende na diminuição de um bem jurídico, seja qual for a sua natureza. O Nexo de Causalidade caracteriza a responsabilidade civil composta no nexo causal entre a conduta e lesão por ela causado. Culpa genérica possui divergência na doutrina acerca do seu tema, porém o Código Civil segue que ao estabelecer que o ato ilícito é demonstrado quando ocorre exposição culposa, por meio de dolo ou culpa em stricto sensu, de forma que não se representa a responsabilidade civil sem a existência desse elemento fundamental.

4.1 – Resnposabilidade civil objetiva

Responsabilidade civil objetiva ocorre na situação de correção de um dano cometido sem a presença do elemento culpa, onde à causa é o dano, livremente de culpa por sinal, possuindo previsão legal. Elpidio Donizetti:

A modalidade de responsabilidade civil que independe de culpa – denominada **responsabilidade objetiva** – é aquela cujo fundamento é o **dano**; cujo princípio norteador é o de que *todo dano deve ser reparado*, independentemente de culpa. Essa noção de que todo dano deve ser reparado foi apelidada **teoria do risco**.

(...)

Exemplo de responsabilidade objetiva prevista em outras leis se encontra no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 (CDC) –, o qual estabelece a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços pelos danos causados ao consumidor por defeito no produto ou prestação de serviço independentemente de culpa (arts. 12 e 14 do CDC).

Os elementos que configuram a responsabilidade independente de culpa também são o **ato**, o **dano** e o **nexo de causalidade**, apenas com a peculiaridade de que não se exige que o ato seja *culposos*. Todavia, todos os elementos devem estar presentes no caso concreto, sem o que responsabilidade civil não haverá.

Impende pedir ao leitor que tome muito cuidado no exame da responsabilidade objetiva, para não cometer o erro de tomá-la como absoluta, como se tem feito. Há uma corrente que, levando ao extremo a **teoria do risco**, sustenta que a responsabilidade civil objetiva se configura se o dano for causado pela simples atividade ou pelo simples fato do sujeito. A análise do nexo de causalidade é praticamente deixada de lado, e há mesmo quem argumente que ela sequer é possível.

Certa divergência da interpretação da teoria do risco, mais prudente, para na frente de um serviço ou produto de risco, examinará se de fato um dano foi provocado por um ato, no total descuido, e só nessa modalidade gerará a responsabilidade civil.

4.2 – Responsabilidade civil subjetiva

A Responsabilidade civil subjetiva constitui regra geral, sendo necessário a culpa, já que é baseada na teoria da culpa, no qual se faz necessário à prática culposa pelo indivíduo causador do dano. Nas palavras de Elpidio Donizetti:

A modalidade de responsabilidade civil que depende de culpa para se configurar é denominada **responsabilidade civil por culpa** ou **responsabilidade subjetiva**.

(...)

Em razão de a doutrina majoritária considerar a culpa elemento do ato ilícito, a responsabilidade delitual se reputa subjetiva, e a culpa se reveste em elemento configurador da responsabilidade civil. Essa consideração se extrai do próprio art. 186 do Código, porquanto trata de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (ou imperícia). A primeira parte do art. 186 – ação ou omissão voluntária – refere-se ao dolo, enquanto a segunda parte – negligência ou imprudência – é relativa à culpa em sentido estrito.

A configuração da responsabilidade civil subjetiva – e a conseqüente obrigação de indenizar – depende, pois, de que o sujeito pratique um **ato contrário a direito**, com **dolo** ou com **culpa**; que esse ato cause um **dano** a uma terceira pessoa, seja ele material ou moral. Deve, ainda, haver uma relação de causalidade, ou seja, o ato contrário a direito deve necessariamente ser a causa do dano. A essa relação a doutrina denomina **nexo de causalidade**. Eis, portanto, os três requisitos configuradores da **responsabilidade civil por culpa (subjetiva)**: o ato culposo contrário a direito – o dano – o nexo de causalidade.

Aqui o fornecedor, produtor, comerciante, dentro outros, tem que praticar um ato contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, onde o consumidor seja alvo dessa ilegalidade, sendo necessário comprovar o ato culposo ao direito, o dano do consumidor e o nexo de causalidade.

5 – A obrigação do fornecedor nas relações de consumo

A obrigação de cada fornecedor é fornecer um serviço de qualidade e digno, propiciar o bem-estar e assegurar a realização do seu consumidor, levando qualquer temor que possa resultar da compra do produto ou serviço por ele contratado e, conseqüentemente, permitindo que o consumidor aproveite o seu tempo da melhor forma possível. Conforme Aline Gurgel:

Considera-se a missão do fornecedor adequadamente cumprida quando atender a todas as necessidades do consumidor, respeitando sua dignidade, saúde e segurança, protegendo seus interesses econômicos e contribuindo para a melhoria da sua qualidade de vida. Desviando disso, estará o fornecedor não

apenas esquivando-se de sua missão, mas contrariando os princípios e normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio que tutelam a defesa do consumidor.

Portanto, a obrigação do fornecedor, produtor, comerciante é zelar pelo bom atendimento das necessidades do consumidor, respeitando seus direitos posto pelo CDC, e evitando que futuramente se desgaste tempo com um produto defeituoso.

6 – Dano temporal

Com surgimento do CDC, o consumidor parte vulnerável da relação de consumo, obteve proteção por parte do Estado, obrigando o fornecedor, produtor, comerciante, dentre outros, a reparar e indenizar o consumidor em eventual desrespeito aos seus direitos. Nas palavras de Aline Gurgel:

[O Código de Defesa do Consumidor](#) foi criado para proteger a parte vulnerável na relação de consumo e, conseqüentemente, efetivar os mandamentos constitucionais da igualdade material, garantindo ao consumidor a reparação de qualquer violação aos seus bens jurídicos. Ocorre que, com as rápidas modificações da sociedade, as relações de consumo sofrem alterações que não são acompanhadas pela evolução legislativa ou por aqueles que fazem a interpretação e aplicação das normas existentes. A consequência disso é o surgimento de novas espécies de danos aos bens dos consumidores sem o devido reconhecimento, como no caso de mau atendimento ao consumidor e a conseqüente perda de seu tempo útil para a solução do problema por ele não ocasionado. Situações como essa são cada vez mais frequentes sendo consideradas pela maior parte da jurisprudência, como simples dissabor ou aborrecimento que não foge à normalidade do dia a dia, o que gera uma sensação de impotência da parte vulnerável da relação de consumo.

Logo, fica claro o péssimo serviço, em realizar o atendimento demorado, ou que um produto esteja com defeito, vício, e que o consumidor tenha que retornar ao fornecedor para apurar a falha deste último. Deixando o consumidor em uma situação de prejudicado sendo impelido a alterar seus afazeres para apurar a falha do fornecedor, causa, uma perda de tempo do consumidor, a perda de uma fração do seu tempo de vida.

Ainda nas palavras de Aline Gurgel: “ Os princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé enquadram-se perfeitamente como fundamento na tutela dos direitos do consumidor” – aqui a autora coloca um princípio base que tutelar quase todo o ordenamento jurídico pátrio. “O primeiro é considerado o princípio informador de todo o ordenamento jurídico, legitimando direitos sociais, econômicos e culturais” – fundamental no Estado Democrático de Direito. “O segundo corresponde à exigência de um comportamento ético, leal, probro em toda e qualquer relação, inclusive, nas de consumo” – princípio base que dá uma segurança nas relações jurídica.

7 – Considerações finais

De início cabe lembrar que o presente trabalho tem como propósito informar que sua intenção não é a de esgotar o assunto, tampouco criticar, debater ou aprofundar teses jurídicas, mas, antes, trazer a ideia à discussão pública.

Portanto, foi abordado que o tempo é fundamental na vida humana, e que a má utilização daquele, onde o consumidor tenta elucidar problemas que poderia ser evitado com mais atenção por parte dos fornecedores, produtores, comerciantes, dentre outros, estes com cautelar em colocar produtos e serviços no mercado sem defeitos ou vícios, logo existiram produtos e serviços que vão ser falhos por conta de algum fator, porém o tempo que o consumidor levar para receber novamente esse produto, causa-lhe dissabor.

Na atualidade o Legislador já estar se preocupando com este tempo que as pessoas perdem e causa aborrecimento, um aborrecimento em intervalos de tempo duradouros é aceitável, no entanto, um aborrecimento com intervalos de tempos próximos, o consumidor vai perder parcela de sua vida resolvendo um problema que poderia ser evitado por parte do fornecedor, logo que o consumidor é a parte mais fraca da relação merecendo um resguardo nesses tempos perdidos.

Por fim, de acordo com presente trabalho, o padrão de vida modelo do homem está cada vez mais caminhando no sentido de não se admitir que o tempo seja sem motivo diminuído para a resolução de causas de consumo. O tempo, na atualidade, deve ser compreendido como um bem passível de proteção jurídica, especialmente no momento em que os fornecedores, a qualquer momento, lançam no mercado produtos e serviços que garantem que o consumidor economize tempo para se doar à família, aos amigos, ao lazer, usar o seu tempo nas práticas que preferir.

Referências:

BRASIL, Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil, **REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Disponível em: . Acesso em 13 de jul. 2019.

_____, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990, Institui o Código de Defesa do Consumidor, **REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Disponível em: . Acesso em 14 de jul. 2019

GUGLINSKI, Vitor Vilela, **O DANO TEMPORAL E SUA REPARABILIDADE: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E VISÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**. Misión Jurídica, 2015. Disponível em: < <https://www.revistamisionjuridica.com/o-dano-temporal-e-sua-reparabilidade-aspectos-doutrinarios-e-visao-dos-tribunais-brasileiros/>> acesso dia 22 de jul. 2019.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito civil** / Elpidio Donizetti; Felipe Quintella. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan. **Direito do Consumidor Esquematizado**, coordenação de Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado®).

GURGEL, Aline, **Responsabilidade civil por dano temporal nas relações de consumo**. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://alinegurgeladv.jusbrasil.com.br/artigos/429919933/responsabilidade-civil-por-dano-temporal-nas-relacoes-de-consumo>> acesso dia 22 de jul. 2019.

A responsabilidade civil por discriminação à pessoa em razão da orientação sexual no ambiente de trabalho

Jully Gardemberg Burlamaqui das Neves

1 Introdução

A presente pesquisa versa sobre o tema responsabilidade civil acerca da discriminação sexual no ambiente de trabalho. A responsabilidade civil é um instituto que possui como objetivo a obrigação do agente em reparar o dano causado por ele a outrem, podendo ser de ordem material ou moral. O sistema jurídico pátrio adota duas teorias acerca da responsabilidade, a subjetiva e a objetiva, na qual cada uma determina as condições e elementos essenciais para sua aplicação no caso concreto.

A responsabilidade civil no tocante a discriminação decorrente de orientação sexual no ambiente de trabalho é uma forma punitiva acerca de um preconceito contra as lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais, travestis e transgêneros advindo de uma sociedade heteronormativa que marginaliza as demais orientações por meio de crenças políticas. Diante disso, a pesquisa será focada em verificar qual responsabilidade civil é adotada nos casos de discriminação sexual no âmbito laboral.

Assim, o objetivo dessa pesquisa consiste em abordar brevemente o significado de dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que regula a constituição federal do Brasil de 1988, bem como realizar uma perspectiva geral acerca da responsabilidade civil diante de sua aplicação no contexto atual á luz do Código Civil, e por fim analisar a atuação do

poder judiciário perante os danos sofridos às pessoas por discriminação sexual.

Para proporcionar o debate sobre responsabilidade civil será utilizado como aporte teórico, dentre outros, os autores Gonçalves e Nader. Será dialogado também através dos autores Gorisch e Sarlet acerca da construção da dignidade humana que permitam os atores sociais lutarem por respeito e igualdade. Observa-se também quanto aos procedimentos técnicos para melhor resultado da pesquisa a indispensabilidade da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, periódico, dissertações, documentos eletrônicos e jurisprudências.

Por fim, não se pretende esgotar o tema, mas suscitar um debate sobre a importância de se estabelecer uma responsabilidade civil para melhor reparar os danos morais causados por preconceitos infundadas por questões que não cabe mais em uma sociedade contemporânea.

2 Dignidade da pessoa humana e a orientação sexual.

Segundo disposto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (DUDH, Assembleia Geral da ONU, 1948). A incorporação da ideia da dignidade da pessoa humana na DUDH se fundamenta na liberdade, igualdade e fraternidade oriunda da necessidade de uma proteção aos direitos humanos após um período de grande conflito e desrespeito aos seres humanos, como por exemplo o holocausto e lançamento das bombas atômicas, eventos esses que se passaram no decorrer da segunda guerra mundial.

No entanto, apresentar um conceito fixista acerca da dignidade da pessoa humana ainda se faz uma tarefa complexa, pois esse conceito está em constante construção devido as grandes transformações oriundas da sociedade contemporânea, porém uma coisa é certa, a dignidade

representa em síntese um valor que deverá ser protegido. Para Barroso (2014, p.65) a dignidade humana:

Tendo suas raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa. Ao longo do século XX, principalmente no período após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade humana foi incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito e se tornou uma meta política, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais.

Dessa forma, a dignidade humana pode ser verificada em seu contexto por meio de duas dimensões, uma valorativa advindo do jus naturalismo, ou seja, um direito dotado de valor inato ao homem, sendo esse uma moral absoluta e a segunda decorrente do positivismo a partir da inserção do princípio da dignidade humana, nos meados de 1948, nas constituições nacionais e em diversos documentos e tratados internacionais.

Porém, no Brasil em 1964, o clima era de tensão, de crise econômica, a democracia estava ameaçada, os direitos sociais não pertenciam mais a todos, não se tinha resquícios de dignidade da pessoa humana, o país estava dividido, o golpe militar era inevitável, começando a partir de então o início da implantação de um novo sistema político, um período marcado por extremo controle político e econômico e de extrema restrição social. Apenas em 1988 que se iniciou o processo de redemocratização e sua concretização veio com a promulgação da nova Constituição Federal do Brasil, que culminou o país em um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, configurando no Título I, no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (CF) dispõe que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

Observa-se que no referido artigo o Estado adota princípios como fundamentais para o funcionamento das demais normas constitucionais, conforme salienta Agra (2018 p, 141) “São os princípios mais importantes do ordenamento jurídico porque formam a base da Constituição. São os núcleos jurídicos que serão desenvolvidos pelas demais normas ao longo da Constituição”. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que se encontra positivamente como um princípio fundamental essencial para a integração com as demais normas presentes na CF, possuindo não somente caráter moral, mas também uma norma jurídica-positiva.

Dessa forma, o princípio da dignidade humana párea sobre toda a constituição, sendo utilizada como parâmetro nos casos de aplicação e interpretação no tocante as demais normas no ordenamento jurídico. Dentre as normas, encontra-se no artigo 5º da CF os direitos e garantias fundamentais. Para Sarlet (2006) é impossível desassociar a relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais, mesmo que esse princípio não esteja expresso, não poderá ter a aplicação de uma norma fundamental sem reconhecer a dignidade inerente a pessoa humana.

Sendo assim, o direito a honra, a imagem, liberdade de expressão, a personalidade, moradia digna, trabalho, dentre outros, deverá ser inteiramente respaldado na dignidade humana, devendo se obter a devida proteção estatal em frente aos casos de violação a esses direitos, ressaltando ainda que o artigo 3º da CF explicita acerca dos objetivos fundamentais para a construção do país a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No entanto, mesmo nas normas que não a contem expressamente, a violação desse princípio por parte de terceiros implica a series de consequências jurídicas e sociais.

Portanto, qualquer forma de discriminação ao outrem atinge diretamente a dignidade humana, porém a discriminação em razão da orientação sexual ainda é um debate árduo no ordenamento jurídico, visto

que diante de um sistema conservador oriundo de uma sociedade conservadora, a temática acerca da homossexualidade não entra em pauta no legislativo. Enquanto o poder público ignora essa parte da população, dita como minoria social, porém maioria política, a comunidade LGBT+ sofre com o preconceito, discriminação, assédio, exclusão social e dentre outras situações que os coloca frente a sérias violências físicas e psicológicas.

Orientação sexual (e não opção sexual) é uma conduta natural no tocante a forma de atração, o desejo afetivo, seja físico ou emocional, podendo ser uma atração pelo mesmo sexo, dita como homossexualidade, por um sexo diferente, a heterossexualidade, ou por ambos os sexos, a bissexualidade, dentre outros que vão surgindo com os sujeitos contemporâneos. Todos os indivíduos são dotados de dignidade humana e de liberdade sexual, sendo dever jurídico do Estado protegê-los das diversas formas de discriminação. Dias (2007, p.8) ressalta que “qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal”.

Porém por séculos, os homossexuais foram colocados a margens da sociedade, eram vistos como pecadores, e em alguns lugares ainda são, através de uma sociedade profundamente religiosa e com princípios enraizados na família tradicional e na reprodução divina entre homem e mulher, sendo essa a base primordial para condenar os homossexuais e classifica-lo como sodomitas em boa parte da história. Não foram rotulados só como pecadores, mas também como uma doença, salienta Fernandes (2006, p. 86) em que “a homossexualidade passou a ser vista como um problema “clínico” a partir do século XIX, em grande parte como produto da intolerância social sofrida desde o advento da severa repressão patrocinada pela Igreja Católica”. No entanto, a ideia de doença já foi totalmente superada em maio de 1990 quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da lista internacional de doenças.

A sociedade passou por várias transformações sociais, surgindo assim novos sujeitos de direito, em que foram ganhando aos poucos pequenos espaços, sujeitos que por muito tempo se encontravam em meio a invisibilidade social. Segundo Bobbio (1992) os direitos surgem de acordo com o progresso técnico da sociedade, que criam novas necessidades para os indivíduos. Diante disso, em meio a lutas e resistências contra o reacionarismo, a população LGBT foi conquistando em meio a suor, lágrimas e sangue a normatização dos seus direitos e assim garantir um mínimo de proteção. Salienta Gorisch (2014, p. 21) que:

Em junho de 2011, pela primeira vez na história, a ONU declarou que os Direitos LGBT são Direitos Humanos. Tal declaração foi pontuada na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU, de nº L9, na Assembleia Geral. Desta Resolução resulta a seguinte interpretação: o país que não cuidar dos seus cidadãos LGBT, não estará respeitando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e tantos outros documentos internacionais.

Porém, como ressalta Bobbio (1992) que no tocante aos direitos dos homens tem-se que a teoria e a prática percorrem dois caminhos diferentes e com velocidades desiguais, se falam mais em direitos do que realmente conseguem transforma-los em direitos propriamente ditos. Essa é uma realidade presente no Brasil, mesmo estando entre os Estados que legalizam o casamento homoafetivo, também é o país que mais mata homossexuais.

A homofobia, termo utilizado para designar a discriminação contra homossexuais, só veio ser reconhecida como crime no Brasil apenas em 2019, onde os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram por 8 votos a 3 que a discriminação em razão da orientação sexual deverá ser equivalente ao crime de racismo. Dessa forma, a discriminação decorrente da sexualidade poderá ser pleiteada em dois planos, tanto na esfera penal por meio da criminalização e na civil através da responsabilidade civil do agente.

3 Responsabilidade civil subjetiva x responsabilidade objetiva na conduta do agente à luz do código civil de 2002.

A responsabilidade civil é um instituto jurídico vigente no ordenamento brasileiro que representa a ideia de responsabilidade perante algum comportamento ilícito que cause danos a outrem, podendo se dar de forma subjetiva ou objetiva. De acordo com o termo em sentido jurídico, tem-se a responsabilidade como um instrumento de contraprestação para a reparação do dano, possuindo como objetivo a resolução do conflito e a busca pelo equilíbrio daquele que foi prejudicado. Diante disso, Gonçalves (2016) salienta que qualquer mera atividade que possibilite um prejuízo a terceiros, deverá ter como consequência o dever de reparação em seu cerne. Assim sendo, cabe ao instituto da responsabilidade proporcionar a restauração do equilíbrio moral e patrimonial, observando-se que a responsabilidade civil tem como fundamento primordial o interesse de restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano.

Segundo o artigo 186º do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) disciplina *in verbis* “Art. 186º. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002, p. 71). A decorrência do dano por ação ou omissão lesiva a terceiros proporciona que o agente através da conduta danosa deve por obrigação reparar os prejuízos por ele praticado por meio de uma prestação pecuniária.

Para enquadrar a conduta como ato ilícito e conseqüentemente o dever de indenização, deve-se observar alguns elementos característicos, a responsabilidade civil do sujeito em regra é de caráter subjetiva, ou seja, necessita assim possuir elementos que qualificam o ato ou omissão como indenizável ou não. Dessa forma, o conjunto de elementos é determinável para constatar se a conduta do agente é verificável como danoso ou não.

A culpabilidade, como elemento essencial pode ser classificado como intencional ou não, a voluntariedade do ato demonstra que o agente agiu

de forma consciente, querendo resultar no dano, na qual denomina-se dolo, já a culpa inconsciente é derivada da negligência, imprudência e imperícia. Diante disso complementa o autor que “para a constituição da obrigação de indenizar por responsabilidade civil subjetiva, a regra é a da irrelevância da gravidade da culpa”.

Assim sendo, conclui o autor que “exceto em casos excepcionais qualquer que tenha sido a natureza da ação ou omissão causadora do dano constitui-se a relação obrigacional entre o prejudicado (credor) e o autor do dano (devedor)”. Para tanto, a culpabilidade na teoria da responsabilidade subjetiva deverá ser comprovada.

Um dos pressupostos para responsabilidade civil se fundamenta em torno do dano. O dano é uma lesão sofrida pela vítima, sendo essa lesão efetiva, concreta, podendo ser parcial ou total, na qual gera uma indenização. Aduz Gonçalves (2012, p. 52) que “o dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido”.

A conduta danosa pode ser classificada quanto sua natureza jurídica em patrimonial e extrapatrimonial. O dano patrimonial ou material se refere a uma lesão direta ao bem jurídico de uma pessoa, de cunho exclusivamente econômico. O Código Civil disposto em seu artigo 402 expõe que o dano material é composto pelos danos emergentes, bem como os lucros cessantes, sendo este correspondente a lesão dos bens presentes da vítima e aquele atinge o patrimônio futuro do ofendido.

No tocante ao dano extrapatrimonial ou moral, corresponde a uma lesão que atinge diretamente o direito da personalidade do agente, instituto esse que está preconizado no artigo 5º, V e X da Constituição Federal do Brasil de 1988. Destarte Gonçalves (2012) que o dano moral atinge o indivíduo e não seu patrimônio, esse tipo de lesão integra um direito natural do indivíduo, sendo esse os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, na qual a ofensa ou discriminação acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Diante do exposto, observa-se que o dano é um elemento que concretiza a responsabilidade do agente, sendo o fato gerador do dever de indenizar, para Gonçalves (2012, p. 52) “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”.

O último pressuposto para enquadrar o ato como ilícito é o nexo de causalidade, ou seja, o vínculo existente entre a culpa e o dano, exigindo para tanto a necessidade de constatar a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano gerado pela ação ou omissão.

Segundo explana Cavalieri Filho (2010, p. 46) “não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano”. Nesse sentido, salienta o autor que “é preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos um necessária relação de causa e efeito”. O autor conclui que “em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo da vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato”.

Portanto, para a devida responsabilização subjetiva do agente perante terceiro lesado deverá demonstrar que houve uma conduta, sendo ela positiva ou negativa, de culpabilidade, culpa ou dolo, na qual se tenha gerado um dano, bem como uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano, sendo assim, resta configurado o dever de reparação a vítima.

O sistema pátrio admite também a responsabilidade do agente de forma objetiva, conforme disposto no artigo 927 do Código Civil na qual disciplina que:

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. (BRASIL, 2002, grifo nosso)

No tocante a responsabilidade objetiva, dispensa-se a culpabilidade presente na conduta, sendo assim, tem-se uma responsabilidade sem culpa, pois a mesma se torna irrelevante diante do caso concreto. A aplicação desse tipo de responsabilidade está condicionada a hipóteses listados na própria lei ou quando houver uma probabilidade de o dano atingir seriamente o direito de terceiros. Dessa forma, o agente causador do dano deverá assumir o risco da atividade e ser responsabilizado por sua conduta, conforme ressalta Pereira (2018, p. 41) “a doutrina do risco sustenta que o autor do dano, aquele que o causou por um fato seu, deve suportar o dever da reparação. O responsável é aquele que materialmente causou o dano”.

Diante disso, o Código Civil de 2002 adota não só a subjetividade nas relações de causa e efeito, mas também insere no ordenamento jurídico a responsabilidade civil por ato próprio, ou seja, a possibilidade de reparação do dano sem a demonstração de culpa.

Gagliano e Filho (2019, p. 75) ressaltam ainda que “Código Civil brasileiro, além de disciplinar a responsabilidade civil por ato próprio, reconhece também espécies de responsabilidade civil indireta, por ato de terceiro ou por fato do animal e da coisa”. Dentre as hipóteses elencadas pela lei em torno da responsabilidade, cabe aqui destacar o artigo 932, IV do Código Civil, na qual preconiza: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: II - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (BRASIL,2002).

A responsabilidade do empregador perante os atos causados por seus empregados no tocante a condutas lesivas a outrem considera-se que seja adotada a responsabilidade indireta, devendo o empregador mediante culpa objetiva reparar o dano causado, ressalvando o seu direito de regresso.

Segundo Nader (2016, p.223) “A responsabilidade indireta se caracteriza quando o subordinado, a serviço do empregador ou comitente, com dolo ou culpa, causa danos patrimoniais ou morais a terceiro”. Nesse

sentindo, o empregado em determinadas condutas acaba resultando em um ato danoso a alguém, sua maneira de agir ou se omitir em determinadas situações, pode causar sérios danos a terceiros. É sabido que em uma sociedade conservadora e com uma estrutura social patriarcal e heteronormativa certos atos podem concretizar determinadas discriminações, cabendo ao empregador não se eximir dos fatos e se responsabilizar em nome do empregado, bem como aplicar sanções ao mesmo.

É imperioso destacar que é fato latente da discriminação por etnia, gênero, orientação sexual não decorre somente dos subordinados, sendo seus líderes atores atuantes desse processo. A discriminação por orientação sexual no mercado de trabalho possui números alarmantes no Brasil, a falta de oportunidade de emprego para a comunidade LGBTQI+ é uma realidade crescente, bem como o preconceito sofrido dentro do próprio ambiente de trabalho, tanto por parte dos funcionários, como pelos seus chefes.

O dano moral é inevitável diante de tais circunstâncias, o vexame, humilhação, assédio e sofrimento que desencadeia uma série de problemas psicológicos, portanto, responsabilidade por parte dos agentes deverá ser objetiva perante o fato, pois se tratando de uma afronta a dignidade da pessoa humana não deve observar a culpabilidade do agente, devendo esse ser objetivamente responsabilizado por tal conduta discriminatória.

4. A repressão aos homossexuais no mercado de trabalho

É indiscutível afirmar que houve uma crescente transformação no mercado de trabalho, tanto quanto na forma de produção quanto na diversidade dos trabalhadores. As novas estruturas de ocupação advindas do processo de industrialização e com a propagação da globalização possibilitaram a ampliação desse mercado e a inserção de um sistema informacional em que contribuiu para o surgimento de novos cargos em

diferentes níveis de importância, além do significativo crescimento de espaços para trabalhadores em diferentes gêneros, como a conquista das mulheres frente ao machismo institucional.

Porém, esse espaço ainda se encontra fechado se o sujeito estiver inserido na sigla LGBT. Segundo afirma Umbelino (2008, p. 36) a discriminação com “os homossexuais, não obstante a sua proibição legal, está bem presente nos locais de trabalho. Apesar disso, poucas são as organizações que possuem políticas de proteção dos direitos das pessoas homossexuais”.

A realidade no Brasil para a comunidade LGBT é árdua, pois estão suscetíveis ao preconceito diante de todos os segmentos sociais, seja na escola, na família, na religião, na política e principalmente diante do mercado de trabalho. O site politize divulgou em 2018 que uma pesquisa realizada através do Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil em 2016 apontou que “73% dos e das estudantes LGBTs já relataram terem sido agredidos verbalmente e outros 36% fisicamente. A intolerância sobre a sexualidade levou 58,9% dos alunos que sofrem agressão verbal constantemente a faltarem às aulas pelo menos uma vez ao mês”.

Segundo Baptista (2017) uma pesquisa realizada em 2017 constatou que 41% dos LGBT já sofreram discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero no ambiente de trabalho, sendo que 33% das empresas brasileiras não contratariam pessoas LGBT para cargos de chefias, 61% dos funcionários LGBT no Brasil preferem esconder sua orientação sexual no trabalho e cerca de 90% dos travestis se encontram na prostituição por não conseguirem empregos.

Dessa forma, devido a intensa repressão aos homossexuais no mercado de trabalho, muitos preferem esconder suas identidades e viver no anonimato como mecanismo de defesa contra a discriminação e para proteger sua permanência no trabalho. Para Ferreira e Siqueira (2007, p. 5) “diversos fatores que contribuem para a manutenção do silêncio e a permanência no armário, o medo do isolamento, a perda de chances de

promoção, a exclusão de redes de trabalho profissionais, a intimidação, a violência e a discriminação”.

É sabido que por décadas a comunidade LGBT busca através da resistência sua visibilidade em meio a sociedade e assim busca o reconhecimento de uma identidade social para quebrar os paradigmas da heteronormatividade imposta, no entanto sabe-se também que apesar dos grandes avanços na sociedade contemporânea a homofobia do Brasil ainda é um problema recorrente, devendo ser combatida no congresso através de desenvolvimento de políticas de combate à discriminação e a criação de políticas no âmbito laboral. A criação de uma cartilha LGBT pela bancada do partido socialista e liberdade (PSOL) na assembleia legislativa insere na pauta política uma luta pelo reconhecimento e efetivação de direitos, por vezes esquecidos até mesmo pela própria comunidade. Dessa forma, ressalta a Cartilha dos Direitos LGBTs (2015, p, 7) sobre o mercado de trabalho que:

A portaria 41 do Ministério do Trabalho e Emprego, de 28 de março de 2007, proíbe empregadores de exigir documentos discriminatórios ou obstativos para contratação, incluindo dados relativos à sexualidade. Quaisquer anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social que desabonem o trabalhador e que se refiram ao seu gênero ou orientação sexual, entre outros, são consideradas discriminatórias. O descumprimento dessa portaria pode gerar penalidades à empresa.

Mesmo com algumas conquistas ainda se faz necessário lutar por mais direitos, a criminalização da LGBTfobia foi uma grande vitória, um passo importante para a visibilidade da comunidade, agora se faz necessário que ocorra sua efetiva aplicação. Todos tem o direito de andar de mãos dadas em locais públicos ou privados, o respeito é fundamental para a construção de uma sociedade justa e igualitária, onde todos podem ser quem são e que cada um viva da maneira que lhe convém, pois ninguém tem o poder de julgar e condenar ninguém por causa da sua orientação sexual.

Portanto, casos de discriminação por orientação sexual no ambiente de trabalho devem ser reparado e responsabilizado, diante disso, o poder

judiciário deverá adotar medidas que possa resguardar a dignidade humana, pois esse é o princípio constitucional supremo.

5 Resultado e discussão acerca da atuação do poder judiciário perante os danos sofridos às pessoas por discriminação sexual

Segundo afirma Fernandes (2006, p. 113) “As denúncias sobre discriminação por orientação sexual são fatos rotineiramente anunciados nos meios de comunicação, parece que raríssimas se transformam efetivamente em processos judiciais”, complementa o autor que “em consequência disso, a reparação por danos morais ainda não tem sido um instrumento muito adotado pelos homossexuais”. Um dos fatores que possivelmente possa levar a não reparação dos danos no judiciário é não acreditar que o sistema pátrio possa da causa ganha a uma vítima homossexual.

Observa-se que o poder judiciário atua por meio da indenização como forma de reparação ao dano extrapatrimonial causado dentro do ambiente de trabalho, tendo como fundamento o princípio da dignidade humana, como ressalta o Recurso Ordinário: 00004524320135020464 SP A28¹. A

¹ HOMOFOBIA. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Para efeito de cumprimento do contrato de trabalho ou produtividade, é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado, vez que se trata de questão estritamente relacionada à sua liberdade, privacidade e intimidade. Todavia, in casu, a chefia adotou conduta discriminatória que foi agravada pelo comportamento dos outros empregados. E se a própria direção do empreendimento, como se provou neste caso, promoveu a discriminação, natural esperar a degradação do meio ambiente de trabalho com prejuízos severos para a reclamante e sua companheira. A prática revela, em pleno século XXI, uma das mais repugnantes formas de discriminação, qual seja, o preconceito quanto à orientação sexual do ser humano. É certo que a histeria homofóbica e a hipocrisia explicam em grande parte o incipiente estágio de conquistas na esfera legislativa no que concerne a esta questão nuclear para a efetivação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade do ser humano, independentemente da forma como cada um expresse a sua sexualidade. O Judiciário tem se posicionado de forma vanguardista contra o conservadorismo e a ortodoxia, ao assegurar igualdade substantiva aos que adotam orientação sexual diversa do "padrão modelar", garantindo o direito ao afeto, à convivência, à formação da família e à união civil homoafetiva, cumprindo a promessa constitucional de igualdade e de organização da sociedade com vistas à felicidade. É o que se extrai do julgamento do Egrégio Superior Tribunal Federal, na ADIn 4277 e ADPF n.º 132. Destaca-se que dentre as diversas práticas atentatórias à integridade moral dos trabalhadores encontra-se a discriminação, seja por motivo de raça, credo, origem e sexo. O grupo social identificado pela sigla LGBTTT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais, travestis e transgêneros) segue sofrendo agressões na sociedade, nas ruas e nos locais de trabalho, sob diversas formas (moral, social, religiosa, física, entre outras), sendo que o Brasil integra o triste ranking dos campeões mundiais de assassinatos motivados por homofobia (pesquisadores apontam que a cada 03 dias, 01 pessoa é vitimada em decorrência da sua orientação sexual, sob o silêncio cínico e omissão do poder público). O caráter da agressão praticada pelo superior hierárquico e a omissão da reclamada ensejam o dever de indenizar o dano moral ocasionado, em vista do notório atentado à dignidade da trabalhadora, que se viu humilhada com comentários depreciativos e atingida em sua intimidade e vida privada (art.

Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) segue os seguintes delineamentos acerca dos danos morais nas relações de trabalho

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.

A reparação do ato ilícito por dano moral também é normatizada na esfera trabalhista, sendo que no artigo 223-C deixa expresso o dano acerca da orientação sexual, possuindo total direito a reparação, pois fere a liberdade sexual e a dignidade do indivíduo. Diante disso, alguns casos emblemáticos no último ano foram julgados perante os tribunais trabalhistas dando causa ganha a vítima, fixados valores conforme os requisitos do artigo 223-G da CLT:

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho não admitiu recurso de revista da empresa de moda Inbrands S. A., pelo qual ela tentava reverter decisão que a condenou a indenizar um vendedor dispensado após discussão em que foi ofendido publicamente com termo referente à orientação sexual. Desse modo, manteve-se a indenização por danos morais no valor de R\$ 5 mil, determinada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2017).

A Telemar Norte Leste terá de indenizar por dano moral uma operadora de telemarketing discriminada devido sua orientação sexual. Perseguida pelos supervisores sendo chamada ironicamente de "namoradinha" de outra funcionária e "impedida de fazer horas extras por ser lésbica", a trabalhadora teve a indenização majorada de R\$ 5 mil para R\$ 20 mil no Tribunal Regional

5º, X, CF), resultando malferidos os princípios da igualdade (art. 5º, caput) e da dignidade humana (art. 1º, III, CF). Tais práticas são intoleráveis numa sociedade que hoje pretende alcançar um novo patamar civilizatório, e pedem resposta dura do Judiciário em vista da afronta a direitos fundamentais. Recurso ordinário da ré ao qual se nega provimento. (TRT-RO: 00004524320135020464 SP 00004524320135020464 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 26/08/2014, 4ª TURMA, Data de Publicação: 05/09/2014)

do Trabalho da 3ª Região. A decisão foi mantida pela 1ª Turma do TST que não proveu o Agravo de Instrumento da empresa que tentava se isentar da condenação. (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2019)

Por entender que a quantia era insuficiente para reparar o dano moral, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas-SP) aumentou de R\$ 10 mil para R\$ 20 mil a indenização devida por uma usina a um trabalhador assediado por sua orientação sexual. Na ação, o trabalhador afirmou que era vítima de brincadeiras pejorativas. Em um dos exemplos, ele cita que foi destinada a ele a máquina agrícola número 24, como forma de ridicularizá-lo no ambiente de trabalho. A escolha da máquina, segundo a ação, foi feita por dois líderes que usualmente faziam piadas sobre o empregado. (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2019).

Dessa forma, o dano poderá tanto ser majorado ou minorado dependendo do entendimento do tribunal, porém é importante ressaltar que o valor não é capaz de substituir a humilhação ou o sofrimento que a vítima passou, mas é uma forma de punir na esfera civil o agente que discrimina.

Mesmo diante de poucos casos julgados favoráveis acerca do dano moral, a responsabilidade do agente pelo ato discriminatório no âmbito laboral ainda se é um embate perante o ordenamento jurídico, em muitos casos a vítima necessita comprovar a discriminação, recaindo, portanto, na responsabilidade subjetiva do agente, como se observa os casos abaixo:

A empresa Incoplast Embalagens do Nordeste Ltda. foi condenada no pagamento de indenização por danos morais no valor de 20 mil reais e a rescindir de forma indireta o contrato de trabalho com empregado que comprovou ter sofrido assédio moral por conta da sua orientação sexual. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO, 2019).

Uma conferente de carga discriminada no trabalho devido à sua orientação sexual garantiu na Justiça o direito de ser indenizada, após comprovar o tratamento agressivo de que era alvo e que lhe era exigido serviço similar ao dos trabalhadores do sexo masculino. (CIRCUITOMATOGROSSO, 2019).

No entanto, a responsabilidade segundo o artigo 932, III observado juntamente com o artigo 927 do CC, adotar-se-á uma responsabilidade objetiva, diante disso, a responsabilidade objetiva não requer ao ofendido comprovar a discriminação sofrida, sendo o ônus da prova do agente discriminador, pois deve-se ao mesmo assumir o risco da atividade.

Dessa forma, muito dos casos envolvendo discriminação por orientação sexual no ambiente do trabalho são negados perante o judiciário pelo fato do ofendido ficar impossibilitado de comprovar que sofreu tal ato, sabe-se que em inúmeras vezes encontra-se dificuldades em se obter prova para demonstrar a veracidade da acusação, pois é imperioso ressaltar que a comunidade LGBT se encontra em uma vulnerabilidade perante vários fatores, tanto na esfera social como institucional.

O dano moral ao ofendido é indiscutível, todo ato ilícito deverá ser reparado perante suas esferas, porém o problema é no tocante a responsabilidade do agente, se for subjetiva e o ofendido for obrigado a comprovar o dano acaba que dificultando ganhar a causa em juízo. Sabe-se que o sistema jurídico é o reflexo de uma sociedade conservadora, dessa forma, casos emblemáticos que envolver orientação sexual ainda são alvos de represália.

A forma punitiva de reparação reflete além de um ato ilícito, mas sim combater a homofobia no âmbito laboral que ainda é um retrato alarmante no país. A conduta de reprimir tais situações e sendo essa repressão perpassada no plano legal possibilita que as discriminações acerca da sexualidade tenham fim ou diminuam. Portanto, é importante analisar as discriminações em razão da orientação sexual no ambiente de trabalho por meio da responsabilidade objetiva de seus agentes, cabendo aos LGTBfóbicos o ônus de provar que tal conduta não foi preconceituosa.

6 Considerações finais

Ao longo do trabalho, deixou-se exposto que a responsabilidade civil é uma obrigação de reparar prejuízos ocasionados a terceiros decorrente

de um ato ilícito, tanto na esfera patrimonial como extrapatrimonial. Em regra, a responsabilidade gera em torno daquele que praticou o dano, pois todo dano gerado deve ser reparado pela pessoa que deu causa. No Brasil, o sistema jurídico adota duas teorias: a subjetiva e a objetiva, sendo que a primeira possui como elementos essenciais a culpa, o dano e o nexo causal, devendo a vítima comprovar a culpabilidade do agente, já na segunda teoria a culpa se torna irrelevante, devendo o agente assumir o risco e o ônus da prova.

Na responsabilidade decorrente de discriminação sexual, o poder judiciário ainda não obtém uma unanimidade acerca de qual teoria se é adotada, dessa forma em alguns casos para a indenização ocorrer, a vítima necessita comprovar tal conduta, o que por muitas vezes se torna impossível e assim injusto. Salienta-se que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental que envolve todo o corpo da carta magna, dessa forma, busca-se proteger o indivíduo em todos os seus aspectos, como sua honra, imagem e personalidade, não devendo se ter uma marginalização ou isolamento social devido a orientação sexual de cada um. Deve-se assim quebrar os paradigmas heteronormativos impostos pela sociedade e tentar construir uma sociedade sem preconceitos e para isso é necessário responsabilizar agentes homo fóbicos.

Portanto, a partir da presente pesquisa, busca fomentar o debates acerca do tema e procurar alertar que quando existir uma perseguição pelo fato do sujeito ser homossexual ou uma demissão que seja motivada por esse fator, a pessoa pode tanto na justiça do trabalho, quanto na justiça cível ou até mesmo criminal buscar medidas para reparar o dano, seja com a reintegração ao emprego, danos morais ou sanções ao agressor.

7 Referencias

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BAPTISTA, João Paulo. **Infográfico sobre a comunidade LGBT no mercado de trabalho.** 13 de jun. de 2017. <https://www.plataoplomo.com.br/blog/infografico-sobre-a-comunidade-lgbt-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 16 de jul. de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. tradução Humberto Laport de Mello. 3º. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** tradução Carlos Nelson Coutinho; Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clk_e_normas_correlatas_1ed.pdf >. Acesso em: 18 de jul.de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CIRCUITOMATOGROSSO. **Empresa de transporte é condenada por discriminação sexual no trabalho.** 2019. Disponível em: <<http://circuitomt.com.br/editorias/juridico/140850-empresa-de-transporte-e-condenada-por-discriminacao-sexual-no-trabalho.html>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris.** 10 dez. 1948. Disponível em http://www.mp.go.gov.br/portal/web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 09 jul. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. In: I fórum pela igualdade, promovido pela secretaria de estado de políticas para mulheres e promoção da igualdade racial – SEMIRA. **Palestra.** Goiânia – Go.: SEMIRA, 2007. p.

DIREITOS LGBT'S: conheça o que foi conquistado e lute por mais direitos! 2015. PSOL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <-Cartilha-LGBT-Do-PSOL.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

FERNANDES, Belmiro Vivaldo Santana. **o dano moral por discriminação à pessoa em decorrência de orientação sexual**. 2006. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Mestrado em Direito Privado e Econômico. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006.

FERREIRA, Renata Costa; SIQUEIRA, Marcus Vinicius Soares. O Gay no Ambiente de Trabalho: análise dos efeitos de ser gay nas organizações contemporâneas, 2007, Rio de Janeiro. **Anais**. Rio de Janeiro: Enanpad, 2007. p. 1 - 16. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EOR-B524.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GORISCH, Patrícia **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT:** de Stenowall à ONU. Curitiba: Appris, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7:** responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Usina é condenada a pagar R\$ 20 mil de indenização por discriminação sexual**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-12/usina-pagara-20-mil-indenizacao-discriminacao-sexual>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Telemar indenizará trabalhadora discriminada.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-04/telemar-indenizara-trabalhadora-discriminada-orientacao-sexual>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO. **Empresa é condenada por discriminação sexual.** 2019. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2019/04/2019/04/empresa-e-condenada-por-discriminacao-sexual>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Vendedor de roupas ofendido quanto à orientação sexual receberá indenização.** 2017. Disponível em: <urlTitle=vendedor-de-roupas-ofendido-por-causa-de-sua-opcao-sexual-recebera-indenizacao&_101_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Faccesso-a-> Acesso em: 17 jul. 2019.

UMBELINO, C. **A orientação sexual no mercado de trabalho:** uma abordagem psicossocial e legal. Disponível em: <http://www.artciencia.com/Admin/Ficheiros/CRISTIAN124.pdf>> Acessado em: 16 de jul. de 2019.

**Responsabilidade civil da empresa por violações
a direitos humanos ambientais:
a necessidade de se pensar em soluções inovadoras
com a intervenção de diversos atores sociais**

*Ana Leticia Anarelli Rosati Leonel
Claudya Celyna de Araújo Neves Ulisses
Marcela Livia Pessoa Soares Macedo*

Introdução

A questão referente às violações de Direitos Humanos vem sendo cada vez mais frequente não só no âmbito estatal mas, especialmente, na seara de empresas, nacionais, multinacionais e transnacionais. E já há algum tempo, a própria Organização das Nações Unidas (ONU) vem formatando diversas tentativas para a elaboração de parâmetros globais de responsabilização de empresas envolvidas com tais violações. Enquanto os direitos econômicos e sociais vêm tornando uma dimensão mais ampla na atualidade, como contraponto, empresas de grande porte também vem gerando destruição devastadoras de direitos mínimos do ser humano na contramão dos interesses da própria sociedade em geral.

Ainda que haja essa preocupação até mesmo por parte da ONU, o fato é que a história não vem mostrando uma linearidade no que diz respeito à real eficácia dos direitos humanos nas relações decorrentes das atividades empresariais. O que hoje não se pode admitir é que as empresas não sejam vistas como sujeitos de deveres formais: elas devem se

preocupar, também, com todas as consequências e riscos que suas atividades possam causar ao meio ambiente.

Porém, de outro lado, as empresas também carecem de ajuda de outros atores sociais para que, de fato, entendam o seu papel no contexto social e ambiental e para que desempenhe as melhores práticas com o fim de se evitar o dano difuso.

Um exemplo de inovação que pode ser amplamente utilizado pela empresa, merecendo destaque no contexto econômico e social é a aplicação da chamada Hélice Tríplice. A empresa atua em conjunto com a universidade e com o governo, exatamente com o objetivo de se evitar a necessidade de reparação civil pelo dano ambiental que, diante dos casos já conhecidos, pode levar a empresa a um colapso.

Neste contexto, este capítulo traz considerações sobre os direitos humanos e a questão ambiental, passando a configuração legal da responsabilidade civil ambiental e, após, apresenta a teoria da hélice tríplice como um possível caminho a se evitar o dano ambiental que gera a citada responsabilidade civil. Por fim, traz considerações finais sobre o tema, destacando que se trata apenas de uma provocação sobre a matéria, sem o objetivo de abordar, integralmente, todos os aspectos que a questão merece.

2 A necessária eficácia vinculante de respeito aos direitos humanos: a questão ambiental

O meio ambiente não sofre somente com a sua degradação para a produção em geral. Ou seja, as violações ao meio ambiente não ocorrem somente da exploração de recursos naturais sem controle adequado. Especialmente no contexto brasileiro, tem-se visto grandes desastres ambientais, prejudicando, de maneira irreversível, um bem que pertence à humanidade: o meio ambiente equilibrado.

Como sabido, é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos que dispõe que todas as pessoas tem direito à vida. Não há vida fora do

contexto do meio ambiente ecologicamente equilibrado, fora do contexto de um desenvolvimento sustentável, do cuidado, preservação, proteção e reparação.

Não há controvérsia na doutrina sobre o fato de que esse direito inalienável toma a forma de direitos humanos. Reinaldo Dias (2006), explica que o desenvolvimento sustentável faz parte de um projeto político e social que tem por objetivo erradicação da pobreza, valorização da qualidade de vida das pessoas, satisfazendo, ao menos, as necessidades básicas de toda a humanidade. Assim, “a proteção do meio ambiente emerge como um direito humano, cuja responsabilidade é de todos, e isso inclui os Governos, as organizações e a sociedade de modo geral”.

Além disso, a própria Constituição Federal dispõe, em seu artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 2019).

Trata-se, na verdade, de um direito que ultrapassa os limites da humanidade, porque comporta direitos não humanos também.

Sem adentrar à questão da importância do meio ambiente para a vida humana, o presente trabalho tem por objetivo deixar claro que tal questão refere-se a direito inalienável e inerente a todo ser humano. E tanto no âmbito internacional, quanto dentro dos limites estatais, há um dever de respeito pelos entes públicos e pelos privados. De fato, a questão dos “efeitos horizontais” dos direitos fundamentais nas relações privadas ganha dimensão extremamente mais complexa quando o objeto de proteção são direitos de caráter universal, como os direitos humanos, levados a atores transnacionais, que não estão vinculados e nem subordinados a apenas um poder soberano.

E o estudo desse tema, como dito, vem ganhando relevância diante dos casos que vem ocorrendo no Brasil. O desastre no rompimento de barragens, como ocorreu em Mariana e em Brumadinho e a presença de

óleo nas praias nordestinas são três grandes exemplos de violação a direitos humanos provocados por empresas de grande porte.

3 Responsabilidade civil ambiental

Além dos requisitos básicos para a responsabilização civil existentes, o tema traz contornos bastante específicos. A um porque a responsabilidade por dano ambiental já é tratada de forma especial pelo direito. Ela decorre da própria previsão constitucional, especialmente das previsões constantes nos parágrafos 2º e 3º do citado artigo 225. No parágrafo 2º, quem “explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”. E o parágrafo 3º dispõe que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 2019). Ou seja, pelo dano ambiental, a própria Constituição Federal dispõe que haverá responsabilização civil, administrativa e penal.

Além disso, a Lei 6.938/81 traz, em seu artigo 14, parágrafo 1º, a responsabilidade civil objetiva em relação aos danos ao meio ambiente e aos terceiros vitimados. Ou seja, não há necessidade de demonstração de culpa da empresa causadora do dano para que a mesma seja obrigada a reparar. É a responsabilidade causada pelo mero risco, chamada de teoria do risco integral. Basta a demonstração do fato danoso e do nexo de causalidade.

Essa, inclusive, é a teoria adotada pelo STJ, acolhida em julgamento de recurso repetitivo:

Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo

dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

E, com base no citado artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/81, o STJ, em julgados mais recentes que o citado, concluiu que a responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva e solidária, de todos os agentes que obtiveram proveito da atividade que resultou no dano ambiental, combinando o dispositivo citado com o art. 942 do Código Civil.

Como visto, o causador do dano responde mesmo que ele seja involuntário, exatamente pela atividade de risco. “Essa conclusão decorre notadamente dos princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do desenvolvimento sustentável e da equidade intergeracional” (WEDY, 2018).

Dessa forma, para que seja configurada a responsabilidade civil por danos ambientais basta: a prática de atividade de risco à saúde e ao meio ambiente; a prova do dano ou do risco de dano, que pode ser efetivo ou potencial e a existência de o nexo de causalidade entre a atividade causadora e o dano, ou seu risco. Não se admite as chamadas excludentes de responsabilidade e nem qualquer cláusula contratual de não indenizar¹.

Como dito, a responsabilidade civil ambiental, em primeiro lugar, é especial para o direito dentro de sua própria configuração. Mas além disso, e chegando ao segundo ponto de sua especialidade, a responsabilização de

¹ Conforme entendimento do STJ, “uma vez comprovado o nexo de causalidade entre o evento e o dano, afigura-se descabida a alegação de excludente de responsabilidade. Por isso, já se decidiu, por exemplo, que é irrelevante ‘qualquer indagação acerca de caso fortuito ou força maior, assim como sobre a boa ou a má-fé do titular atual do bem imóvel ou móvel em que recaiu a degradação’”. (WEDY, 2018).

empresas transnacionais pela violação de direitos humanos é tema que comporta várias nuances. Instrumentos até hoje existentes para que se garanta a eficácia dos direitos humanos nesse tipo de situação, como tratados, princípios orientadores ou mesmo boicotes, são medidas que mostram certo grau de eficácia diante do caso concreto mas que, sozinhos, não tem conseguido evitar grandes prejuízos que os direitos humanos vem sofrendo com o avanço da economia globalizada da empresa transnacional. O ambiente atual traz novas realidades advindas do processo de globalização corporativa².

Nesse contexto, a crescente busca por lucro das empresas faz com que cada vez menos os direitos humanos sejam objeto de preocupação pelo agente privado: o caso do rompimento da barragem de Brumadinho, em Minas Gerais, somente comprova que o poder e o anseio por lucro andam em contramão à uma efetiva garantia de preservação de Direitos Humanos³. A necessidade de soluções inovadoras, que interessem tanto para a empresa quanto para a sociedade em geral é imprescindível, porque a responsabilidade civil da empresa, em caso de desastre, pode levar até mesmo ao encerramento de suas atividades, dado o impacto financeiro que tal reparação pode causar: nunca será compensado nem o desastre ambiental e nem o prejuízo financeiro sofrido pela empresa. Pelo menos este é o caminho que vem seguindo as indenizações, ultrapassando a casa dos bilhões de dólares⁴.

² Este conceito de “globalização corporative” é utilizado por Ruggie (2013, p. 17), designando o processo de reestruturação produtiva pelo qual as empresas transnacionais conseguiram estabelecer redes corporativas que ultrapassaram as economias nacionais e construíram núcleos de atividades econômicas sujeitos a uma única visão global estratégica.

³ Em reportagem divulgada pelo site UOL de economia, tragédias em mineradoras tendem a ocorrer quando os preços dos minérios estão em alta ou baixa, em razão da pressão das empresas em ganhar mais ou deixar de perder dinheiro: “quando os preços sobem, as mineradoras apressam os procedimentos de licenciamento e construção de barragens para faturar logo. Quando as cotações caem, as empresas cortam custos operacionais, como os de manutenção e segurança. Daí o aumento do risco de rompimentos” (GOITIA, 2019).

⁴ Como exemplo, tem-se a multa da Chevron no Equador, por dano ambiental, que passou dos 19 bilhões de dólares. “A multa à petroleira Chevron por supostos danos ambientais no Equador aumentou para 19,021 bilhões de dólares, depois que um tribunal da província de Sucumbíos ajustou a sentença emitida em segunda instância, informou nessa quinta-feira uma fonte desse tribunal. “Devido a um erro de cálculo, a indenização é de 19.021.552.000 dólares”, disse uma fonte do tribunal da província de Sucumbíos (nordeste), onde cerca de 30 mil pessoas, que se consideram prejudicadas pelas atividades da Texaco (adquirida pela Chevron em 2001) entre 1964 e 1990, entraram com uma ação. Na segunda-feira, somou-se ao montante uma multa de 10% disposta pela Lei de Gestão Ambiental, apesar de

4 A busca de soluções através de diversos atores sociais

Vê-se que a responsabilização da empresa pelos danos ambientais, no contexto dos direitos humanos, não carece de fundamentação legal. O problema é, de fato, o efetivo cumprimento dos deveres legais, especialmente o de prevenção, como deve se dar.

No entanto, a questão de um desenvolvimento sustentável e o efetivo respeito aos direitos humanos é buscada pelas empresas sérias, através de soluções inovadoras, envolvendo vários atores sociais. A empresa do futuro, cada vez mais bem vista e aceita pela própria sociedade de consumo, é aquela que dedica parte de seus objetivos à preservação ambiental para as gerações futuras, utilizando métodos inovadores.

Um exemplo, é a utilização da Tríplice Hélice⁵ como forma de ressignificação do desempenho de uma empresa. Segundo o criador do

ainda não terem sido fixadas as cotas judiciais." (CORREIO BRAZILENSE, 2012). Vide, também: "Cidades dos EUA processam grandes empresas de petróleo por dano ambiental alegando que elas esconderam os perigos por décadas" Multas são bilionárias e servirão para medidas de segurança contra aumento do nível do mar, por exemplo Golden Gate. As cidades de São Francisco e Oakland, nos Estados Unidos, estão processando cinco das maiores companhias de petróleo do mundo para que elas cubram os custos de muralhas e de outros mecanismos de defesa contra o aumento do nível do mar. A alegação é de que a indústria petrolífera obteve grandes lucros com combustíveis fósseis mesmo sabendo que a prática era "uma ameaça existencial para a humanidade". Comparando o caso diretamente com a venda de cigarros por parte da indústria do tabaco apesar do conhecimento dos riscos para a saúde, os advogados das cidades anunciaram os processos, feitos de forma separada, contra as companhias BP, Royal Dutch Shell, Exxon Mobil, Chevron e ConocoPhillips. Os valores monetários requeridos são "desconhecidos neste momento, mas espera-se que estejam no patamar de bilhões de dólares", disseram os advogados. O processo de São Francisco e o arquivado por Oakland pedem ao tribunal que crie um "fundo de abatimento" para angariar a infraestrutura "necessária para que as pessoas se adaptem aos impactos do aquecimento global, como o aumento do nível do mar". (...) A advogada da cidade de Oakland, Barbara Parker, explicou o quão grave era o problema e argumentou que havia um caso legal claro para compensação. "O aquecimento global é uma ameaça existencial para a humanidade, para nossos ecossistemas e para a maravilhosa miríade de espécies que habitam nosso planeta", disse ela. "Essas empresas sabiam que as mudanças climáticas conduzidas por combustíveis fósseis eram reais, elas sabiam que isso era causado por seus produtos e elas mentiram para encobrir esse conhecimento para proteger seus lucros astronômicos. O prejuízo para nossas cidades começou e só piorará. A lei é clara de que os réus são responsáveis pelas consequências de suas ações imprudentes e desastrosas", completou. (ECYCLE, 2017).

⁵ O modelo da Tríplice Hélice é baseado em um entendimento de um processo evolutivo no qual empresa, universidade e governo estão num movimento constante de melhorias à sociedade. Quanto mais a civilização se desenvolve, as demandas vão surgindo, e a preservação ambiental encontra-se nesses novos desafios. E o fato é que o caminho do desenvolvimento econômico e da civilização passa pelo desempenho tecnológico. Neste sentido, o papel do estado é fazer a ligação entre a academia e a empresa para haver desenvolvimento tecnológico, seja através de incentivos, parcerias e/ou convênios; para gerar riquezas, sempre através da necessária aplicação das melhores técnicas. E a produção científica, para ter relevância na sociedade, precisa ser transformada num produto ou serviço que atenda a população. Não é demais lembrar que a grande maioria das pesquisas feitas nas academias brasileiras não geram produtos e nem riquezas, ficam no papel, não girando a hélice do desenvolvimento econômico.

termo, descrever um modelo de inovação com base na relação universidade – indústria – governo mostra o caminho para a criação de um sistema com crescimento econômico e desenvolvimento social na era econômica do conhecimento (ETZKOWITZ, 2003).

Utilizar esse método para garantir que as empresas respeitem os direitos humanos mostra-se um caminho bastante interessante para estudo. Como dito, não é objetivo deste capítulo esgotar o tema, mas sim trazer nuances sobre a importância de se pensar a questão de empresas, direitos humanos e responsabilidade civil diante de soluções inovadoras e eficientes.

Segundo Fischmann e Cunha (2003), a interação Universidade-Empresa se torna cada vez mais importante no contexto econômico atual. As universidades buscam uma nova definição de seu papel na sociedade e as empresas novas alternativas de competitividade para garantir sua permanência no mercado, sem poder deixar de lado que deve se alinhar a novos métodos e conceitos sobre as gerações futuras. Para Marcovitch (1999), do mesmo modo que a universidade precisa encontrar a forma certa de relacionar-se com o setor produtivo, este deve saber como solicitar a colaboração da universidade, que no aspecto da preservação ambiental, traz inúmeros estudos de muito interesse para as empresas. De outro lado, a aplicação da pesquisa pela área empresarial deve ser incentivada pelo governo para que novas pesquisas surjam e para que novas soluções se apresentem a problemas tão complexos, como o abordado nestas breves linhas.

Distante disso está a realidade atual, já que tal teoria ainda é aplicada com muita reserva. A vinculação das empresas aos direitos humanos não vem se mostrando eficaz porque, apesar do impacto da tragédia, a demora ou ausência na imposição de penalidades contribui para que os mesmos atos voltem a ser praticados pelas empresas violadoras. O controle de empresas de âmbito transnacional é complexo e não há como se partir de um único nível de normatividade.

É preciso que se previna, que se evite a violação. E, para isso, a aplicação da Hélice Tríplice é um caminho bastante interessante que se propõe. No entanto, caso a empresa cause danos ambientais, a responsabilidade civil em favor das pessoas afetadas é uma realidade que deve ser incrementada, ainda que, de fato, isso possa trazer um prejuízo irreversível à atividade empresarial.

Considerações finais

Como visto nas breves linhas dedicadas a este capítulo, a responsabilização civil das empresas por violações a direitos humanos, especialmente ambientais, deve ser a última etapa que uma empresa séria e com responsabilidade social deve pensar.

O caminho, por certo, é evitar que violações a direitos humanos, em qualquer esfera, aconteça. E isso pode ser uma realidade a partir do momento que a empresa é comprometida com os verdadeiros valores da dignidade humana. Utilizar de soluções inovadoras, como é o caso da Hélice Tríplice é um caminho que, com certeza, trará frutos compensadores à atividade empresarial e à sociedade como um todo.

No entanto, caso a atividade empresarial somente tenha por objetivo a busca desenfreada dos lucros e pouco se importe com a sustentabilidade, é preciso que tenha a consciência de que a responsabilidade civil ambiental é uma realidade mundial, com requisitos bem menos formais do que a responsabilidade civil comum. Como visto, a culpa é prescindível, ao passo que o valor da indenização a ser paga, pode gerar o encerramento das atividades empresariais dada a sua importância.

Mais uma vez enfatizando que esse trabalho traz apenas linhas iniciais sobre o assunto, a prevenção à violação a dano ambiental é bastante importante. E, para isso, pensar-se na Tríplice Hélice como instrumento de administração eficaz dos riscos da empresa é uma alternativa real e muito interessante, como forma de precaução e prevenção. Caso a empresa não se preocupe com essa fase anterior ao

dano, a responsabilidade civil em favor de quem sofreu os prejuízos será a mais ampla possível, podendo resultar em prejuízo imprevisível e inexorável à empresa.

Entre a vida das pessoas e a vida da empresa, não há dúvida sobre qual deve ser receber tratamento prioritário no contexto da sociedade atual.

Referências

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, STJ, 2ª S., REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014.

_____. STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 277.167/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14/03/2017, DJe 20/03/2017.

CORREIO BRAZILIENSE, Multa da Chevron no Equador por dano ambiental passa de US 19 bilhões. Disponível em https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2012/07/27/interna_mundo,314076/multa-da-chevron-no-equador-por-dano-ambiental-passa-de-us-19-bilhoes.shtml. Acesso em 15 jul 19.

DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ECYCLE, Cidades dos EUA processam grandes empresas de petróleo por dano ambiental alegando que elas esconderam os perigos por décadas. Disponível em <https://www.ecycle.com.br/component/content/article/63-meio-ambiente/5963-cidades-dos-eua-processam-grandes-empresas-de-petroleo-por-dano-ambiental-alegando-que-elas-conheciam-os-perigos-por-decadas.html>. Acesso em 14 jul 19.

ETZKOWITZ, H. Relações acadêmico-industriais: um paradigma sociológico para o desenvolvimento econômico. In: Leydersdorff, L; Van Den Besslaar, P., Economia Evolucionária e Teoria do Caos: novas direções em estudos de tecnologia. Londres: Pinter Publishers, p. 139-151, 1994.

_____. Inovação em inovação: a tripla hélice das relações governo-indústria-universidade, Ciências Sociais Informação, v. 42, nº 3, p. 293-337, 2003.

FISCHMANN, A. A.; CUNHA, N. C. V. da. Alternativas de ações estratégicas para promover a interação Universidade-Empresa através dos escritórios de transferência de tecnologia. Anais X Seminário Latino Ibero americano de Gestão Tecnológica, v. 1, 2003.

GOITIA, Vladimir. Tragédias como Brumadinho estão ligadas a preço e lucro, diz estudo mundial. UOL Economia. São Paulo, 09 mar. 2019. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/09/brumadinho-mariana-vale-samarco-mineradoras-preco-de-minerios.htm>>. Acesso em 05 mai.2019.

MARCOVITCH, J. A cooperação da Universidade moderna com o setor empresarial. Revista de administração, v.34, n.4, p.13-17, 1999.

RUGGIE, John Gerard. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda. Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper n. 31. Cambridge, MA: John Kennedy School of Government, Harvard University, 2007. Disponível em https://sites.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_38_ruggie.pdf. Acesso em 08 ago 19.

_____. Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: Planeta Sustentável, 2013.

Fake news e a responsabilidade civil

Éldima Daniele Barros

Paulo Henrique Vaz Soares

1 Introdução

O direito à personalidade está ligado ao direito da dignidade da pessoa humana, portanto esses direitos possuem status constitucional, integrando verdadeiramente o bloco de constitucionalidade.

Como características marcantes dos direitos da personalidade estão a indisponibilidade e a irrenunciabilidade. Essa indisponibilidade e irrenunciabilidade não são absolutas, ou seja, há um limite para elas, pois caso contrário haveria violação à autonomia privada. A grande dificuldade é definir a exata medida desse limite e quando se fala das redes sociais, essa questão ganha contornos cada vez mais dramáticos.

Atualmente, na chamada Era Digital, com o avanço tecnológico e a facilidade de obtenção de informações, as notícias estão chegando cada vez mais rápidas na vida dos seres humanos. São 24 horas conectados, podendo acompanhar em tempo real, ou não, praticamente tudo o que se passa no mundo. Dessa forma, as notícias são propagadas com bastante rapidez e não há um “filtro” que impeça a sua disseminação e tão pouco garanta que a sua fonte seja verdadeira. Quando um tipo de notícia é difundido de forma que não condiz com a realidade dos fatos, ou seja, uma informação não verídica, podendo ser total ou parcialmente falsa, dá-se o nome de Fake News que traduzida significa notícias falsas.

Nas redes sociais há cada vez mais casos de renúncia e disposição quase irrestrita da intimidade, da imagem e da vida privada. Inúmeros são os exemplos de pessoas que tiveram a sua intimidade violada, exposta, sem qualquer restituição e muitas dessas situações são provocadas pela própria vítima que, expõe de forma direta, informações, fotografias nos ambientes virtuais.

O direito de imagem é irrenunciável, inalienável, intransmissível, porém disponível, ou seja, poderá ser licenciada por seu titular a terceiros. A imagem do indivíduo é um direito autônomo ou próprio, o que repercute diretamente no momento de eventual ação indenizatória ante o uso indevido da imagem do indivíduo.

Além de possuir certa relação com os demais direitos de personalidade e, por vezes, até com eles confundir-se, o uso indevido da imagem independe de comprovação do prejuízo, sendo este inerente à utilização não autorizada. O uso não autorizado de imagem encontra algumas limitações firmadas, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência.

Desta maneira, matéria de cunho jornalístico leva a um inevitável conflito entre direitos fundamentais, onde, via de regra, deverá prevalecer o interesse público coletivo sobre o individual/privada nos moldes do princípio da proporcionalidade. É evidente, ainda, a ofensa à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de nossa Constituição Federal (art. 1º, III).

Conforme abordado, o direito à proteção da honra e da imagem encontra-se em constante abaloamento com as informações divulgadas e a manifestação do pensamento, sendo cada vez mais necessário o arbitramento de indenização com o intuito punitivo.

2 Uma breve análise acerca da expressão fake news

O termo *Fake News*, segundo a Huffpost, (2017) “se generalizou em novembro, o mês da eleição presidencial norte-americana de 2016.

Inicialmente, descrevia o tipo de artigo falsificado divulgado por "fábricas" de conteúdos de valor dúbio", porém, as "mentiras apresentadas como sendo reportagens noticiosas factuais já existiam antes da eleição de 2016", portanto, "existindo há mais de cem anos", como se confere em um texto publicado no ano de 1891, no "The Buffalo Commercial" (de Buffalo, Nova York).

As *Fake News* são informações inverídicas publicadas em diversos meios de comunicação, como se verdadeiras fossem alcançando pequenos ou grandes números de leitores e/ou ouvintes. Sua propagação é instantânea e quase impossível de se deter. Geralmente são praticadas contra uma pessoa ou um grupo, a fim de corroborar um ponto de vista, boatos induzindo-as ao erro.

De acordo com o Carvalho e Kanffer "as *Fake News* correspondem a uma espécie de 'imprensa marrom' (ou yellow journalism), deliberadamente veiculando conteúdos falsos, sempre com a intenção de obter algum tipo de vantagem, seja financeira (mediante receitas oriundas de anúncios), política ou eleitoral." (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 1). Dito isso, Braga complementa que as *Fake News* englobam "o uso de montagens, memes (imagem, vídeos, gifs ou mote com tom humorístico que se espalha em redes sociais) ou qualquer outro tipo de conteúdo que sirva ao mesmo propósito de difundir informação inverídica." (BRAGA, 2018, p. 6).

As *Fake News* geralmente são desenvolvidas e disseminadas através de páginas na internet que são criadas por programadores, também conhecidos como crackers que "são pessoas aficionadas por informática que utilizam seu grande conhecimento na área para quebrar códigos de segurança, senhas de acesso a redes e códigos de programas com fins criminosos" que produzem e utilizam-se de robôs, os quais dissipam os links aos usuários. Eles compartilham esse tipo de informação sem ao menos comprovar sua verossimilhança, através das redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas (whatsapp ou outros) e até mesmo "boca a boca".

A forma de criação e a maneira de difundir uma informação inverídica e ilegal, geralmente, são elaboradas em páginas da web ocultas

para os usuários, pois utilizam de servidores de outros países, acessando em locais que dispõem a rede de Internet sem nenhum monitoramento, tornando, assim, difícil o trabalho de identificação e até mesmo impossível de puni-los.

3 Liberdade de expressão x fake news

A liberdade de expressão é um direito fundamental positivado no art. 5º IX da Constituição Federal de 1988 in verbis “Art. 5º, IX. “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” (BRASIL,1988), deve ser compreendida que não é um direito absoluto, ou seja, não existe um direito no ordenamento jurídico brasileiro que seja indiscutível, sem exceções, ou limites, aplicando-se análises caso a caso.

Devido a liberdade de expressão não ser absoluta, o artigo 5º IX da CF elenca limitações que evitam o conflito entre os próprios direitos fundamentais, como por exemplo a igualdade e as leis infraconstitucionais. O Código Penal veda a injúria, calúnia, difamação e os indivíduos que praticam essas atividades ilícitas não podem se esconder atrás da bandeira da liberdade de expressão. Eles são passíveis de sanções, pois nossa constituição garante o princípio da dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade do indivíduo.

Segundo Komesu (2010, p. 11) “O sujeito escrevente sabe que há dispositivos que regulam as práticas sociais”. A limitabilidade é conhecida pelos autores e, portanto, será responsabilizado caso lese o direito de uma pessoa. A Constituição Federal (1988) veda o anonimato no inciso IV, art. 5º “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, que é mais um limite à essa liberdade.

Já no artigo 5º, inciso XIV é garantido o sigilo da fonte, em outras palavras, não pode um jornalista, radialista, um comentarista ou apresentador denunciar uma pessoa ou um órgão de quem obteve uma informação.

A censura esta elencado no art. 5º, IX e art. 220, § 2º, sendo a última “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, § 2º “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” (CF, 1988).

Conforme Ramos, (2012, p.17) a “censura consiste em ato estatal de direcionamento ou vedação da expressão do indivíduo ou da imprensa, o que é vedado pela Constituição”.

Branco atesta que a manifestação de pensamento nas mídias tradicionais deve ser feita de modo livre, haja vista que a decisão do que pode e do que não pode ser publicado nas redes sociais retrocederia ao século onde era instituída a censura. (2017, p.7). Suima (1998, p. 7) afirma que “ainda que eventualmente possam ocorrer abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação, a Constituição assumiu o risco de não impedir previamente a circulação das idéias” e conclui que o Estado geralmente não pode impedir esse tipo de veiculação mesmo que afronte os direitos fundamentais.

A violação dos direitos de terceiros por pessoa ou órgãos deverão responder pelos abusos pela ordem civil, administrativa e até mesmo de natureza penal. No entanto, a Lei Lei 12.965/2014 indica que apenas algumas situações são responsabilizadas, geralmente sendo ordenadas judicialmente para a retirada a sua circulação.

4 Direito constitucional da personalidade

O direito à personalidade está ligado ao direito da dignidade da pessoa humana, portanto esses direitos possuem status constitucional, integrando verdadeiramente o bloco de constitucionalidade.

No caso dos direitos da personalidade, a sua integração ao bloco de constitucionalidade se impõe por serem eles uma exteriorização da dignidade da pessoa, caracterizando-se como direitos fundamentais. Como prova, os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, preveem

expressamente tutela especificada para esses direitos, de modo a assegurar a plena proteção e realização do indivíduo como pessoa humana. Além da Constituição, o direito da personalidade também tem previsão infraconstitucional, no Código Civil em seus arts. 11 a 21.

Como características marcantes dos direitos da personalidade estão a indisponibilidade e a irrenunciabilidade, que estão asseguradas no art. 11 do Código Civil de 2002. Essa indisponibilidade e irrenunciabilidade não são absolutas, ou seja, há um limite para elas, pois caso contrário haveria violação à autonomia privada.

A grande dificuldade é definir a exata medida desse limite e quando se fala das redes sociais, essa questão ganha contornos cada vez mais dramáticos.

Nas redes sociais há cada vez mais casos de renúncia e disposição quase irrestrita da intimidade, da imagem e da vida privada. Inúmeros são os exemplos de pessoas que tiveram a sua intimidade violada, exposta, sem qualquer restituição e muitas dessas situações são provocadas pela própria vítima que, expõe de forma direta, informações, fotografias nos ambientes virtuais.

De fato, essas situações não são simples, revelando-se como verdadeiro conflito de direitos fundamentais, especificamente a autonomia privada, privacidade e intimidade.

Assim, é possível perceber que essas questões que envolvem os direitos da personalidade e as redes sociais devem ser examinadas com cautela. É certo que não é possível impor às pessoas uma censura, impedindo absolutamente a veiculação de dados, informações e fotografias, como já foi vivido nesse país um dia. Como costuma afirmar o professor e ministro Luís Roberto Barroso, só quem nunca viu a sombra não sabe reconhecer a luz. Esses são tempos que, se Deus quiser, jamais voltarão. Mas isso não significa que não se deva repensar o alcance de proteção aos direitos da personalidade, a fim de se evitar que essa liberdade que hoje existe não seja uma armadilha feita por nós mesmos, para nós mesmos cairmos nela.

No agravo de instrumento da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, decidiu-se acerca do direito de personalidade dentro das redes sociais, o qual foi atingido pelo uso indivíduo de imagem/nome da pessoa. Vejamos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DIREITO DA PERSONALIDADE. RETIRADA DE IMAGEM ATENTATÓRIA À HONRA DE REDE SOCIAL (FACEBOOK). TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A utilização da imagem/nome de pessoa, pública ou não, como se ela fosse, para a realização de atos ou comentários que possam denegrir/prejudicar sua honra e dignidade ofende aos Princípios da Legalidade, da Dignidade da Pessoa Humana, da Vedação ao Anonimato. Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada, quais sejam, a verossimilhança das alegações do autor e a existência da prova inequívoca de seu direito é de rigor o seu deferimento. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJ-CE - Agravo de Instrumento AI 06246240320158060000 CE 0624624-03.2015.8.06.0000 (TJ-CE) - Data de publicação: 04/11/2015).

DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO LIMINAR EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR. CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA DE VOTOS. - A contenda posta a presente análise recursal passa pela dicotomia existente entre valores constitucionalmente positivados, qual seja: liberdade de expressão X direitos da personalidade, bem como proteção conferida no seio do arts. 12 e 20 do Código Civil. - Crítica veiculada por intermédio da rede social que, na parte em que se refere especificamente ao escritório agravante, de fato, tem potencial para atingir direitos da personalidade daquele, configurando a fumaça do bom direito necessária ao deferimento do pedido liminar negado pelo juízo de piso. - Perigo da demora também milita em favor do agravante, que, sem o deferimento do presente recurso, continuará, até o deslinde da contenda no juízo de primeiro grau, a ter seu nome exposto em rede social de amplo alcance (Facebook), com potencial prejuízo à imagem do referido escritório nesse período. - Presentes os requisitos que autorizam o deferimento da liminar no bojo da ação cautelar em tramitação no juízo a quo, cabível a reforma da decisão atacada. - Recurso parcialmente provido para se determinar: a) a retirada da página da rede social (Facebook) constante no perfil do 1º agravado

em que menciona expressamente o nome do escritório agravante; b) a retirada de qualquer matéria advinda desses fatos em outros sites, notadamente o Migalhas e o Jusbrasil Notícias ; c) a retirada de todos os comentários a respeito dessa postagem, localizados no perfil do 1º Agravado. (TJ-PE - Agravo de Instrumento AI 3633114 PE (TJ-PE) - Data de publicação: 29/10/2015).

Fixado o entendimento dos Colendos Tribunais, nota-se que, presente os resquícios de que fora atingido o direito da vítima, o agente fica obrigado a reparar o dano causado, bem como ao cumprimento de outras condições impostas.

5 Direito de imagem e suas limitações

O direito de imagem, consagrado e protegido pelos incisos X e XXVIII, do art. 5º da Constituição Federal da República de 1988, tratado entre os direitos e garantias fundamentais e como um Direito de Personalidade e pelo art. 11 e seguintes do Código Civil, é um direito de personalidade física da pessoa, incluindo os traços fisionômicos, o corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.

Assim, ou direito de imagem é irrenunciável, inalienável, intransmissível, porém disponível, ou seja, poderá ser licenciada por seu titular a terceiros. A imagem do indivíduo é um direito autônomo ou próprio, o que repercute diretamente no momento de eventual ação indenizatória ante o uso indevido da imagem do indivíduo.

Além de possuir certa relação com os demais direitos de personalidade e, por vezes, até com eles confundir-se, o uso indevido da imagem independe de comprovação do prejuízo, sendo este inerente à utilização não autorizada, já aquele, por exemplo, o direito à honra, necessita da existência de dano para aferição de eventual indenização (art. 20 do Código Civil).

Situação essa pacificada pela súmula do STJ: Súmula 403 – Independe de prova ou prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos e comerciais.

De acordo com a jurisprudência pátria, a ação para fazer cessar o uso indevido de imagem (obrigação de não fazer), assim como aquela para reivindicar a seguinte indenização (obrigação de pagar quantia) requer duas condições alternativas: a) Exploração econômica através da imagem e/ou; b) Lesão da pessoa retratada.

Essas premissas ou, ao menos uma delas, decerto, estará no âmago das decisões dos magistrados nacionais, no momento de acolherem ou não as pretensões dos indivíduos que tiverem suas imagens divulgadas sem autorização, sejam essas (pretensões condenatórias, mandamentais ou executivas lato sensu, de acordo com a classificação quinária das ações).

5.1 Limitações ao uso não autorizado de imagem

O uso não autorizado de imagem encontra algumas limitações firmadas, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência. As mais relevantes e abordadas serão: a) O chamado ônus da suportabilidade de terem suas imagens expostas nos veículos de comunicação sem a devida autorização; b) Da imagem estar vinculada à informação com claro interesse público.

O direito à informação também se encontra consagrado pela Constituição Federal e, igualmente, como um direito fundamental (art. 5º, XXXIII).

Desta maneira, matéria de cunho jornalístico leva a um inevitável conflito entre direitos fundamentais, onde, via de regra, deverá prevalecer o interesse público coletivo sobre o individual/privada nos moldes do princípio da proporcionalidade.

No caso conhecido da atriz Daniella Cicarelli, por exemplo, onde a modelo fora retratada em momento íntimo com o namorado em uma praia pública; embora independentemente de a praia ser pública e ela uma pessoa famosa, não há como negar que o vídeo divulgado na internet denigre sua imagem, além de utilizá-la indevidamente.

É evidente, ainda, a ofensa à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de nossa Constituição Federal (art. 1º, III).

A função da responsabilidade civil é a completa satisfação da vítima (reparação integral), buscando-se fazer com que ela retorne ao 'status quo' anterior ao evento danoso. Restando demonstrado satisfatoriamente os elementos caracterizadores da responsabilização, de forma que a indenização por danos materiais deve também abranger a restituição dos dispêndios realizados na busca pelos seus direitos, não há alternativa que não seja a possibilidade da condenação em tal reparação. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL - IMPRENSA - DIREITO À IMAGEM - PUBLICAÇÃO, EM MATÉRIA JORNALÍSTICA, DE FOTOGRAFIA DO DEMANDANTE - simples transeunte que acabou tendo sua imagem exposta em matéria que tratava de supostas fraudes perpetradas pela construtora delta e seus laranjas - ausência de autorização escrita - falta de cuidado da ré na veiculação da imagem do autor sem qualquer elemento de dissuasão - lei de imprensa nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 - declaração pelo supremo tribunal federal de inconstitucionalidade por não recepcionada pela constituição de 1988 no julgamento da adpf nº 130/df - aplicação do código civil - liberdade de informação e de manifestação do pensamento que não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana publicação de fotografia não autorizada em jornal que constitui ofensa ao direito de imagem, ensejando indenização por danos morais - ainda mais quando veiculada em matéria sobre fraude que nada tem haver com o autor - valor arbitrado aquém do que se afigura razoável à hipótese - caráter pedagógico/punitivo - extensão do dano - majoração do dano moral - juros de mora a contar do evento súmula 54 do stj - pedido de retirada da matéria do site jornalístico - reparação integral da lesão que inclui a cumulação de obrigações de fazer e de indenizar - provimento do recurso do autor. (TJ-RJ - apelação apl 02929719520128190001 RJ 0292971-95.2012.8.19.0001 (TJ-RJ) - Data de publicação: 18/03/2014)

Conforme abordado, o direito à proteção da honra e da imagem encontra-se em constante abalroamento com as informações divulgadas e a manifestação do pensamento, sendo cada vez mais necessário o arbitramento de indenização com o intuito punitivo.

6 Considerações finais

É fato incontestável que a imagem como um direito de personalidade autônomo, consagrado constitucionalmente, tem o poder de levar seus titulares a buscar a tutela jurisdicional competente para findar seu uso indevido e desautorizado, assim como, para reclamar eventual indenização, inclusive moral, em razão do ilícito cometido.

Igualmente inquestionável é a possibilidade de limitação deste exercício do direito de imagem quando a pessoa retratada for pública ou quando houver conflito com demais direitos ou princípios fundamentais, como é o caso do direito à informação. Contudo, o que não se pode esquecer é que mesmo essas limitações devem ser mitigadas ou desconsideradas quando o violador age com os propósitos de: a) explorar economicamente a vítima, titular do direito de imagem, e/ou; b) denegrir sua imagem.

Esses, inclusive, são os requisitos que devem ser perseguidos pelo julgador no momento da análise de casos envolvendo imagens de indivíduos divulgadas sem autorização. Ademais, o ambiente virtual mostra-se como um cenário propício à prática de diversos ilícitos. Estão os usuários sujeitos a danos extrapatrimoniais, em virtude da violação dos direitos da personalidade, como também a danos patrimoniais, que se realiza por meio do roubo de senhas, da interceptação de dados confidenciais, entre outros.

Assim, entendeu-se que as redes sociais respondem objetivamente pelos danos causados por seus usuários aos demais clientes do serviço. Tal decisão, quando não possui base nas normas do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de relação de consumo, encontra esteio na teoria do risco, segundo a qual, aquele que exerce atividade capaz de ensejar dano que dela provenha, deve responder por eles independentemente de culpa (art. 927 Código Civil/2002).

Leva-se em consideração os entendimentos jurisprudenciais dos tribunais, os quais vêm enfrentando a questão, caso a caso, deixando para a ampla análise da prova, a verificação da existência do ato ilícito, dano moral e a sua extensão.

Referencias

ALVES, Cleusa Maria Pereira. **Direito de imagem nas redes sociais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28297/direito-de-imagem-nas-redes-sociais/2>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume I**, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/4813/2018_braga_industria_fake_news.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 de julho de 2019.

BRANCO, Sérgio. **Fake News e os caminhos para fora da bolha**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/08/sergio-fakenews.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

DE CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo. **O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news)**. (2018). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em 19 de julho de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil** 7. 26º Ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. – 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 12. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017.

HUFFPOST. **De onde vem o termo "fake news"?** 2017. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2017/04/05/de-onde-vem-o-termo-fake-news-da-decada-de-1890-ao-que-tudo-a-22027223/>. Acesso em 17 de julho de 2019.

KOMESU, Fabiana Cristina. Espaços e fronteiras da liberdade de expressão em blogs na internet. **Trabalhos em Linguística Aplicada**, p. 343-357, 2010. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/21935>. Acesso em: 19 de julho de 2019.

O que é cracker? TecMundo, 2012. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/o-que-e/744-o-que-e-cracker-.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019

RAMOS, André de Carvalho. Temas de direito eleitoral no século XXI. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.

SUIAMA, SERGIO GARDENGLI. **Ratinho Livre? Censura, Liberdade de Expressão e Colisão de Direitos Fundamentais na Constituição**. 2017. Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/1comis.htm. Acesso em: 11 de julho de 2019.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil 2**: Direito das Obrigações e Responsabilidades Civil. 10^o Ed. São Paulo: Método 2015

TRENTIN, Taíse Rabelo Dutra. **Internet**: Publicações Ofensivas em Redes Sociais e o Direito à indenização por Danos Morais. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/6263>. Acesso em 18 de julho de 2019.

Responsabilidade civil da imprensa

Welliany Bezerra Barreto

Introdução

A imprensa possui papel de fundamental relevância para as sociedades que vivem o Estado Democrático de Direito. Tais sociedades estão alicerçadas sob a égide da informação. Ademais, o papel social da imprensa tem altíssima responsabilidade e deve ser exercido com absoluta transparência e equidade, sob pena de ameaçar a democracia e os direitos dos cidadãos. A imprensa é ferramenta para a construção de posicionamentos políticos e sociais, estimulando o debate e aperfeiçoando a compreensão crítica dos indivíduos.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 (CF/88) legitimou o papel precípua concebido à imprensa, assegurando a liberdade do seu exercício e também a liberdade de expressão e a livre manifestação do pensamento, sendo vedada a censura e a licença. Assim, dispõe nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e artigo 220, caput, §§1º e 2º.¹

¹ Art. 5º

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O presente estudo conduz-se no delineamento da responsabilidade civil da imprensa, com uma análise das características e pressupostos necessários, abordagem aos direitos da personalidade, à liberdade de expressão e informação e à liberdade de imprensa. À vista disso, a pesquisa desenvolve-se sobre a solução de conflitos quando há colisão entre tais direitos, com a aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação. Nesse diapasão, urge frisar que são desses choques, notadamente quando a imprensa abusa do seu direito de informar, ou o exerce em desproporcionalidade com os direitos da pessoa, que surgem danos morais, quando não puderam ser evitados através de uma tutela preventiva, uma compensação.

Em síntese, a elaboração deste capítulo emprega a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. Direitos da personalidade

Hodiernamente, os direitos da personalidade são consagrados no direito brasileiro na Constituição Federal de 1988 e expressamente no Código Civil de 2002, nos artigos 11 a 21, confirmando a ótica civil-constitucionalista através da qual serão analisados.

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer como princípios constitucionais a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF/88), concomitante à igualdade e à liberdade, transfere para o indivíduo o cerne da ordem jurídica brasileira.

Como preceitua Godoy (2008, p. 20) a dignidade como princípio constitucional fundamental, exprime a admissão a um direito geral da personalidade, e o objeto é “justamente a prerrogativa do ser humano de

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

(BRASIL, 1988).

desenvolver a integralidade de sua personalidade, todos os seus desdobramentos e projeções, nada mais senão a garantia dessa sua própria dignidade”.

Desta maneira, percebe-se que a personalidade em si não é um direito. Conforme ensinamento de Venosa (2007, p.167) “é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos”. De acordo com Telles citado por Diniz (2009, p. 133) a personalidade são todas as particularidades de cada indivíduo, que são propagadas em forma de direitos e deveres.

Como consequência, os direitos propalados da personalidade (honra, liberdade, imagem, privacidade) estão completamente atinentes à dignidade da pessoa humana, e por meio deles ela é resguardada e confirmada.

Conforme esclarece Farias (2005, p. 105), *“caracterizam-se os direitos da personalidade por serem absolutos, indisponíveis relativamente, imprescritíveis e extrapatrimoniais”*. Tendo como características notáveis a inalienabilidade e a intransmissibilidade. Ressalta-se que goza de relativa indisponibilidade, conforme entendimento do art. 11 do Código Civil (CC).²

Segundo Fiuza (2006, p.173) os direitos da personalidade são absolutos, pois “o titular do direito poderá exigir de toda a comunidade que o respeite”. Por conseguinte, preicetua-se um dever geral de abstenção no que se refere à interferência indevida na existência e na vida alheia.

São imprescritíveis, ou seja, não se perdem pelo não uso. Sendo assim a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade desapareça, não há prazo extintivo para que sejam exercidos os direitos da personalidade. Todavia, com a pretensão indenizatória de eventual dano (material ou moral) decorrente da violação de direito da personalidade. sujeita-se ao prazo prescricional civil.

Ademais, tem caráter extrapatrimonial, uma vez que não comportam uma aferição econômica sobre eles. Sem embargo, não significa que por

² Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

ocasião de uma violação a um desses bens jurídicos não suscite uma reparação pecuniária.

2.1 Direito à honra

A honra advém da salvaguarda dos valores e qualidades morais do indivíduo. Para Adriano de Cupis (1961, p.111) a honra é “tanto o valor íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como enfim, o sentimento, ou a consciência, da própria dignidade pessoal”.

Destarte, a honra está alicerçada na própria dignidade da pessoa humana, nas palavras de Celso Bastos (1997, p. 195) sua defesa apoia-se “no direito de não ser ofendido ou lesado na sua dignidade ou consideração social.”.

Por conseguinte, constata-se que a honra possui o aspecto subjetivo (juízo de valor que o indivíduo faz de si próprio, sua autoestima, a dimensão interna da honra) e o âmbito objetivo, que corresponde ao reconhecimento do indivíduo na sociedade, a dimensão externa da honra.

A honra encontra-se tutelada tanto constitucionalmente quanto em nível infraconstitucional. Tendo o Código Penal brasileiro um capítulo destinado à honra (Parte Especial, Título I, Capítulo V, Dos Crimes Contra a Honra), apresentando os crimes de calúnia (art. 138³), difamação (art. 139⁴) e injúria (art.140⁵)

O direito à honra foi duplamente tutelado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que além de direito da personalidade foi consagrado como direito fundamental. Desta maneira a CF/88 também deliberou

³ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: (BRASIL, 1940).

⁴ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: (BRASIL, 1940).

⁵ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (BRASIL, 1940).

sobre as garantias quando ocorrer o descumprimento, assegurando direito à indenização.

2.2 Direito à imagem

O direito à imagem é consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, V e X.⁶

Na contemporaneidade, resguardar o direito à imagem tornou-se um grande desafio, considerando-se os avanços com tecnologia, rede de dados e facilidade de comunicação. Conforme salientam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2010, p.186) “pelo uso da Internet e pela facilitação na captação de imagens, [...] a preocupação com a tutela da imagem é evidente, salta aos olhos.”. A grande extensão no uso da imagem atualmente permite uma exploração da imagem das pessoas de maneira veloz e a um número indiscriminado de público alvo.

Em síntese, a imagem equivale à forma física do indivíduo, os componentes que o distinguem na sociedade (características fisionômicas, voz, perfil, olhos, etc) e a sensação dada pelo indivíduo, tais como as particularidades de comportamento.

Neste sentido, dois são os aspectos distintivos da imagem, a saber, a imagem-retrato, que é a imagem física (aquela facilmente reproduzível por meio de fotografias, filmagens, desenhos) e a imagem-atributo, que se consubstancia nas características do indivíduo durante as atividades sociais.

Como característica intrínseca ao direito de imagem tem-se a disponibilidade, uma vez que o indivíduo pode ceder a utilização da sua

⁶ Art. 5º

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(BRASIL, 1988).

imagem à outrem. Precisamente, para não ocorrer violação a este direito faz-se necessária a autorização do titular da imagem ou seu representante.

2.3 Direito à privacidade

Expressamente estabelecido na Constituição Federal de 1988, no art 5º, X, o direito à vida privada nas palavras de Jabur (2000, p.256): “posiciona-se como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo.”.

Outrossim, o direito à privacidade também foi aludido no art. 21, do Código Civil de 2002⁷, e de forma indireta no Código Penal nos artigos que versam sobre violação de domicílio, correspondência pessoal e comercial, crimes contra a inviolabilidade de segredos.

Destaca-se que o direito à privacidade não abrange o instituto da exceção da verdade, uma vez que conflitaria com o próprio direito elencado, que protege informações, que a princípio não deveriam ser conhecidas. Nesse sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2010, p.196) esclarecem que “os fatos da vida estritamente privada do cidadão não devem ser propalados, ainda que verdadeiros, justamente porque, faltando interesse público, não serviriam a outro propósito que o do escândalo e do desdouro”.

Quanto aos indivíduos com maior notabilidade social, conforme Barroso (2007, p.111), o direito à privacidade sofreria uma limitação, pois estariam submetidos a um grau de apreciação “menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de autoexposição, de promoção pessoal ou do interesse pública na transparência de determinadas condutas”. No caso concreto, deve-se ponderar o alcance do que se deve ocultar e o que é de interesse público.

⁷ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

(BRASIL, 2002).

3. Liberdade de imprensa

Consoante Pontes de Miranda (1968, p.139) o ato de pensar apresenta um aspecto interno (criação do pensamento) e um externo (apresentação do pensamento), sendo assim a “livre manifestação ou emissão do pensamento é direito de liberdade do indivíduo em suas relações com os outros, no que se distingue da liberdade de pensamento, que é direito do indivíduo sozinho, de per si”.

Nesse sentido, a liberdade de pensamento apresenta-se como fonte das outras liberdades intelectuais, como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, as comunicações sociais e o direito ao silêncio.

A liberdade de expressão e a liberdade de informação, segundo Farias (2000, p.159) depreendem-se da liberdade de manifestação de pensamento. A primeira exprime a faculdade de exteriorização dos pensamentos (exposição de ideias, juízos de valor). Enquanto, a segunda diz respeito à prolação ou recepção de acontecimentos concebidos como notícia, tendo por este motivo um múnus com a verdade.

A liberdade de imprensa é categoria do direito à informação e pormenoriza-se quanto ao meio adotado, qual seja os órgãos de imprensa (jornais, revistas, televisão, rádio, internet, entre outros meios).

Nas lições de Godoy (2008, p.54) a liberdade de imprensa denota um direito individual para o aperfeiçoamento da cidadania, e “a sociedade é que teria um direito público institucional à expressão, no pressuposto da participação coletiva que legitima o exercício do poder público”.

Alem do papel informativo a imprensa no Estado Democrático de Direito exerce uma função relevante na investigação e fiscalização dos três Poderes Constituintes. Portanto, devendo ser exercida de forma livre e independente, mas não se admitindo violações aos direitos da personalidade já analisados.

No entendimento de Rossi (2015, p. 417) quando há antinomia entre os princípios, preponderam os direitos da personalidade, por força do princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa acepção, esclarece

Vasconcellos (1999, p.36), que prevalência dos direitos da personalidade geralmente acontece por serem eles supraleais e assim hierarquicamente superiores.

4. Responsabilidade civil da imprensa

A responsabilidade da imprensa instrumento do presente estudo é aquela resultante da exposição de informações jornalísticas, notícias e opiniões, porquanto existem múltiplas outras gamas de responsabilidades atinentes às relações da imprensa, a título de exemplo, relações comerciais, de consumo, de publicidade, entre outras.

Consoante, René Savatier citado por Rodrigues (2002, p.6) a responsabilidade civil sintetiza-se na “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

Ademais, a vertente aqui é analisada é a da responsabilidade civil, no que concerne aos atos que geram o dever de indenizar no âmbito do Direito Civil, e que podem tratar-se da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Na responsabilidade civil subjetiva o ato causador é culposos (art. 186, CC⁸), abrangendo negligência ou imprudência, ou doloso (intencionalmente ou assumindo o risco de causar dano). Enquanto que a responsabilidade civil objetiva prescinde de culpa, porém indispensável a existência da ação, dano e nexos causal.

No que concerne à responsabilização pelos danos, a edição da Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) cristalina o entendimento ao expender que: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

⁸ 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.

Na atualidade predomina o entendimento de que a vítima pode demandar tanto contra o veículo de imprensa, nesta conjuntura com responsabilidade objetiva, como contra o agente direto causador do dano, neste quadro, inicialmente, com responsabilidade subjetiva.

A tutela jurídica da imprensa, outrora exercida pela Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) foi declarada incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988) pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Em vista disso, a responsabilidade da imprensa passou a ser regida pelos Códigos Civil e Penal, e, por conseguinte, pelos Códigos de Processo Civil e Penal.

Não obstante, o exercício da liberdade de imprensa deve respeitar os demais direitos consagrados pela Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X⁹), quais sejam: direito à privacidade, à honra, à imagem, à intimidade. Portanto, se por um lado é fundamental ao Estado Democrático de Direito asseverar a liberdade de imprensa e o direito de informação, de outra parte, é também primordial assegurar a proteção aos direitos individuais em questão.

4.1 Elementos da responsabilidade civil da imprensa

A responsabilidade civil compreende uma conduta, um dano e o nexo de causalidade entre eles. A culpa não é pressuposto geral da responsabilidade civil, uma vez que se escusa de culpa a determinação da responsabilidade civil objetiva. Destarte, a culpa é elemento meramente incidental.

⁹ Art. 5º

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(BRASIL, 1988).

4.1.1 A conduta

O cerne da conduta reside na eletividade, corolário do livre arbítrio de um agente capaz. Pode ser caracterizada pelo exercício de uma conduta ativa ou de maneira passiva, quando havia obrigatoriedade em proceder com um determinado comportamento.

Para Venosa (2003) a voluntariedade na responsabilidade civil deve recobrir-se de antijuridicidade ao transgredir um interesse jurídico protegido.

4.1.2 O nexu causal

Subsistem três principais teorias quanto ao deslinde do nexu causal. A primeira adotada pelo nosso Código Penal, onde a causa é qualquer motivação que contribua para formação do dano. A segunda é a da causalidade direta ou imediata, onde a causa é o episódio fático anterior, que justifique o dano. Por fim, a causalidade adequada, onde a causa é resultado apenas da conduta antecedente, reputada razoável para gerar o dano.

Com efeito, dano causado pela matéria jornalística, na generalidade dos casos será diretamente relacionado ao evento danoso tanto quanto à causa mais destacada para ele, uma vez que a matéria comumente causa outros efeitos ocasionadores do dano, mas em geral é uma de suas causas primárias.

Por fim, caberá ao juiz minuciosamente averiguar a responsabilidade, sopesando as provas, aclarando os fatos, para determinar a ocorrência de violação aos direitos tutelados, cuja consequência danosa tenha nexu causal entre a conduta lesiva e dano aferido.

4.1.3 O dano

Conforme já explanado o exercício da liberdade de imprensa não é absoluto, sendo assim, tanto os jornalistas quanto os próprios veículos de

divulgação devem prezar pela atuação responsável com a finalidade de obstar a ocorrência de danos.

Durante a divulgação de informações o jornalista deve avaliar e ponderar os elementos que apurou, podendo acometer direitos da personalidade de pessoas estampadas nas matérias. Sendo assim deve agir no estrito cumprimento do seu ofício, com boa-fé, apurando os fatos de maneira ética e minuciosa e reproduzindo fielmente tão somente fatos/notícias, sem emissão de convicções pessoais.

Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência pátria¹⁰ ao considerar de interesse público a divulgação de crimes e desobrigar à indenização jornalistas e veículos de imprensa, que se restringem a publicação de fatos/notícias relatando acusações, por exemplo.

5. Valoração do dano

Os direitos à liberdade de expressão, de informação e de imprensa submetem-se ao princípio da igualdade ante a lei, como já salientado, não se constituindo em direitos absolutos. Fica a imprensa incumbida pelos atos ilícitos que podem vir a ser perpetrados através dela.

Sucedendo um acontecimento lesivo e levado à apreciação pelo judiciário, cabe a apuração dos danos, que podem ser de ordem patrimonial ou moral.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico pátrio salvaguarda a liberdade de imprensa e igualmente resguarda os direitos da

¹⁰ Não responde civilmente o órgão de divulgação que, sem ofender a vida privada dos figurantes de fatos, notícia crimes, apurados em inquérito policial, envolvendo o mercado de artes, dando a versão dos próprios autores da demanda, que os porém como vítimas (STJ - 4ª T. - REsp - Rel. Dias Trindade - j. 08.03.1994 - JSTJ e TRF 60/341).

Não caracteriza abuso da liberdade de imprensa, mas exercício legítimo do direito de crítica, inofensiva a outros membros do destacamento, a exibição de programas humorísticos de televisão, em que, sob a forma e os exageros artísticos da sátira, se faz reprimenda severa a crimes graves praticados por policiais militares no exercício de sua função duvidosos (TJSP - 2ª C.Dir. Privado - Ap.117.411-4/9-00 - Rel. Cezar Peluso - j. 02/06/2001 RT 797/236).

Não comete ato ilícito a empresa jornalística que se limita a publicar matéria narrando as acusações feitas pelo Promotor de Justiça, visto que com isso cumpre apenas a ré o seu dever de informar a verdade do fato jornalístico" (STJ - 3ª T. - Resp 299.846 - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito - j. 25.09.2001 - DJU 04.02.2002 e RT 802/178).

personalidade contra intemperanças cometidas em virtude dessa liberdade.

Destarte, quando a difusão de notícias ou informações acometer algum direito da personalidade (honra, imagem, intimidade, entre outros) ocasionará uma colisão entre direitos constitucionais fundamentais.

Dessa forma, seguindo o entendimento de Bulos (2011, p.449) pelo princípio da unidade constitucional não há hierarquia entre as normas constitucionais.

Assim, para o deslinde do choque entre os direitos fundamentais utiliza-se a ponderação e critérios de proporcionalidade. Consoante Bulos (2011, p.455) a técnica de ponderação “constitui um valiosíssimo princípio de exegese”, que por meio dela consubstancia-se “o dever de proporcionalidade, balanceando e sopesando os bens em disputa, interesses, valores, princípios e normas colidentes”.

Quanto ao cômputo dos danos patrimoniais, faz-se necessário que aquele que suportou os danos faça prova dos prejuízos suportados, incluindo-se os danos e os lucros cessantes, se existirem. Tal dano geralmente tem traço reparatório, sendo a indenização tal qual o prejuízo aturado.

Relativamente à fixação de indenização por danos morais será significamente utilizado o critério da proporcionalidade, porquanto compreende conteúdo mais complexo para valoração. Para a caracterização de tal indenização, bastando a prova da ofensa para que ele se caracterize, uma vez que deriva diretamente do fato ofensivo. Não tem a reparação por danos morais conteúdo indenizatório, mas conteúdo compensatório, visto que não há como a vítima retornar anterior à lesão suportada.

Portanto, conforme a jurisprudência pátria¹¹ compete ao julgador analisar o caso concreto e estabelecer a indenização com equidade,

¹¹RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. IMAGEM. IMPRENSA. PROGRAMA JORNALÍSTICO. DEVER DE INFORMAÇÃO. LIBERDADE DE IMPRENSA. LIMITES. ATO ILÍCITO. COMPROVAÇÃO. REPORTAGEM COM CONTEÚDO OFENSIVO. REGULAR EXERCÍCIO DE DIREITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMISSORA E DOS JORNALISTAS. SÚMULA Nº 221/STJ.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CÍVEL E CRIMINAL. QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa não se restringe aos direitos de informar e de buscar informação, mas abarca outros que lhes são correlatos, tais como os direitos à crítica e à opinião. Por não possuir caráter absoluto, encontra limitação no interesse público e nos direitos da personalidade, notadamente à imagem e à honra, das pessoas sobre as quais se noticia. 2. Diferentemente da imprensa escrita, a radiodifusão consiste em concessão de serviço público, sujeito a regime constitucional específico, que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão devem observar, entre outros princípios, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da CF). 3. A liberdade de radiodifusão não impede a punição por abusos no seu exercício, como previsto no Código Brasileiro de Telecomunicações, em disposição recepcionada pela nova ordem constitucional (art. 52 da Lei nº 4.117/1962). 4. Em se tratando de matéria veiculada pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando fica evidenciada a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. 5. No caso vertente, a confirmação do entendimento das instâncias ordinárias quanto ao dever de indenizar não demanda o reexame do conjunto probatório, mas apenas a sua valoração jurídica, pois os fatos não são controvertidos. 6. Não configura regular exercício de direito de imprensa, para os fins do art. 188, I, do CC/2002, reportagem televisiva que contém comentários ofensivos e desnecessários ao deve de informar, apresenta julgamento de conduta de cunho sensacionalista, além de explorar abusivamente dado inverídico relativo à embriaguez na condução de veículo automotor, em manifesta violação da honra e da imagem pessoal das recorridas. 7. Na hipótese de danos decorrentes de publicação pela imprensa, são civilmente responsáveis tanto o autor da matéria jornalística quanto o proprietário do veículo de divulgação (Súmula nº 221/STJ). Tal enunciado não se restringe a casos que envolvam a imprensa escrita, sendo aplicável a outros veículos de comunicação, como rádio e televisão. Precedentes. 8. O destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto na parte final do art. 130 do CPC/1973. 9. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado no âmbito de recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 10. O ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor compete aos réus (art. 333, II, do CPC/1973). Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de diligência se lhes era plenamente possível carrear aos autos, por sua própria iniciativa, os elementos probatórios que julgavam necessários ao deslinde da causa. 11. A sentença absolutória na seara criminal possui efeito vinculante sobre o juízo cível apenas quando restam negadas a materialidade ou a autoria do fato. O mesmo não ocorre no julgamento de improcedência da ação penal por ausência de justa causa, seja porque vigora o princípio da independência das instâncias, seja porque o juízo acerca da configuração típica dos crimes contra a honra difere da apreciação feita no âmbito cível quanto aos requisitos caracterizadores do dano moral, que também admite a modalidade culposa. 12. É possível a revisão do montante fixado a título de indenização por danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, em face do quadro fático delineado nas instâncias locais, sob pena de afronta à Súmula nº 7/STJ. 13. A quantificação do dano extrapatrimonial deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório. 14. Indenização arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada vítima, que não se revela desproporcional ante a abrangência do dano decorrente de reportagem televisada e disponibilizada na internet. 15. Recursos especiais não providos. (STJ - Acórdão Resp 1652588 / Sp, Relator(a): Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, data de julgamento: 26/09/2017, data de publicação: 02/10/2017, 3ª Turma)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 739.382-RG. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. 1. O dano moral, quando aferido pelas instâncias ordinárias, não revela repercussão geral apta a dar seguimento ao apelo extremo, consoante decidido pelo Plenário Virtual do STF, na análise do ARE 739.382-RG, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, DJe de 3/6/2013. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: "RESPONSABILIDADE CIVIL - IMPRENSA - DIREITO À IMAGEM - PUBLICAÇÃO, EM MATÉRIA JORNALÍSTICA, DE FOTOGRAFIA DO DEMANDANTE - INCAPAZ QUE ACABOU TENDO SUA IMAGEM EXPOSTA EM MATÉRIA QUE TRATAVA DA DOENÇA DE TUBERCULOSE - SITUAÇÃO DEGRADANTE - AUTOR QUE NÃO POSSUI TAL MOLÉSTIA - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO ESCRITA - FALTA DE CUIDADO DA RÉ NA VEICULAÇÃO DA IMAGEM DO AUTOR SEM QUALQUER ELEMENTO DE DISSUAÇÃO." 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF - Acórdão Are 855179 Agr / Rj - Rio de Janeiro, Relator(a): Min. Luiz Fux, data de julgamento: 24/02/2015, data de publicação: 13/03/2015, 1ª Turma)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA VEICULADA NA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Em se tratando de matéria veiculada

observando o princípio da proporcionalidade. Ademais, consagrando certos fatores, tais como a capacidade econômica dos agressores e as condições individuais das vítimas, o caráter educativo e punitivo da indenização, a extensão dos abusos cometidos, parâmetros que exigem a análise do conjunto fático-probatório.

6. Considerações finais

O presente capítulo buscou aduzir uma análise em torno da responsabilidade civil da imprensa. Para concretizar tal intento fez-se imperioso uma verificação dos direitos da personalidade. Primeiramente, o direito à honra, que se encontra duplamente tutelado pela Constituição Federal de 1988, como direito da personalidade e como direito fundamental a honra compreende um juízo de valor que o indivíduo faz de si próprio e também corresponde ao reconhecimento do indivíduo na sociedade. Quanto ao direito à imagem, este equivale à forma física do indivíduo, e, ainda, às particularidades de comportamento. Finalmente, o direito à privacidade, situa-se como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo.

Proseguiu-se, pelas liberdades de expressão e informação até a própria liberdade de imprensa, consagradas pela Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220, caput, §§1º e 2º.

Constatou-se que a liberdade de imprensa pode circunstancialmente colidir com os direitos explicitados, gerando conflito entre normas fundamentais. Tal contenda deve ser resolvida com a aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação.

pela imprensa, a responsabilidade civil por danos morais exsurge quando a matéria for divulgada com a intenção de injuriar, difamar ou caluniar terceiro. 2. As instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, decidiram pela improcedência do pedido indenizatório, firmes no entendimento de que a matéria publicada era de cunho meramente informativo, revestindo-se, ainda, de interesse público, sem nenhum sensacionalismo ou intromissão na privacidade do autor, não gerando, portanto, direito à indenização. 3. A desconstituição das conclusões a que chegou o Colegiado a quo em relação à ausência de conteúdo ofensivo, como pretendido pelo recorrente, ensejaria incursão no acervo fático da causa, o que, como consabido, é vedado nesta instância especial, nos termos da Súmula nº 7 desta Corte Superior. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - Acórdão Agrg no Aresp 293054 / Df, Relator(a): Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, data de julgamento: 06/08/2013, data de publicação: 09/08/2013, 3ª Turma).

Nesse contexto, inescusável salientar que quando ocorrem esses conflitos, notadamente, quando a imprensa abusa do seu direito de informar, ou o exerce em desproporcionalidade com os direitos da personalidade do indivíduo, que se vislumbra a reparação civil, compensatória e indenizatória. Tal pode ser de ordem material ou moral, devendo ser instituída pelo juiz utilizando-se da equidade, com o critério da proporcionalidade.

Enfim, foram examinados os pressupostos da responsabilidade civil (a conduta, o dano e o nexos de causalidade entre eles). Articulou-se que a culpa não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sendo um elemento meramente incidental.

Por todo exposto, como já constatado, a imprensa tem a função de levar informação à população, com presteza, exatidão, de forma respeitosa, imparcial e comprometida com a veracidade dos fatos. Deve a imprensa no Estado Democrático de Direito ser livre e questionadora, investigando e divulgando as mazelas da sociedade. Contudo, deve resguardar a dignidade humana. Com efeito, tanto os meios de imprensa quanto aqueles que exercem atividades neste âmbito devem preservar os direitos das pessoas envolvidas nas matérias, apurando-se minimamente as notícias antes de lançá-las ou reproduzi-las.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: *Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Cristiano Chaves de Faria, organizador. Salvador: JusPODIVM, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro Seixas. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. [Responsabilidade civil na lei de imprensa](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 12](#), [n. 1450](#), [21 jun. 2007](#). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10043>. Acesso em: 19 ago.2019.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Instituído pela Lei 10.406 em 10 de janeiro de 2002.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. >

Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso

em: 20 ago. 2019.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada

em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

> Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agr. no Aresp 293054 3 T. Min. Ricardo Villas Bôas

Cueva, *Diário de Justiça da União*. Brasília, 06 ago. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. Are 855179 Agr. 1 T. Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça*

da União. Rio de Janeiro, 24 fev. 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 221. São civilmente responsáveis pelo

ressarcimento de dano. *Diário de Justiça da União*. Brasília, Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/revista/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula221

> Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1652588. 3 T, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas

Cueva. *Diário de Justiça da União*. Brasília, 26 set. 2017.

BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim;

António Miguel Caeiro, Lisboa: Livraria Moraes Editor, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29. ed.

São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 3ª edição. Rio de Janeiro:

Editora Lumen Juris, 2005.

- _____. Edilson Pereira de. *Colisão de direitos, a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FIUZA, César. ***Direito Civil – Curso Completo***. 9ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2 ed São Paulo: Atlas, 2008.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NOBRE, Edílson Pereira. ***O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana***. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 37, número 145, jan./mar. 2000, p. 185-196.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. v 5 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*. 19. ed. v. 4 São Paulo: Saraiva, 2002
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROSSI, Carolina Nabarro Munhoz. *Responsabilidade civil na imprensa*. In: Responsabilidade civil. Coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Marcelo Benacchio. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura. 2015, p.413-438.
- VASCONCELLOS, Pedro Pais. *Proteção de dados pessoais e direito à privacidade*. In: Direito da Sociedade da Informação. v. I.,Portugal: Coimbra 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4 ed .v.1 São Paulo: Atlas. 2007.
- _____, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade Civil*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

Litigância de má-fé na busca pelo direito da gratuidade da justiça e a responsabilidade civil do Estado

Marcos Torres

Naasson Guilherme Costa Lima

Introdução

O presente tema possui o objetivo averiguar como o direito da gratuidade da justiça vem sendo violado em nosso ordenamento jurídico, mostrando assim, os riscos que cada cidadão poderá incorrer ao litigar de má fé na busca do mesmo. Fazendo-se necessário também examinar os meios legais para se evitar o uso desornado deste direito fundamental, procurando também analisar, como vem sendo aplicada às sanções por práticas ilícitas na tentativa de usufruir da gratuidade da lei, e como essas punições poderão reduzir ainda mais o uso incorreto deste direito constitucionalmente garantido, conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, em conjunto com a lei 1.060/50.

Podemos mencionar também, que o tema ora desenvolvido se propõe a realizar uma apreciação intensa acerca da litigância de má fé na busca pelo direito da gratuidade da justiça, visando observar as maneiras pelas quais o indivíduo brasileiro utilizam-se deste direito de forma imprópria, aplicando assim, a má fé para garantir o uso do mesmo.

A motivação pela temática se deu mediante a observação da grande procura pela justiça gratuita nas demandas judiciais, que se distribui por inúmeros ramos do direito, havendo assim a necessidade de todos aqueles

cidadãos que necessitam deste benefício gratuita, a devida comprovação jurídica que de fato se encaixam nos requisitos pré-estabelecidos pela lei.

De forma significativa, em nossa realidade este direito fundamental está em grande evidência, pois as demandas judiciais estão crescendo a cada dia mais, e a busca desta garantia cresce de forma paralela, tornando-se cada vez mais difícil haver uma melhor fiscalização por parte do judiciário no combate ao lesionamento deste direito.

Com isso, podemos perceber que este direito está sendo mal utilizado, proporcionando assim prejuízos para o judiciário brasileiro, como também grandes discussões sobre a quem deve ser concedido o acesso à justiça de forma gratuita. Vivemos em uma sociedade em que valores morais estão se distorcendo cada vez mais, ou seja, o que era para se buscar somente por pessoas que de fatos são necessitadas na forma da lei, está sendo almejado e pretendido por pessoas bem providas de recursos financeiros. Cabendo assim, o seguinte questionamento: Como a busca pela justiça gratuita de forma irregular, prejudica de forma bem abrangente o acesso à justiça dos cidadãos menos favorecidos economicamente?

Na concretização desta investigação, a forma metodológica empregada fundamenta-se no método qualitativo de análise de dados, por meio do qual se utilizou de pesquisa exploratória em bibliografias que tratam do tema, tendo como referencial teórico embasado principalmente em Fredie Didier (2016), Daniel Assumpção Neves (2018), bem como decisões do STJ, além de artigos científicos relacionados ao conteúdo em estudo.

O artigo ora desenvolvido, busca explorar uma natureza jurídica e social, pois menciona os mais variados âmbitos de interesse. Abordar questões que a sociedade busca compreender, que é quando se sentir no direito de usar ou não o benefício à justiça de maneira gratuita. E, é de fundamental interesse de todos os operadores do direito também conhecer bem este assunto, pois poderão instruir os seus respectivos clientes a solicitarem este direito tão valioso somente quando estiverem aptos.

Da litigância de má fé e sua caracterização

Ao mencionarmos o termo “condutas processuais”, rememoramos que todo processo tem um caminho a ser percorrido, em que as partes procuram resolver seus problemas junto ao judiciário, buscando com isso alcançar a verdade real dos fatos durante a fase processual. No que diz respeito à litigância de má fé, reconhecemos que este é parâmetro jurídico estabelecido em lei, responsável por identificar tais condutas reprováveis, e ao mesmo tempo aplicar medidas para sanar problemas que envolvam má fé processual.

Conforme Vicenzi (2003) quando falamos de boa fé processual, encontramos aqui um princípio muitíssimo importante, pois retrata que o comportamento leal e a cooperação entre as partes motivam o real sentido da palavra justiça.

Podemos perceber que os sujeitos processuais possuem o dever de praticar a conduta de boa fé durante o processo, pois quando há essa reciprocidade verdadeira de ambas as partes, o processo tramita de maneira bem mais clara e se torna suscetível também a uma decisão mais justa no âmbito judiciário, permitindo assim a celeridade processual.

Conceituação

Quando mencionamos a palavra processo, geralmente falamos em um termo chamado de lide, que significa conflito de interesse qualificado por uma pretensão de direito resistida, deduzida em juízo, no nosso dia-a-dia isso geralmente acontece quando duas pessoas tem um desentendimento e levam esse problema para o poder judiciário resolver. Acontece que no processo judicial, não é um vale tudo, ou seja, as partes e os advogados têm deveres a serem cumpridos, assim as parte devem agir de boa fé e com lealdade processual, devendo expor os fatos conforme a verdade, cumprir com exatidão as decisões judiciais, como também evitar

praticar atos inúteis na defesa do direito. Ocorre que isso nem sempre acontece um desses casos é o instituto da litigância de má fé, quando uma das partes age em completa desconformidade com o princípio da lealdade processual.

De acordo com Sousa (2010) a obrigação de fidelidade pelas partes envolvidas no litígio retrata que as mesmas devem sempre priorizar a verdade na busca pelo direito almejado no processo, pois somente assim se poderá chegar a um resultado, onde as decisões serão mais dignas e justas para todos.

No que tange a lealdade processual, somos conhecedores que em uma lide, ambas as partes querem ganhar a demanda judicial. Mais as mesmas devem ter como objetivo precípua sempre declarar as verdades ocorridas no fato, para que a causa possa ser apreciada por completa pela justiça, e a decisão sentenciada possa refletir a natureza real do fato.

Previsão legal

A matéria processual litigância de má-fé não é algo novo em nosso sistema processual, pois o novo código de processo civil também contempla tal assunto, e trouxe no rol de seu artigo 79 a figura da litigância de má fé, mencionado que aquele que atuar desta forma arcará com perdas e danos, pois o juiz, de ofício ou a requerimento das partes poderá condenar o litigante de má fé a pagar uma multa calculada em cima do valor da causa. Isso ocorrerá quando qualquer uma das partes deduzirem em direito uma pretensão que seja: contrária expressamente a um texto de lei, modificar a verdade dos fatos, valer-se do processo pra alcançar um fim ilegal, e quando interpuser um recurso para ganhar tempo no processo, ou seja, todos esses casos que foram citados aqui de modo exemplificativo apontam comportamentos que se desviam do verdadeiro princípio da lealdade processual, e da boa fé.

Devendo ser totalmente proibido pelo nosso ordenamento jurídico, buscando sempre a pacificação entre as partes, ou seja, todas as partes têm deveres e obrigações a serem cumpridas durante a marcha processual.

Dessa forma, conforme referencia Humberto Theodoro Junior (2015):

O objetivo do processo, dentro do atual Estado Democrático de Direito, não pode, de maneira alguma, tolerar o abuso de direito processual. Nenhuma forma de má-fé é admissível, por parte dos sujeitos do processo, se o modelo ideológico constitucional foi plasmado e endereçado a conferir “o grau máximo de acatamento moral das formas de tutela judiciária e das estruturas publicísticas, por meio das quais a justiça é administrada”. (p. 212)

Quando falamos de má-fé processual é a conduta, culposa ou dolosa perpetrada por uma das partes ou ambas, para lesar a outra ou para inutilizar terceiros, com o objetivo de obter um fim ilícito, de atrasar o bom andamento processual, ou então para se modificar a verdade dos fatos.

Entendemos então que a litigância de má-fé é uma ação na qual uma das partes, de uma maneira dolosa e até mesmo culposa, pratica tal ato que culmina em um casual dano à parte oposta. Perante esses aspectos, as pessoas que perpetram atos impetuosos ao processo serão sujeitos a sanções, sejam elas as previstas no NCPC em conjunto com a lei 1.060/50, ou até mesmo previstas em dispositivos jurídicos, como também em leis específicas.

É válido mencionar também que, mediante a não constatação de danos às partes do processo, os atos e condutas exercitadas de má-fé processual ocasionam dano ao Estado, como também à sociedade, retardando assim as devidas prestações jurisdicionais do estado.

Com a má fé do litigante, há o dever legal de indenizar as perdas e danos. O artigo 81 do Código de Processo Civil de 2015, diz que:

De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta

sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

§3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Diante das medidas apresentadas pelo novo Código de Processo Civil, podemos entender que a parte prejudicada no processo, não precisará apresentar nenhum tipo de ação própria para pedir indenização, devendo apenas indicar a má-fé do litigante, para que o mesmo seja condenado nos próprios autos do processo. Pois a previsão legal é de dupla consequência: sujeição à multa de 1 a 10% do valor da causa, como também indenização dos prejuízos sofridos pela parte oposta.

Cabe mencionar também, que de acordo com o parágrafo 1º, em que se trata da pluralidade de litigantes de má-fé, o juiz condena cada um deles na proporção de seu respectivo interesse na causa. Se os litigantes se unem, a condenação atinge solidariamente os coligados que visam prejudicar a outra parte.

A partir da redação do artigo 81, caput e parágrafos, é possível perceber duas conclusões quanto à indenização fixada ao litigante de má-fé:

Ficou explícito que a condenação do litigante de má-fé a indenizar a parte prejudicada nem mesmo depende, necessariamente, de pedido do ofendido. Caberá ao juiz decretá-la de ofício ou a requerimento (caput);

Conferiu-se, igualmente, ao juiz a faculdade de fixar objetivamente a indenização, ou de determinar que se proceda à liquidação por arbitramento ou à liquidação pelo procedimento comum (art. 81, § 3º).

O trecho mencionado pelo do Código de processo Civil nos mostra que o magistrado não ficará omissos diante da situação constatada,

aguardando o pedido da parte ofendida, pois o juiz agirá segundo a lei para garantir que a parte prejudicada seja indenizada conforme previsão legal estabelecida.

Nas palavras de Theodoro Júnior (2015) afirma que, o pagamento poderá ser obrigatório quando existir indicativos de danos de maiores proporções e os mesmo não permitem uma imediata quantificação realizada pelo juiz. Podendo então esse pagamento ser realizado pelo processo normal ou por arbitragem.

Cabe lembrar, mais uma vez, que a litigância de má-fé pressupõe dano sério ao processo e aos interesses da contraparte, sendo indispensável à demonstração de dano efetivo.

A multa aplicada não está relacionada à multa do pedido, pois a primeira se refere ao processo em si e serve para preservar a conduta ética dentro do processo, pois o juiz deve reprimir atos que vão de encontro com a dignidade da justiça.

Sendo a mesma, concedida na tutela específica de obrigação de fazer ou de entrega de coisa não se confunde com a multa aplicada em decorrência da responsabilidade da parte por dano processual e em razão da litigância de má-fé. Aquela se relaciona com o pedido e está a serviço do cumprimento do pedido, esta tem cunho exclusivamente processual, pois visa combater condutas, fins e atos antijurídicos.

Como já destacado, Teodoro Júnior (2015) estabelece um visão bem critica e ampla sobre o princípio que norteia as condutas de boa fé no processo. Pois a referida conduta mostra que as partes devem agir de forma corretas e coerentes dentro do processo, sempre procurando auxiliar o judiciário na busca pela solução rápida e objetiva dos conflitos.

O autor menciona que o referido princípio, tem como meta orientar dos litigantes a manter uma boa conduta processual, visando sempre à resolução mais justa do problema. Trazendo assim, uma melhor segurança jurídica, e também fazendo com que a confiança no judiciário se torne mais abrangente, para aplicação de suas decisões.

Da assistência judiciária e jurídica

A constituição federal de 1998 trouxe muitas modificações para o bom desempenho da assistência judiciária no Brasil, pois as mudanças começariam a vislumbrar uma forma mais consiga e plena de se buscar as garantias necessárias para se buscar o acesso à justiça.

Essa preocupação está presente na própria estrutura organizacional do texto constitucional de 1988, pois pela primeira vez o seu Título I, que sempre fora reservado à organização nacional ou federal, cuidou “Dos Princípios Fundamentais” a serem cultivados e preservados, além de presidirem todas as ações de Estado. (FERREIRA FFILHO 1990, p. 122).

Em sintonia com a citação a cima, começamos a perceber os primeiros traços das garantias individuais, e um surgimento de um novo capítulo que integra ao titulo, da Declaração de Direitos, foi trazido para o corpo da Constituição dando nome ao seu Título II, além de ter sido alterado significativamente para, Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Mantido dentre os direitos e garantias fundamentais, o instituto da assistência judiciária ganhou nova definição que lhe ampliou consideravelmente o alcance: Art. 5º - LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Podemos vislumbrar durante as leituras, que antes o texto constitucional ao se falar em assistência judiciária, compreendia apenas a assistência jurídica gratuita em Juízo, tão-somente no âmbito de ações judiciais. No entanto diante das mudanças constitucionais ao longo dos tempos, o Estado passou então a oferecer assistência jurídica de forma integral aos que dela necessitam, ou seja, essa assistência passa a ter muito maior inclusão, ultrapassando os limites das ações judiciais, pois onde quer que se faça necessária à presença de um advogado, o cidadão comprovadamente necessitado terá direito de invocar a assistência do Estado.

Sobrevindos mais de cinco anos da publicação da CF/1988, foi sancionada a Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que

estabelece a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e preceitua princípios gerais para sua disposição nos Estados.

Nas palavras de Neves (2018) para se conceder o benefício da gratuidade da justiça, dependerá da escassez financeira para custear as despesas processuais. Pois com o Novo Código de Processo Civil, os ditames da escassez de recursos encontram-se equiparados com a letra da lei 1.060/50, que menciona que essa escassez declarada, expressa claramente que as famílias não poderão arcar com essas custas, quando o sustento família ficar outrora comprometido.

Indiscutivelmente, este é um marco na história brasileira da evolução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, já que a assistência jurídica ao necessitado finalmente é atribuída a uma instituição pública a partir do nível federal e com preceitos orientadores para sua organização regional.

Principais Diferenças entre Assistência Jurídica e Assistência Judiciária

Os ditames legais do direito brasileiro, que outorgam a Assistência Judiciária Gratuita aos necessitados, estão apresentados na Lei Federal nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, em consonância com a CF promulgada em 05/10/1988, vindo a regulamentar o direito fundamental aqui arguido, em seu art. 5º, inciso LXXIV - “O estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

O princípio da isonomia é o princípio constitucional que informa a concessão, pelo Estado, da assistência jurídica, permitindo a todos, pobres ou ricos, o acesso ao Poder Judiciário. Destarte, o princípio de que "todos são iguais perante a lei", é a gênese de assistência judiciária, sendo sua prestação, portanto, dever do Estado.

Cabe aqui ressaltar as diferenças conceituais entre assistência jurídica e assistência judiciária.

Este benéfico assistencial concedido pela justiça deverá ser compreendido sentido mais amplo pelos seus usuários, envolvendo assistência judicial e extrajudicial. Pois através da Lei Federal nº 1.060/50, a assistência judiciária, promoverá a isenção de custas, despesas processuais (salários periciais, verbi garantia), bem como de honorários advocatícios. Permitindo o Estado que qualquer do povo, por mais necessitado que seja, tenha a oportunidade de alcançar o Poder Judiciário, para exercer direitos conceituados como fundamentais, permitindo, pois, a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Há uma ampliação no rol dos sujeitos que podem ser beneficiado pela concessão da assistência judiciária pelo caput do art. 98 do Novo CPC, quando comparado com o art. 2º, caput, da Lei 1.060/50. Continuam a serem potenciais beneficiárias as pessoas físicas e jurídicas, estrangeiras ou nacionais, mas não há mais a necessidade de que tenham residência no país. O Superior Tribunal de Justiça, em aplicação do dispositivo legal, entendeu que o estrangeiro, mesmo sem residência fixa no Brasil, tem direito à gratuidade de justiça (NEVES, 2018, p.286).

Podemos identificar outras diferenças a cerca do benefício da justiça gratuita: garantia da dispensa provisória de custas e despesas processuais, como também os honorários advocatícios, exercidos durante a relação jurídica processual, deixando bem claro que o mesmo se trata de um instituto pré - processual. Já no que tange assistência judiciária gratuita: aborda a organização estatal, ou seja, visa juntamente com a dispensa provisória de despesas, a indicação de um Advogado, para garantir que este cidadão terá o pleno acesso de reivindicar seus direito à justiça.

Na assistência judiciária o Estado paga todas as despesas processuais, bem como os honorários advocatícios da parte vencedora. Já a justiça gratuita se restringe a isenção das custas e despesas processuais que é suportada pelo Poder Público, sendo o Advogado constituído e remunerado pelo próprio cliente.

De acordo com o texto constitucional de 1988, prevê em seu artigo 5º, LXXIV, que:

A assistência jurídica deve ser entendida como todo auxílio jurídico voltado para hipossuficiente, auxílio preventivo e auxílio processual. Assistência judiciária é a isenção de custas, despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, fulcrado na Lei Federa nº 1.060/50. Podemos, neste momento, cindir o conceito: Assistência Judiciária Gratuita, como a organização estatal ou para - estatal, tem por fim, ao lado da dispensa provisória de despesas, a indicação de Advogado, sendo, pois, instituto de Direito Administrativo, e; Benefício da Justiça Gratuita, que é direito à dispensa provisória de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, exercível em relação jurídica processual, sendo instituto pré- processual.

Antes da postulação do benefício, que ocorrerá em juízo, o pretendente da assistência deve optar por procurar a Defensoria Pública ou buscar advogado que se disponha a ser seu patrono de forma gratuita, uma vez que a circunstância que determina a parte como necessitada na definição jurídica do termo, não dando a entender que a mesma deve ser tolhida no direito de escolher seu próprio advogado. A Defensoria Pública é o órgão público institucionalmente destinado a oferecer aos desprovidos de assistência jurídica o devido acesso à Justiça, viabilizando o direito fundamental, de todos que não possuem condições financeiras, para usufruir dos benefícios da justiça.

Segundo Neves (2018), a possibilidade de pessoa jurídica ser beneficiada pela assistência judiciária não vinha expressamente consagrada em lei - tampouco por ela era vedada expressamente, mas já era uma realidade jurisprudencial. Conforme entendimento jurisprudencial, a pessoa jurídica faria jus à gratuidade desde que efetivamente comprovasse a impossibilidade de arcar com as custas processuais, não havendo presunção nesse sentido'. O entendimento foi legislativamente consagrado no § 3º do art. 99 do Novo CPC.

A cerca dos honorários advocatícios do advogado, caso a parte tenha um advogado que aceite patrociná-la na causa, vale lembrar que nada

obsta que o mesmo receba seus honorários, na possibilidade de vencer a demanda. Mesmo tendo obtido o benefício junto à Defensoria Pública, e estando acompanhada de seu advogado particular, a parte procederá a solicitação do auxílio em juízo na petição inicial da demanda.

Vale ressaltar que o art. 6º, da Lei 1.060/50, diz que:

A parte pode formular pedido de assistência judiciária no decorrer da ação. Tal pedido, por ser incidental, ficará apenso aos autos principais, sem suspender o curso da ação. Esse dispositivo tem por objetivo evitar eventual impugnação da parte adversária nos autos principais, com a consequente suspensão da ação. O benefício pode, também, ser requerido pela parte ré juntamente com a contestação.

A simples alegação do interessado basta para que o juiz possa conceder-lhe o benefício da assistência judiciária. Como já dito anteriormente, tal alegação constitui presunção juris tantum de que o requerente é, deveras, necessitado. Contudo, o juiz da causa, utilizando-se de meios objetivos, poderá entender que a natureza da ação impetrada pelo requerente reflete sua verdadeira capacidade econômica, capacidade esta apta a suportar as despesas com o processo. A afirmação pura e simples não constitui prova inequívoca daquilo que ele afirma e tão pouco obriga o juiz a acolhê-las, principalmente se outras provas evidenciarem que a necessidade invocada pelo interessado não é aquela que justifica a concessão do beneplácito. O magistrado pode entender, também, que a atividade exercida pelos requerentes indica que os mesmo não são pobres nos termos da lei, não havendo nenhum óbice para que o mesmo ordene a comprovação do estado de necessidade. Assim, o juiz tem o livre juízo de valor, tendo nesse juízo o poder de deferir ou não a assistência.

A mencionada lei 1.060/50 em seu §1º, do artigo 4º, nos diz que:

A mesma garante a presunção de pobreza até prova em contrário. A prova em contrário que destrona tal presunção deve ser cabal, no sentido de que o beneficiário pode arcar com custas do processo sem qualquer prejuízo para si ou para sua família. Deve ser comprovada pela situação atual do interessado,

não se admitindo quaisquer inferências a respeito de suas condições pretéritas. Se durante o curso da ação, o beneficiário pobre venha a ter sua condição econômico-financeira modificada, o juiz da causa deve cassar o seu benefício. Provada a negativa de pobreza, aquele que agiu de má-fé estará sujeito ao pagamento de uma multa de até dez vezes o valor das custas judiciais. Havendo prova de que as razões que motivaram o deferimento da assistência cessaram, o magistrado deverá de ofício, decretar a revogação do mesmo, sempre se ouvindo a parte interessada dentro de quarenta e oito horas improrrogáveis.

Nas entrelinhas citadas acima, conhecemos como se aplica de fato à lei 1060/50, no que diz a concessão, como também a revogação deste direito. Pois o beneficiário deverá estar atenta nas suas condições para aderir este direito, durante todo o processo, sendo totalmente consciente de que caso sua situação financeira durante o processo mude, a justiça também tomara as decisões cabíveis para que este benefício cesse de forma justa, mediante fundamentada comprovação do não merecimento do mesmo.

Da litigância de má fé ao se buscar o direito da gratuidade da justiça e a responsabilidade civil do estado

Como é sabido, ao ingressarmos em uma ação judicial sempre arretaremos em despesas para custear o processo, e esses custos são, todavia razoavelmente altos, havendo então a necessidade e se pagar para poder impetrar tal ação, perícias, citação do réu, e como também outras despesas que surgem no decorrer do processo, além disso, além disso, também há necessidade de se constituir um advogado para nos representar junto ao judiciário. Como o avanço da justiça gratuita, trazidos pela nossa CF/1988, trouxe em suas entrelinhas o entendimento em que, o estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que dela carecem, essa assistência judiciária, é feita pela defensoria pública as pessoas que não tiverem condições financeiras de pagar um advogado.

Com o advento da Lei 1.060/50, em seu art. 2º estabeleceu de forma irrefutável o âmbito de aplicação de suas normas. Então, Poderão usufruir dos benefícios da assistência judiciária os usuários da Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Não estão, portanto, contemplados os querelantes da Justiça Eleitoral, apesar de serem raras as cobranças de custas naquela justiça especializada.

Conforme a doutrina menciona, Didier (2016, p. 16) diz que não se pode exigir que o cidadão se encontre em situação de miserabilidade para que faça jus à justiça gratuita, mas que, das custas decorrentes do ajuizamento da ação seja em demasiado, visto sua situação financeira atual, acarretando prejuízos.

Nesse sentido podemos visualizar que, este benefício de acesso a justiça visa viabilizar ajuda aos que deles necessitam, mais é necessário que haja uma análise se a pessoa que buscar este benefício tem a sincera necessidade de recebê-lo ou não.

Muitas vezes este pedido é feito por profissionais do direito, sem nem mesmo fazer de antemão uma análise sobre a real situação financeira de seus clientes, ocasionando assim um trabalho ainda maior para o judiciário em conseguir garantir a concessão deste benefício até o tramite final do processo.

A presunção de veracidade da alegação de insuficiência, apesar de limitada à pessoa natural, continua a ser a regra para a concessão do benefício da gratuidade da justiça. O juiz, entretanto, não está vinculado de forma obrigatória a essa presunção e nem depende de manifestação da parte contrária para afastá-la no caso concreto, desde que existam nos autos ao menos indícios do abuso no pedido de concessão da assistência judiciária. Afastada a presunção, o juiz intimará a parte requerente para que ele comprove efetivamente a sua necessidade de contar com a prerrogativa processual. (NEVES, 303, p. 303)

Diante do mencionado na citação anterior, vimos que o juiz ao constatar o pedido de forma irregular do benefício, o mesmo não precisará de manifestações das partes para tomar providencias a cerca

do ocorrido, pois a parte que requereu o benefício precisará mediante uma intimação para provar que de fato possui necessidade para usar tal assistência.

Diante desta situação, a jurisprudência tem se manifestado de maneira bem clara, conforme ementas citadas abaixo:

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - Agravo de instrumento - Benefício indeferido - **Requerente que preenche os requisitos para ser beneficiária da justiça gratuita, nos termos do que dispõe a Lei nº 1.060/50** - Decisão reformada. (TJ/SP - Agravo de Instrumento nº 20930355820158260000. Relator: MARINO NETO. São Paulo, 10 de setembro de 2015).

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - Pedido indeferido em primeiro grau - Recurso - Declaração de pobreza - **Entendimento do STJ no sentido de que para fins de concessão do benefício da justiça gratuita em favor das pessoas naturais, basta à simples afirmação de se tratar de pessoa necessitada**, porque presumida, juris tantum, a condição de pobreza, nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50 - Agravante que informa estar passando por situação financeira difícil, com doença atestada por hospital - Recurso provido. (TJ/SP - Agravo de Instrumento nº 21680390420158260000. Relator: ACHILE ALESINA. São Paulo, 18 de setembro de 2015).

Conforme os entendimentos já pacificados pelo Supremo Tribunal Federal, em conjunto com a lei nº 1.060/50, observarmos que existem muitos ingressos de pedidos para a concessão deste direito, mais não podemos descartar que a justiça analisa cada pedido e aplica a concessão ou indeferimento do mesmo, mediante a situação contatada no pedido. Vislumbramos também uma busca por esse direito de forma bem desregrada por parte dos cidadãos, pois a realizarem esse tipo de pratica, acabam desvirtuando o sentido da concessão deste benefício constitucionalmente garantido a aquelas pessoas que realmente precisam recebê-lo.

Se formos navegar nas jurisprudências, observaremos inúmeros casos, em que no inicio, no transcorrer, ou ate mesmo quase no fim do processo, a justiça gratuita acaba sendo indeferida, pois são identificados

casos em que as parte tentam ludibriar a boa intenção e facilitação do acesso a justiça para todos.

Ementa: Direito Processual Civil. Embargos de Declaração. Omissão, Contradição, Obscuridade ou Erro Material. Ausência. Reexame de Fatos e Provas. Inadmissibilidade. Súmula 07 / STJ. Litigância de Má-Fé. Parte Beneficiária da Assistência judiciária gratuita. Revogação do Benefício. Descabimento. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.663.193 - SP (2017/0066245-1). Relatora: ministra NANCY ANDRIGHI. Brasília, 20 de fevereiro de 2018).

A referida jurisprudência a cima, nos mostra que a justiça procura estender direitos que alcancem á todos, porem nem todos age com boa fé perante a justiça, fazendo com que a mesma em algumas situações restrinja e aplique a lei em sentido de revogar tal beneficio em favor de pessoas que não possuem o mérito de tê-los.

O devido processo legal, contraditório, juiz natural, isonomia, publicidade, motivação e a ampla defesa adequadamente redimensionada a boa-fé são pilares que sustentam o processo, além daqueles que participa diretamente, o comportamento deve ser exigido também do Magistrado, do membro do Ministério Público ao atuar como fiscal do ordenamento jurídico, dos Defensores Públicos, dos procuradores, advogados e de todos os auxiliares de Justiça. A exigência de comportamento em padronizado pode ser encarada frente a outros direitos fundamentais como o direito de solidariedade que constitui como objetivo fundamental o Estado Democrático de Direito (GAGLIANO; VIANA, 2016).

A citação vem para ratificar que a boa fé processual é sempre o maior parâmetro a se seguir em um processo, pois a mesma viabiliza maior transparência aos objetivos almejados, como também exemplifica boas condutas a serem praticadas pelas partes envolvidas na lide. O meio judiciário presencia inúmeras ocasiões em que a má fé se apresenta de forma plena, trazendo muita obscuridade para as demandas judiciais, e conseqüentemente comprometendo o caminho regular do processo.

Considerações finais

A pesquisa realizada referente à litigância de má fé na busca pelo direito da gratuidade da justiça e a responsabilidade civil do estado, nos permitiu afirmar a existência de condutas caracterizadas pela má fé processual em alguns casos, tornando ilegal, desrespeitável para com as partes, como também para com o judiciário.

Algumas decisões do STF mencionadas no corpo do trabalho manifestam-se totalmente desfavoráveis a esse tipo de prática durante o transcorrer do processo, pois atitudes como essas em que as partes não agem de boa fé processual, mancha quaisquer tipo de transparência que o nosso ordenamento jurídico possa ter, obrigando assim ao estado exercer sua responsabilidade civil. De fato, pode-se observar que a pessoa que pratica esses atos, sofrerá sanções devidamente aplicadas pela lei, sem nenhum favorecimento por parte da mesma.

A pesquisa procurou fazer um resgate histórico de forma bem sucinta a cerca de como se desenvolveu o justiça gratuita em nosso país, mais também colocou em evidencia a obrigatoriedade do estado em atribuir sanções e reparações de danos aos cofres públicos no que tange a omissão de pagamentos das custas processuais, quando devidas. Também foi conjecturado durante o texto, posições de alguns doutrinadores a cerca do assunto em questão, posições de tribunais, como também as dificuldades enfrentadas para se reconhecer este direito tão importante para os cidadãos brasileiros.

Ressalte-se que os objetivos pretendidos no trabalho foram alcançados, visto que a procura deste benéfico, muitas vezes é feita por pessoas que não são portadoras do mesmo. Procuramos mostrar e exemplificar na lei, que essa busca desenfreada pode levar a prejuízos processuais, como também ordem financeira, visto que ao se contatar tais irregularidades na busca da justiça gratuita, o judiciário não ficará inerte, agindo de forma plena e eficiente para erradicar danos causados por práticas ilícitas durante o processo.

Além disso, a finalidade deste trabalho é levantar críticas a cerca de condutas repudiáveis durante o processo, e propiciar mais conhecimento as pessoas que possa esta litigando de má fé em demandas judiciais.

Diante disso, acredita-se que a conscientização, mediante os casos já ocorridos, como também de possíveis alterações de leis, possa trazer ao usuário deste direito uma visão mais abrangente na forma de usá-lo. Para que o acesso à justiça de fato possa esta a todo e qualquer momento ao alcance de todos.

Somente através dessa conscientização, para que as demanda jurídicas possa ter suas soluções alcançadas de forma mais célere, e possa também abranger a sociedade de forma plena, mudando assim o pensamento de algumas pessoas, de que a justiça é feita para o alcance de poucos.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <
<http://www.planalto.gov.br/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 21 set.
2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília,
DF: Senado, 2015. <http://www.planalto.gov.br.htm>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração**. Justiça Gratuita.
Embargos de Declaração nº 1.663.193 - SP (2017/0066245-1). Relatora: ministra
NANCY ANDRIGHI. Brasília, 20 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento**. Justiça Gratuita.
Agravo de Instrumento nº 20930355820158260000. Décima Primeira Câmara de
Direito Privado. Relator: Marino Neto. São Paulo, 10 de setembro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento**. Justiça Gratuita.
Agravo de Instrumento nº 21680390420158260000. Trigesima Oitava Câmara de
Direito Privado. Relator: Achile Alesina. São Paulo, 18 de setembro de 2015.

DIDIER JR., Fredie; **Beneficência da justiça gratuita:** de acordo com o novo CPC / Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira - 6. ed. rev. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm 2016.112p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990.

GAGLIANO, P. S.; Viana, s. **Boa-fé Objetiva Processual - Reflexões quanto ao atual CPC e ao projeto do novo código.** Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23930862_boa_fe_objetiva_processual>.

Manual de direito processual civil – Volume Único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 10ª. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018

Novo CPC – Fundamentos e sistematização / Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA, M. S. **Dever de lealdade processual e análise econômica da litigância de má-fé à luz dos Punitive damages.** 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2311/1693>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

VICENZI, B. V. **A boa-fé no processo civil.** São Paulo: Atlas, 2003.

Responsabilidade civil e a prática do adultério

Liliana Atenas Lustosa Vargas

Introdução

O casamento, indiscutivelmente, é uma das instituições mais solenes e importantes da esfera jurídica brasileira. Ele é o centro do direito de família, de onde irradiam suas normas fundamentais.

Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. Assim, ambos os cônjuges possuem deveres que abrangem não somente os explícitos em lei, mas também os de ordem moral, contemplados pelos costumes da sociedade, também conhecidos como deveres abstratos.

No entanto, tais deveres e comprometimento são quebrados, rompidos. O adultério é visto pela sociedade como uma conduta desonrosa, humilhante e desagradável para o cônjuge inocente, não obstante, hoje em dia, esteja comum a sua prática e até mesmo aceita socialmente em alguns círculos sociais. O adultério, indubitavelmente, é um ato que importa grave violação dos deveres do casamento e torna insuportável a vida em comum.

Atualmente, as separações conjugais ocorridas no país são caracterizadas em sua maioria, pela consensualidade (76,25%). No entanto, aumentam também os casos de separações litigiosas, cuja principal alegação é a quebra do dever de fidelidade recíproca, o que torna crescente o número de pedidos de ressarcimento por dano moral.

A Responsabilidade civil é uma preocupação dos juristas no que diz respeito ao dano moral. É relevante a possibilidade de indenização por

dano moral, que não pode ser excluída de nenhuma área do Direito, nem mesmo do Direito de família.

A discussão em torno do dano moral nas relações familiares vem crescendo no âmbito jurídico nacional, como comprovam sentenças e acórdãos, garantindo aos lesados o amparo e a tutela jurisdicional do Estado.

Sendo assim, considerando que a traição gera dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, é perfeitamente cabível que o Judiciário seja acionado, lhe assegurando direito à indenização.

No decorrer deste trabalho serão respondidas algumas questões como: O que se entende por dano moral? O que se entende por responsabilidade civil? A traição configura dano moral e enseja indenização?

Desta forma, o objetivo geral deste trabalho é analisar de modo específico a possibilidade de ressarcimento pecuniário em decorrência do dano moral provocado pelo adultério. Os objetivos específicos são conceituar a responsabilidade civil, apresentar as correntes sobre a natureza jurídica do casamento, bem como os deveres e obrigações dele advindos, dando enfoque a responsabilidade civil no âmbito das relações familiares.

Este capítulo será subdividido em três partes, distribuídas a seguir:

A primeira parte será apresentada um breve resumo sobre o casamento como instituição, sua natureza jurídica e os deveres dele advindos.

Na segunda parte, será retrata o conceito de Responsabilidade civil, seus elementos, o dano moral, e a diferença entre responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva.

Por fim, em sua última parte, será disposta uma análise em específico sobre a Responsabilidade civil pela prática do adultério, demarcando o dever de indenizar e a posição de alguns tribunais quanto a esta reparação.

1 Do casamento

1.1 Conceito

Com base no Código Civil Brasileiro, podemos conceituar o casamento como instituto civil, pelo meio do qual, atendida às solenidades legais (habilitação, celebração e registro), estabelece entre duas pessoas a comunhão plena de vida em família, com base na igualdade de direitos e deveres, vinculando os cônjuges mutuamente como consortes e companheiros entre si, responsáveis pelos encargos da família. Em outras palavras, podemos dizer que o casamento, sob a ótica do Direito Civil Brasileiro, consiste na entidade familiar constituída com base no atendimento das solenidades legais.

Muitas são as conceituações de casamento. Gonçalves (2002, pág. 54) assim define como “a sociedade do homem e da mulher que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino.” Para Venosa (2009, pág.45), o casamento é “a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”.

1.2 Natureza jurídica

Um dos pontos controvertidos acerca do casamento diz respeito à sua natureza jurídica, ou seja, à compreensão do que é o matrimônio para o direito brasileiro. Diferente de alguns ordenamentos jurídicos que definiram em lei sua natureza jurídica, o Direito Brasileiro deixou este *mister* à cargo da doutrina, qual, por sua vez se dividiu em três posicionamentos, compreendendo-o como: a) um contrato; b) uma instituição; c) um ato complexo, de caráter híbrido, misto ou eclético.

Para os adeptos da teoria contratualista, o casamento é um negócio jurídico que depende da livre manifestação de vontade das partes para sua realização, de modo a produzir seus efeitos patrimoniais regulados pelo

regime de bens, assim, o matrimônio seria um “contrato” a ser apreciado diante do plano da existência, validade e eficácia.

Tal teoria é rebatida por uma corrente que o identifica como uma instituição, pois o mesmo é regido por normas de ordem pública, que define de forma pormenorizada seus efeitos jurídicos, impondo deveres e estabelecendo os direitos dos cônjuges, não podendo ser mitigados pela livre vontade das partes.

Diante do impasse, surge uma terceira corrente que o concebe como um ato complexo de natureza mista, híbrida ou eclética, pois reconhece no mesmo a coexistência de características contratuais com as institucionais. Para esta terceira corrente, a autonomia da vontade das partes se resume apenas à liberdade de escolher o parceiro, o regime de bens e a permanência ou não da relação familiar. Por seu turno, efeitos pessoais como alteração do estado civil, surgimento dos vínculos de parentesco, alteração do nome, deveres de fidelidade e coabitação, entre outros, retiram do casamento sua essência contratualista, já que efeitos pessoais não podem ser regulados por contrato.

O artigo 1.514 do Código Civil brasileiro dispõe: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Sendo assim, a corrente contratualista parece ser mais aceita do ponto de vista jurídico visto que entende o casamento como um contrato que se forma pelo acordo das vontades.

1.3 Deveres dos cônjuges

O código Civil brasileiro estabelece os deveres dos cônjuges em seu artigo 1.566. De acordo com o citado artigo, os cônjuges tem o dever da fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e educação mútuos.

Em adequação ao princípio constitucional da plena igualdade, os artigos 1.565 e 1.567 estabelecem que “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” e, ainda “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

No que diz respeito ao dever da fidelidade recíproca, o Código Civil destaca em seu artigo 1.566, inciso I, que é um dever de ambos os cônjuges. Pode-se conceituar o dever de fidelidade como lealdade entre os parceiros, notadamente no que se refere às relações cujo principal objetivo seja o prazer físico e a satisfação sexual.

Quando verificado o descumprimento do dever de fidelidade recíproca por qualquer um dos cônjuges, o artigo 1.572 do Código Civil dispõe: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. O artigo 1.573 da mesma lei expressa que “evidenciam a impossibilidade da vida em comum o adultério e a conduta desonrosa”.

No que tange aos deveres de respeito e considerações mútuos, introduzidos na legislação brasileira pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, representam, segundo Gonçalves (2008, página 102):

o reconhecimento legal do caráter exemplificativo do rol de deveres dos cônjuges. Tais deveres constituem o corolário do princípio da comunhão plena de vida formada entre os cônjuges, com base no princípio da igualdade material em direitos e em deveres, e se fundamentam no aspecto espiritual e ético que devem, necessariamente, existir no casamento.

Para Lôbo (2007), os deveres de respeito e consideração abrangem não apenas a inviolabilidade da família, da integridade e da honra, mas também impõem prestações positivas de defesa de valores comuns tais como a honra solidária da família, o bom nome familiar e o patrimônio moral comum, entre outros aspectos.

A violação dos deveres conjugais pode acarretar danos indenizáveis ao cônjuge lesado, em obediência ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A reparação desses danos é norteadada pelos pressupostos da responsabilidade civil.

2 Da responsabilidade civil

2.1 Conceito

Do termo originado em latim *“respondere”*, que consiste na ideia de segurança ou garantia de restituição ou compensação, a responsabilidade exprime a ideia de equivalência de contraprestação, de correspondência, Segundo Parodi (2007, pág.134) *“responsabilizar é imputar a alguém, por meio legal ou judicial, o dever de reparar ou indenizar alguma espécie de prejuízo.”*

É da natureza humana reparar o dano injustamente causado. Nessa perspectiva, é possível afirmar que o conceito de responsabilidade sempre existiu. A legislação brasileira então, influenciada pelo Direito francês, dispõe no artigo 159 do Código Civil de 1916: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*.

O atual Código Civil brasileiro traz avanços de forma significativa no que tange ao dever de reparar danos. Apresenta a Teoria Geral da Responsabilidade Civil e dedica um capítulo a *“obrigação de indenizar”* e outro a *“indenização”*, sob o título *“Da Responsabilidade Civil”*.

2.2 Elementos

Os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil estão dispostos no artigo 186 do Código Civil, que diz: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito*

ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

2.2.1 Conduta humana;

A responsabilidade Civil, independente de qual seja, deverá sempre haver uma conduta, sendo esta um comportamento humano, comissivo ou omissivo, voluntário ou imputável. Como se trata de um comportamento humano exclui-se os eventos da natureza. A conduta é voluntária, pois pode ser controlada pelo agente, excluindo-se, aí, os atos inconscientes ou sob coação absoluta.

2.2.2 Dano ou prejuízo;

Representa uma circunstância elementar ou essencial da responsabilidade civil, devendo haver lesão sofrida pelo no conjunto de valores do ofendido, seja moral ou físico, aos bens ou direitos deste. Há de se aludir que não é qualquer dano que enseja em responsabilidade de ressarcir, mas sim os danos injustos, *contra ius*, afastando-se daí o dano autorizado por direito.

O dano é pressuposto indispensável para a configuração da Reponsabilidade Civil, seja ela objetiva ou subjetiva. É o elemento que menos suscita divergência na doutrina pátria. Sobre o tema, Cavalieri Filho (2000, pág. 70) discorre:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da Reponsabilidade Civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado, etc. - , o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

2.2.3 Nexo de Causalidade;

Consiste entre a relação de causa e efeito referente à conduta praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima. Pode haver causas supervenientes, chamadas “concausas”. O art. 942 do Código Civil exprime a solidariedade entre todos os que concorram para o resultado danoso.

A culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, a cláusula de não indenizar, as excludentes de ilicitude, o estado de necessidade e a legítima defesa excluem o nexos causal.

2.2.4 Culpa;

Considerada esta em seu sentido *lato sensu*, abrangendo também o dolo, sendo assim todos os comportamentos contrários ao direito, não importando a intenção do agente, mas sendo imputáveis ao causador do dano.

Francisco Amaral, reportando-se a Renè Savatier, traz como requisitos da culpa: a) um dever violado; b) culpabilidade ou imputabilidade do agente, este se dividindo em: a) possibilidade de conhecer o dever; b) possibilidade de observá-lo.

2.3 Responsabilidade Objetiva e Reponsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil poderá ser “*subjetiva*”, quando necessária à comprovação de culpa do agente causador do dano, ou “*objetiva*”, quando importante comprovar somente a ocorrência do dano e o nexos causal. É o que explica Sebastião Geraldo de Oliveira: A responsabilidade será subjetiva quando o dever de indenizar surgir em razão do comportamento do sujeito que causa danos a terceiros, por dolo ou culpa. Já na responsabilidade objetiva, basta que haja o dano e o nexos de causalidade

para surgir o dever de indenizar, sendo irrelevante a conduta culposa ou não do agente causador.

Para Maria Helena Diniz, na responsabilidade subjetiva o ilícito é o fato gerador, sendo que o imputado deverá ressarcir o prejuízo, se ficar provado que houve dolo ou culpa na ação. Já na responsabilidade objetiva a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexos causal. Neste caso, a vítima deverá demonstrar pura e simplesmente o nexos de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves: Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também casos de culpa presumida.

3 Da responsabilidade civil pela prática do adultério

3.1 Dever de indenizar

No que se refere ao dever de indenizar, o ordenamento jurídico brasileiro, bem como parte da legislação dos demais países, adota o tradicional princípio do *in Lex Aquilis et levissima culpa venit*, segundo o qual aquele que causa dano a outrem tem o dever de repará-lo. A partir desse princípio pode-se conceituar a responsabilidade civil como o dever que se impõe a qualquer um de indenizar o prejuízo que causa a outrem. O artigo 197 do Código Civil brasileiro normatiza esse princípio:

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.

Nas palavras de Filho (2000, pág.195) “são indenizáveis tanto os danos materiais quanto os da ordem moral ocorridos, conforme expresso agora em lei. Os primeiros são concebidos como todos os danos patrimoniais, ao passo que a segunda espécie engloba toda ofensa à dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantida.

O dever de fidelidade recíproca constante do inciso I, do artigo 1.566, diz respeito a confiança mútua entre os cônjuges que se refere a relacionamentos afetivos, decorrente do princípio da monogamia, eleito pela nossa sociedade. O descumprimento ao dever de fidelidade configura traição que, no âmbito do nosso ordenamento, constitui ilícito civil. Desta forma, eventualmente o pedido de separação traz consigo um pleito de indenização por danos morais e/ou materiais, decorrente do ilícito praticado pelo cônjuge/réu.

São muitas as situações de violação desses deveres conjugais, caracterizando culpa e ensejando sanções, dentre elas as agressões físicas e morais, o tentado a vida do cônjuge e o abandono material ou moral do consorte.

Atualmente, considerando a ideia de família protetora da dignidade humana, não se pode negar a interferência da Responsabilidade Civil, evidenciando que, dentro ou fora da relação conjugal, deve ser reconhecido ao cônjuge lesado o recurso à responsabilidade civil como mecanismo de proteção de sua responsabilidade.

Nas palavras de Santos (2001) , quando o rompimento do matrimônio “decorre de ato ilícito”, cabe ao Direito oferecer instrumentos para reequilibrar a situação pessoal e patrimonial dos cônjuges, dentre os quais se destaca a aplicação dos princípios da responsabilidade civil ou reparação civil de danos. Conforme o artigo 186 do Código Civil, a violação a dever, que fere um direito, e acarreta ato ilícito, é aplicável a todas as relações civis, incluindo aquelas do direito de família.

3.2 Posições dos Tribunais

Dezenas de ações de indenização por dano moral decorrente da quebra do dever de fidelidade recíproca estão tramitando nos tribunais brasileiros. Provada a existência do dano moral e sua relação de causalidade com a ação do cônjuge adúltero, o mesmo deverá ser reparado por meio da indenização. Segundo Diniz (2006, pág.48):

[...] a fidelidade conjugal é exigida por lei, por ser o mais importante dos deveres conjugais, uma vez que é a pedra angular da instituição, pois a vida em comum entre marido e mulher só será perfeita com a recíproca e exclusiva entrega dos corpos. Proibida está qualquer relação sexual estranha. Por ser da essência do casamento, o dever de fidelidade não pode ser afastado mediante pacto antenupcial ou convenção posterior ao matrimônio, tendente a liberar qualquer dos cônjuges, por ofender a lei e os bons costumes. O dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.

Segundo Farias e Rosenvald (2008), é evidente a possibilidade de reparação civil nas relações familiares, decorrente da prática de ato ilícito, quando evidenciada a culpa do agente. No entanto, a simples violação do dever jurídico de fidelidade recíproca não é suficiente para caracterizar a obrigação de indenizar, sendo necessária a repercussão extraordinária do fato. Assim, a infidelidade conjugal, isoladamente, não tem o condão de ensejar o ressarcimento da vítima. É necessário que a prática produza humilhação, vergonha ou situações vexatórias.

Essa repercussão negativa causada pela ofensa é que deve nortear a dosagem da condenação.

Confirmando o acerto dessa tese, cumpre transcrever voto proferido pelo Desembargador Relator Valdez Leite Machado, nos autos da Apelação Cível nº 2000.001.1.0572.10.002554-1/001, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. - A traição conjugal, por si só, apesar de constituir violação a dever matrimonial, não é suficiente para a configuração de danos morais, não havendo nos autos provas que indiquem a intenção da requerida de lesar o autor. (Apelação Cível 1.0572.10.002554-1/001, Rel. Des.(a) Valdez Leite Machado, 14º CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/01/2013, publicação da súmula em 08/02/2013).

A 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao julgar apelação nº 20150111294290 0037844-87.2015.8.07.0001 em 26 de abril de 2017, publicada no DJe no dia 18/05/2017, cujo relator do caso foi o Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira, posicionou-se acerca da matéria, reconhecendo que a conduta infiel do cônjuge durante o casamento, em tese, pode justificar o pedido de indenização por dano moral, desde que a infidelidade praticada provoque grave exposição ou humilhação no outro cônjuge.

No entanto, no caso analisado pelo TJ-DF citado acima, os desembargadores negaram o pedido de indenização por dano moral formulado pelo autor da ação, ao fundamento de que, muito embora o dever de indenizar ocorra em razão da violação dos direitos da personalidade, bem como da violação ao princípio da eticidade e da dignidade da pessoa humana, não seria possível reconhecer a ocorrência de dano moral naquele caso, tendo em vista que a infidelidade alegada não foi comprovada nos autos e não havia prova de qualquer episódio de exposição ou humilhação do cônjuge supostamente traído.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também já firmou posicionamento no sentido de que sem prova clara e robusta de ofensa à honra objetiva da vítima, a infidelidade conjugal não gera dever de indenizar. Tal entendimento pode ser extraído do acórdão proferido pela 9ª Câmara Cível do TJ-MG ao julgar recurso de apelação nº 1.0701.14.019776-8/001 no dia 15 de março de 2016, o qual foi relatado pelo Desembargador Pedro Bernardes.

No referido julgamento, os Desembargadores da 9ª Câmara entenderam que embora a infidelidade cause naturalmente desestabilidade emocional, tristeza e desestruturação familiar, não é conduta suficiente para configurar o dano moral, sendo necessária a prova de todos os elementos da responsabilidade civil previstos nos artigos 186 e 927 do Código Civil, quais sejam: a conduta dolosa ou culposa, o dano e o nexo de causalidade entre uma coisa e outra.

No caso objeto do julgamento, os Desembargadores entenderam que os requisitos necessários ao reconhecimento da responsabilidade civil não foram comprovados no processo, uma vez que não foi possível concluir que os problemas psicológicos alegados pelo autor da ação foram causados única e exclusivamente pela infidelidade praticada pelo seu ex-cônjuge.

Como visto, da análise dos julgamentos proferidos por alguns Tribunais Estaduais, é possível concluir que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a infidelidade conjugal, em regra, não justifica o pedido de indenização por dano moral, sendo indispensável ao reconhecimento do pedido, que o cônjuge ou companheiro traído comprove que a conduta infiel lhe causou exposição pública ou humilhação, afetando diretamente sua dignidade e sua imagem na sociedade.

Considerações finais

Concluído o presente trabalho, não há como negar a interferência da responsabilidade civil nas relações de família, vista como uma instituição cujo objetivo é a proteção prioritária da pessoa humana.

Durante as relações maritais, bem como nos seus rompimentos, são várias as situações em que os cônjuges praticam ofensas entre si, infringindo deveres de proteção e respeito oriundos do casamento. O cônjuge lesado, amparado no princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, merece a devida indenização pelos danos sofridos.

Deve ser tida uma necessária cautela na caracterização da responsabilidade civil entre os cônjuges, visto que o descumprimento puro

e simples de deveres conjugais, sem vulneração da cláusula da ilicitude, não implicará o dever de reparar. Em outras palavras, a responsabilidade civil nesses casos deverá ser pautada na ocorrência do ato ilícito. Na situação concreta, o cônjuge lesado terá que demonstrar que sofreu frustrações, dor, vexame e humilhação.

Isto posto, cabe ao Direito oferecer instrumentos que impeçam a violação da dignidade humana, tanto na vigência das relações familiares quanto diante de seu rompimento. A legislação brasileira encarrega-se de regular as relações familiares do casamento e da união estável a fim de proteger a família.

Quando um cônjuge ou companheiro viola o dever de fidelidade recíproca, o traído pode buscar indenização por dano moral visto que a traição afeta o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o culpado ser responsabilizado civilmente, desde que comprovado o dano sofrido pelo cônjuge inocente.

Referências

- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º volume: Direito de Família. 21. ed. rev. atualiz. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações**: Parte Especial, tomo II: Responsabilidade Civil. 5. ed. rev. Atualiz. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Sinopses Jurídicas, volume 6).
- LÔBO, Paulo Luiz Netto Igualdade conjugal - direitos e deveres In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos**. Campinas: Russel, 2007.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org