

**NÚCLEO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE DIREITO INTERNACIONAL E
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
ATA DA APRESENTAÇÃO DO DIA 12/11/2011**

REUNIÃO DO DIA 12/11/2011

TEMA

A NOÇÃO DE DANO NA DOUTRINA ARGENTINA E BRASILEIRA

APRESENTADOR (ES)

Professora Marilena Indira Winter e aluno Bernardo Caetano Assein Arus

RESENHA

- Introdução: O direito civil clássico está posto no código civil brasileiro que é baseado no CC alemão, foi construído ao gosto do raciocínio dedutivo aristotélico. O nosso CC, que se filia fortemente ao CC Frances, em matéria de danos e responsabilidade civil. Assim também o são grande maioria dos códigos da América Latina. A aproximação é grande, o direito codificado, costuma-se dizer se basta a si mesmo, não é aberto a incidências externas em princípio.

- A responsabilidade civil clássica: A responsabilidade civil clássica é colocada pelo dano, culpa e o nexo causal. Neste viés se dá uma atenção maior ao sujeito, a conduta do sujeito é o que é analisada. O princípio da autonomia da vontade rege esta parte do CC, a liberdade de agir, a expressão contratual do sujeito provado, encontra limites na liberdade do outro sujeito que lhe é igual. Daí surgem as relações obrigacionais, que se pautam na não lesão da ação de um sujeito sobre o outro. É mister analisar se o sujeito agir com dano, ou com culpa, incidindo na negligência, imprudência ou imperícia. A obrigação de indenizar surgirá quando o direito de um atingir o direito do outro. Por isso em regra, a responsabilidade civil brasileira é objetiva. Esta lógica germanicamente colocada era muito usual quando o dano causado era somente patrimonial, assim como sua reparação também o era. Na medida que o tipo de dano evolui, fica mais difícil a prova da culpa. Surgindo então a culpa presumida, na qual nas atividades de risco não é mais necessária a prova da culpa.

- O dano moral: Com o século XX, e o surgimento do conceito de estado democrático social de direito, e o reconhecimento da existência do dano moral, surge a compreensão da possibilidade de um dano puramente moral. A jurisprudência europeia avançou neste sentido, transpondo para o campo da moral os elementos do dano material. Inicialmente havia receio de aplicar o dano moral, em razão da dificuldade de quantificá-lo. A indenização do dano sai da esfera da punição para a esfera de ressarcimento da vítima. Ressalta-se ainda a desvinculação do direito penal da responsabilidade civil. No Brasil a CF pacificou os mecanismos da indenização. Trazendo inúmeras correntes sobre a

quantificação do dano moral. Uns entendem que o valor da indenização do dano moral deve ser alto, para ser um desestímulo a sua prática, outros entendem que não deve ser excessiva. Foi levantada a questão do dano estético, que não se insere no dano moral, estes se somam, embora na prática, o valor da indenização seja o mesmo, dividido entre estético e moral.

- Os preceitos constitucionais: Deve-se atentar que mais do que relações obrigacionais e negócios jurídicos se está tratando de pessoas, de preceitos constitucionais, de direitos fundamentais, da inviolabilidade dos direitos da pessoa. Trata-se do dano como requisito de intervenção estatal, diante de uma constituição que delimita quais direitos são invioláveis. O dano moral tem como pressuposto um dano efetivo. No Brasil segregou a responsabilidade civil de outros direitos. Se esta idéia for levada a risca, se estará fugindo da aplicação dos princípios constitucionais. Se assim for, haverá uma inconsistência entre o sistema civil e a CF. a proposta é inserir o caráter preventivo às indenizações, a fim de prevenir o dano. Mas o que é prevenção em razão de danos a pessoa? Não se trata de uma delimitação fácil, não se pode retirar conquistas da sociedade unicamente para prevenir o dano. A sociedade tolera e absorve o risco para que possa avançar nas mais diversas áreas. O papel do estado hoje termina quando determina a indenização de dano, ainda que o causador do dano cause danos análogos na sequência.

- Mecanismos –securitização: O professor Luis Alexandre Carta Winter levantou a questão da securitização do dano como prevenção. Isto seria a compra do direito de ficar tranqüilo, é na verdade um aumento do risco não ao segurado, mas aquele que vai usufruir do serviço. A questão dos seguros médicos, levariam o profissional a agir com menos zelo? E os seguros automobilísticos? Quem dirige carro com seguro o faz mais tranqüilo do que aquele que não tem seguro. A grande questão é se hoje há uma ferramenta jurídica compatível com a teoria da responsabilidade civil que possa evitar o fato causador do dano? Discussão sobre a proibição de utilização de imagens de segurança como prova, pois se o comerciante coloca câmeras para tentar inibir os ladrões, sabia que poderia ser assaltado e deveria ter tomado outras preocupações. O seguro não supre todo o dano, mas na visão do professor Luis Alexandre Carta Winter ainda é a ferramenta mais eficaz para a reparação do dano. A Professora Marilena Winter esclareceu que hoje, a ferramenta do seguro basta ao que se presta, mas levantou a questão, de poder existir outros mecanismos para aplicação futura.

- Nova concepção: O custo do dano hoje é colocado na conta de quem causa, hoje praticamente se compra o direito de causar o dano em prol de avanço em uma determinada área. Mas qual é a coerência disto com o preceito constitucional que defende que a integridade da pessoa deve ser plena. A questão é que mais importante que ressarcir o sujeito que sofreu o dano, é tentar impedir que este dano se repita com outros indivíduos. O fundamental é não só ressarcir o sujeito,

mas prevenir danos futuros. O direito civil brasileiro esteve no topo do ordenamento jurídico nacional outrora, antes da CF, e gradualmente foi perdendo hegemonia, tendo sido segregados os danos do consumidor, os danos ambientais, etc. O CC de 2002 tem um pequeníssimo capítulo sobre os direitos da personalidade. Enquanto o Brasil engatinha a Argentina já superou a muito os problemas enfrentados aqui em relação ao dano moral. Aqui ainda se deve provar que houve o abalo, sendo presumido o dano moral em casos específicos. Assim, vê-se que o direito civil brasileiro ainda está construindo suas teorias sobre o dano moral em cima de respostas dadas ao dano material. A questão da implementação do sistema de cotas, foi discutida como um ressarcimento secularmente posterior a política escravocrata. O dano existencial, amplamente divulgada na Europa, e partilhada pela Argentina, sai da esfera individual, o dano transcende o sujeito, a existência humana com indignidade não se encerra na pessoa, se está atingindo um valor acima do indivíduo, com imensa repercussão social. A indenização a vítima deve permanecer, mas deve haver outro mecanismo, voltado ao coletivo.

- **O caso da Colômbia:** A Colômbia tem a figura processual das ações de tutela, semelhante a nossa ação civil pública e popular, que visa impor a aplicação de medidas sobre o causador do dano. Estes mecanismos estão sendo utilizados para tutelar os riscos causados pelas guerrilhas internas. Há imposições a órgãos institucionais inclusive, para que amparem aqueles que sofreram o dano.

- **Critica:** O direito brasileiro é uma família de direitos diferentes que não conversam entre si, enquanto alguns ramos avançam, o direito civil permanece encastelado, se atender a questões novas. O direito civil continua relatando uma biografia do sujeito desde o nascituro até sua morte. Talvez a idéia seja retirar a responsabilidade civil da esfera obrigacional, a inserindo em um campo mais constitucionalizado.

- **Dano ao projeto de vida:** O dano ao projeto de vida, se assemelha ao dano punitivo, a separação do dano estético e do dano moral. Foi trazido o exemplo do músico que disso vive, que vem a ter dedos amputados, este será indenizado material e moralmente, mas seu projeto de vida fracassou. Assim, é evidente que há danos que repercutem muito mais do um dano moral, e que ainda não são no Brasil, indenizáveis.

- **Evolução da teoria da responsabilidade civil:** breve discussão sobre os sistemas jurídicos de mesma origem e a formação da Teoria Geral baseada nos pilares do Direito Privado clássico francês. Distinção na evolução teórico-técnica do conceito de Responsabilidade Civil.

- **Evolução da teoria da responsabilidade civil:** Função essencialmente "sancionadora de condutas antijurídicas, culpáveis e lesivas". Contexto de predominância da autonomia da vontade. Elementos. AÇÃO CULPOSA – foco no

autor do dano. Responsabilidade por culpa.

- **Reelaboração do conceito do conceito:** Aumento das hipóteses de danos (danos causados por “coisas”). Necessidade de albergar as novas demandas. Escusa dos empregadores em indenizar danos em relação de trabalho, devido à alegação de que não participaram para o resultado. Proteção à vítima – mudança do enfoque. Preocupação com a não-realização do dano. Prevenção. Lambert-Faivre: *de dívida de responsabilidade a um crédito de indenização*. Dano como elemento predominante na Teoria da Responsabilidade. Responsabilidade objetiva. Atividade de alto índice lesivo: Relações de trabalho, direito de trânsito, direito eletrônico, danos causados pela biotecnologia, emprego de energia nuclear e dano ambiental.

- **Derecho de daños:** “A ótica do fenômeno se trasladou da estrutura do ato ilícito até a do evento lesivo”. (PARKINSON) Dano como pressuposto destacado. Epicentro em torno do qual giram os demais elementos. Conceito jurídico de dano. Lesão a interesse jurídico. A quebra do estado de proveito que fundamenta a indenização. Elementos flexibilizados. Certeza, subsistência e pessoalidade. Prevenção e perda da chance – probabilidade “certa”. Funções repressiva e promocional do Direito. “Frente à impossibilidade de eliminação do dano, o problema se apresenta como uma transferência de um sujeito (vítima) a outro (responsável)”. Reparação como reação a um dano injusto. (Natural ou por equivalência).

- **Prevenção:** “Do ponto de vista da vítima, é incomensuravelmente preferível a prevenção do dano a sua reparação”. Ênfase aos direitos personalíssimos. Medida *ex ante* que prioriza a não-produção do dano. Obstar a realização ou fazer cessar efeitos sobre interesses humanos ameaçados ou lesionados. Objeto: dano ainda não provocado.

- PREVENÇÃO GERAL. Ameaça. Aumento da carga indenizatória.
- PREVENÇÃO ESPECÍFICA. Para controlar os riscos de determinada atividade, impõem-se medidas voltadas àquele ponto específico.
- PRECAUÇÃO X PREVENÇÃO.

Art. 1.071 bis (Código Civil argentino). “*El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, **será obligado a cesar en tales actividades**, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a*

pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.”

- Direito de réplica: Prevenção de danos futuros. Proteção da dignidade. Doutrina dividida quanto à natureza (preventiva ou ressarcitória), mas nota-se que não obsta a efetivação do direito de resposta não obsta a ação indenizatória.

OBSERVAÇÕES

⇒ **Próxima Apresentação:** - VI Jornada de Saúde Menta e Psicanálise - Mesa do Direito.

MEMBROS PRESENTES

Amanda Carolina B. Rodrigues
Antônio Diego da Costa
Bernardo Caetano Assein Arus
Cíntia de Almeida Lanzoni
Cleverson Jorge Jiyo
Daniel R. de Mello
Felipe Guidolin
Flavia Cristina Favero
Igor Koltun Rebutini
Jessica Cirineo Lopes
Jessica Silva Aust
Ketllen M. V. Fronza
Luís Alexandre Carta Winter
Marilena Indira Winter
Michelle N. Miolli
Nicole M. Trevisan
Rafael M. Dalcomuni
René F. Carvalho
Sebastião S. Camargo
Stephanie Luise Pegel Scharf
Washington Luis Adão



Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais
Programa de Pós-graduação em Direito
Curso de Graduação em Direito
Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável

Redigido e revisado pela monitora do NEADI Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues sob a orientação do Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter.

Curitiba, 16 de novembro de 2011.