

# A TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

**ROBERTO ABREU E SILVA**

*Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ*

## 1. INTRODUÇÃO

Proclamaram-se os princípios da inviolabilidade do direito à vida, à integridade físico-corporal, da propriedade (em sua função social), da intangibilidade dos direitos da personalidade nas esferas: da moral, em tutela da honra, da vida privada, da intimidade, da imagem da pessoa, como preceitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88, no propósito de se efetivar o princípio superior da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º, *caput*, incisos X e XXII). Tal princípio constitui valor fundamental de integração obrigatória do preceito normativo de hierarquia inferior, no procedimento hermenêutico, na perspectiva de sua compatibilização com a ordem jurídica constitucional, na visão unificada do sistema jurídico brasileiro, considerando que o direito, assim, como a árvore na floresta, enraiza-se, cresce, floresce e produz frutos, enquanto tem vida útil, tendo em vista que o único fator invariável no direito é o processo de adaptação do homem a seu meio social, na visão de Pontes de Miranda<sup>1</sup>. Sim, porque, na subsunção do fato à norma, se variam as circunstâncias, o índice de mutação da realidade penetra no arcabouço lógico e jurídico e mediante pressões dos princípios, normas e regras de hierarquia superiores do corpo constitucional influencia na interpretação da norma infraconstitucional, revitalizando o seu conteúdo, como a repropriadar o seu preceito à vida jurídica hodierna.

Com o advento da CRFB/88 tutelando os direitos da personalidade, capitulou-se, desde então, a era da desmaterialização da responsabilidade civil desdobrada no plano fisiológico em dupla função: repressiva e preventiva, se violados os deveres de respeito à intangibilidade de tais bens, nos

<sup>1</sup> Miranda, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Bookseller. T. II, 1ª ed. 2000. Campinas, p. 97.

prismas: individual, coletivo e difuso. Impõe-se, por isso, o desdobramento do estudo da responsabilidade civil em dois períodos distintos: a) da materialização; e, b) da desmaterialização do direito e da constitucionalização da responsabilidade civil.

## **2. PERÍODO DA MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO**

O período preponderante da materialização do direito civil e da obrigação de reparar, no direito brasileiro, delimita-se dos primórdios dos tempos até 05.10.88, com o advento da CRFB/88, marco da desmaterialização da responsabilidade civil, tendo em vista a tutela dos direitos da personalidade como bens superiores. Implantou-se tal materialização, nesse período, direcionado pela visão privatista do Código Civil de 1916, fruto da experiência do Estado Liberal, imprimindo tímida tutela aos direitos da personalidade, ante a preocupação maior do legislador em proteger a autonomia da vontade, no direito privado, desdobrada na liberdade contratual e na de contratar, outorgando poderes, tipicamente absolutos ao titular da propriedade, marcando forte a presença no instituto civil de quatro personagens: o marido, o proprietário, os contratantes e os sucessores. No período da materialização gravitaram-se as normas de tutela do direito e dos poderes do dono sobre a coisa. Pontuou-se, com isso, nesse período, a tutela da responsabilidade civil pelos danos materiais causados à coisa ou pessoa.

## **3. PERÍODO DA DESMATERIALIZAÇÃO DO DIREITO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Com o advento da CRFB/88 estabelecendo como paradigma máximo o respeito à dignidade da pessoa humana, iniciou-se nova era no direito pátrio – da tutela dos direitos fundamentais, em que a regra de ouro proclamada é a da hegemonia do SER sobre o TER, atribuindo-se proteção aos direitos da personalidade como bens supremos. No entanto, sem desconsiderar os princípios da autonomia da vontade e o direito do proprietário, temperados pela função social do contrato e da propriedade, observada a hierarquia axiológica constitucional. Iniciou-se, com tal conquista social e jurídica de tutela de direitos da personalidade, em todas suas esferas, um novo tempo - da desmaterialização do direito e da constitucionalização da responsabilidade civil, impondo-se a obrigação de reparar danos morais ou imateriais, tendo em vista a proibição de lesão a tais bens supremos (não patrimoniais), em situação tal, que não se prova

dano efetivo, mas fato e circunstâncias evidenciando conduta lesiva a interesse, juridicamente, protegido.

#### **4. CONCEITO DE DANO**

Com isso, o conceito de dano deve ser compreendido como a diminuição de um patrimônio ou lesão a interesse, juridicamente, protegido, contra a vontade do titular, envolvendo os sentidos material e imaterial de sua expressão, tendo como causa determinante a falta de diligência e prudência na conduta do lesante violadora da norma do art. 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88 e como consequência, os prejuízos correspondentes: materiais ou morais.

#### **5. METAMORFOSE DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

O estudo evolutivo da obrigação de reparar danos injustos perpetrados a bem de pessoa inocente por conduta do homem em fatos ilícitos e lícitos, nas previsões legais, revela o fenômeno da metamorfose da responsabilidade civil, no primeiro período acima mencionado, em três momentos: a) da culpa; b) sem culpa e, c) da Falta Contra a Legalidade Constitucional. Do início ao último quartel do século XX, mudou-se a tônica da obrigação de reparar os danos injustos sedimentada na *culpa* provada para a responsabilidade civil *sem culpa*, expressão que envolve as teorias da inversão do ônus da prova, presunção de culpa, do risco e objetiva, na medida em que se ligam pelo elo comum da dispensa da vítima da prova da culpa, na configuração do direito da vítima a reparação.

#### **6. INTRODUÇÃO À TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL**

No final do século XX, enraiza-se a Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC) que neste início do terceiro milênio, cresce e floresce com vigor, e dá ressonância ao processo do relativismo das ciências e contribuindo para o progresso do direito em dois propósitos: a) conciliar os pensamentos extremos das teorias da culpa e sem culpa; e, b) facilitar o acesso da vítima inocente à reparação dos danos injustos.

A Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional demonstra os substratos do verdadeiro fundamento da responsabilidade civil seguintes: a) o *dano injusto* causado a vítima inocente (quem não lhe deu causa) se revela como o denominador comum na obrigação de reparar os prejuízos

causados por fatos ilícitos ou lícitos; e, b) a *Falta Contra a Legalidade Constitucional* na conduta do lesante.

O direito hodierno, na Constituição de cada país, notadamente, na ordem jurídica pátria, consagra a integridade extrapatrimonial (ou não patrimonial) e a patrimonial da pessoa inocente como direito fundamental, no propósito de efetivar a garantia da dignidade do ser humano. Com esse objetivo, o direito brasileiro estabelece *os deveres jurídicos fundamentais de diligência e prudência na conduta, entranhado na norma imperativa do art. 5º, caput, X e XXII da CRFB/88, impedindo a perpetração de danos injustos a vítima inocente, sob pena de se deflagrar a obrigação de reparar os prejuízos, caracterizando a Falta Contra a Legalidade Constitucional (FCLC). Reverte-se, por conseqüência dedutiva lógica da lesão a preceito fundamental a exceção de prova de justificação, porquanto a conduta ilícita do agente malferindo a norma jurídica superior e lesionando bem supremo tutelado pela ordem jurídica constitucional resulta evidente ou verossímil do próprio fato.*

Nesse diapasão, o fenômeno da propagação da *responsabilidade civil sem culpa* difundido pelas correntes doutrinárias: *da presunção de culpa, inversão do ônus da prova, do risco e objetiva*, que retira a prova da culpa dos ombros da vítima, foi impulsionado por dois fatores determinantes. O primeiro, em função da revolução industrial e tecnológica que mecanizou o ambiente de trabalho e social das atividades humanas proporcionando sérios riscos de danos para as pessoas em suas ocupações habituais. O segundo, a dificuldade de prova da culpa do lesante a cargo da vítima, na doutrina da teoria subjetiva, frustrava, em boa parte, o acesso do lesado a reparação dos danos e prejuízos sofridos.

Com efeito, desde o primeiro quartel do século XX, já se disseminava no mundo jurídico a obrigação de reparar sem culpa alicerçada nas teorias da inversão do ônus da prova, dos riscos das atividades, nos danos injustos, no propósito de aliviar a vítima da incumbência de demonstrar a culpa do lesante, consubstanciando o fenômeno da *metamorfose da responsabilidade civil*, que grassou dimensões gigantescas nos últimos tempos, em atenção às necessidades sociais e jurídicas da atualidade.

## 7. TENDÊNCIA DE COLETIVIZAÇÃO OU SOCIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil sem culpa, através das técnicas assinaladas (presunção de culpa, inversão do ônus da prova, teoria objetiva, do risco) conquistou o domínio quase pleno do território dos direitos provenientes de danos injustos no mundo jurídico, minimizando o campo de atuação da teoria subjetiva, que foi transformada, de regra geral da obrigação de reparar assentada na culpa, no início do século, em exceção, no final do segundo milênio. Na atualidade, há uma tendência de coletivização<sup>2</sup> ou socialização<sup>3</sup> da responsabilidade civil, fenômeno em que a sociedade contrai um seguro coletivo para socorrer as vítimas, como ocorre na Espanha e na França, conforme assinala Ricardo de Angel Yáñez<sup>4</sup>, reconhecendo a necessidade de um seguro coletivo para garantia de bens do indivíduo. No mesmo sentido

---

<sup>2</sup> Lei 6.194/74. “Art. 7º A indenização, por pessoa vitimada, no caso de morte causada apenas por veículo não identificado, será paga por um Consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as Seguradoras que operarem no seguro objeto da presente lei.” O seguro obrigatório de veículos - DPVAT (danos pessoais por veículos em acidente de trânsito), através de um consórcio determinado por lei, favorece as vítimas de acidentes de circulação de veículos, independentemente, da autoria e propriedade do veículo, se não forem identificados, com ou sem seguro, previamente pago. Responsabiliza-se qualquer das empresas integrantes do *pool* de seguro, nos limites do valor segurado, à época do efetivo pagamento e não, do fato.

<sup>3</sup> A Previdência Social, em nosso país (INSS) e o Sistema Único de Saúde (SUS), custeados pela sociedade, por meio dos empregados/empregadores e subvenção do governo federal, respectivamente, v.g., prestam assistência de socorros médico-hospitalares, às pessoas, independente de serem seguradas a essas entidades.

<sup>4</sup> YÁÑEZ, Ricardo de Angel. Op. cit., 1995, p. 32/33 e 46/47. Na lição deste jurista na Espanha, há um consórcio de compensação de seguros, cujo estatuto legal é de 19 de dezembro de 1990. O consórcio é obrigado a indenizar, nos limites do seguro obrigatório, a quem sofreu danos corporais, quando o veículo atropelador ou o condutor sejam desconhecidos, ou em caso de veículo roubado ou furtado. Na França, a indenização de danos derivados de atos de terroristas, é suportada por um fundo de garantia, criado sobre o modelo de acidentes de circulação de veículos, que se custeia por meio de um imposto que grava as apólices de seguro sobre a propriedade. A lei de trânsito francesa de 5 de julho de 1985, no sentido de melhorar a situação de vítimas de acidentes de circulação de veículos e acelerar a reparação, estabelece no artigo 3º, que as vítimas, excluído o motorista, serão indenizadas dos danos resultantes de lesões sofridas, sem que possam alegar-se contra elas sua própria culpa, exceto culpa exclusiva e inescusável da vítima. Tal exceção que não se aplica aos menores de 16 anos, aos idosos com mais de 70 anos, nem às pessoas afetadas com incapacidade ou uma invalidez de 80% a 100%. Na Suécia, há um fundo de garantia a favor dos pacientes lesados por más práticas médicas, tendo como custeio uma taxa anual. Na Itália, a responsabilidade médico-hospitalar transita de uma responsabilidade por culpa para uma responsabilidade presumida por simples defeito ou erro médico.

consagra a lição do Des. Dr. Luiz Roldão de Freitas Gomes, no direito pátrio<sup>5</sup>.

Nos Estados Unidos da América do Norte, a família de classe média, em regra, tem seguro de vida, de residência, carro, empréstimos pessoais, cartão de crédito e o chamado seguro de responsabilidade civil, que garante a reparação dos danos causados pelo segurado a outra pessoa, no limite do contrato. A seguradora cobre os prejuízos, no limite do valor da apólice, seja por uma batida de carro ou uma mordida de cachorro. Essa modalidade de seguro ainda não existe no Brasil.<sup>6</sup> A sociedade internacional influenciada pelo fenômeno da globalização, no tempo atual, marca a época do denominado capitalismo selvagem, na expressão do Prof. Celso D. de Albuquerque Mello<sup>7</sup>, impondo uma nova forma de interpretar a responsabilidade civil atendendo o princípio da isonomia material, em conformidade com a CRFB/88, vigente no país, facilitando o acesso mais célere da vítima à reparação dos danos e prejuízos injustos a ela perpetrados.

## **8. DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM CULPA NO DIREITO BRASILEIRO**

No direito brasileiro, a metamorfose da responsabilidade civil sem culpa, no lato sentido, vem operando seus efeitos, de há muito, porquanto não se exige da vítima a prova da culpa do lesante para constituir o seu direito à reparação, como se depreende do estudo dos fatos lícitos revelando direitos de prejudicar, mas, impondo-se a reparação, nas situações previstas, quando a vítima é inocente, considerada como tal, quem por sua conduta não deu causa determinante ao fato (arts. 160, I, II, e 1.540, do Código Civil).

<sup>5</sup> GOMES, L. Roldão de Freitas. **Curso de Direito Civil**. Coord. Ricardo P. Lira. “Elementos de responsabilidade civil”. Rio: Renovar, 2000, p. 27/28. ... “a massificação das sociedades clama por garantias para bem do indivíduo, que não podem ser atendidas apenas pelos outros, mas por sistemas mais desenvolvidos de colaboração coletiva (seguros, fundos de garantia), faz-se mister, entretanto, preservar, igualmente, o fundamento moral da responsabilidade, para que, ao revés, não se dilua a pessoa no conjunto informe de indivíduos”.

<sup>6</sup> **Revista Veja**, Rio, Abril Cultural, edição 1521, 12.11.97, p. 118.

<sup>7</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **A sociedade internacional da integração**. Rio: Renovar, 1996, p. 34/35.

“A cultura é a da violência havendo um forte apelo de volta ao irracional, usa-se ténis “cavalo” (le cheval), dirige-se um carro “besta” e se tem como ídolo um jogador de futebol denominado “animal” devido a sua violência. A sociedade internacional encontra-se em profunda transformação. O fenômeno da globalização só produziu a miséria. Todo capitalismo é selvagem, mas talvez esta seja a sua fase mais selvagem. A grande questão é saber se é possível parar com a globalização e se voltar a valorizar o homem e não o capital. Ou ainda, quando será revertido este processo.”

Alinha-se, ainda, a resenha das situações no quadro seguinte: a) seguro por acidente de trabalho, em que o empregado tem direito ao benefício, qualquer que seja a causa do dano; b) responsabilidade civil denominada objetiva do transportador (aeronaves, teleféricos, transportes coletivos ferroviários (Lei n.º 2.681/12), rodoviários e ainda das empresas privadas prestadoras do serviço público (artigo 37, § 6º da CRFB/88); c) responsabilidade civil independente da prova da culpa do fornecedor do produto ou do serviço no fato do consumo (artigos 12 e 14 da Lei n.º 8.078/90 – CPDC); d) responsabilidade civil contratual com verossimilhança de falta (culpa presumida) do lesante, no inadimplemento da obrigação, com reversão da prova (art. 957 do Código Civil semelhante ao do artigo 799 do Código Civil Português<sup>8</sup>, que admite a inversão do ônus da prova de forma expressa).

A nova onda jurídica de liberação da vítima do pesado ônus da prova da culpa proporcionada pela metamorfose da responsabilidade civil nos últimos tempos, no direito brasileiro, teve dois pontos culminantes: um no direito público e outro no direito privado.

No direito público, marcou-se o avanço notável da ciência jurídica na imposição da responsabilidade civil objetiva ou sem culpa da administração pública direta, indireta e das empresas privadas prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º da CRFB/88).

No direito privado, o progresso da ciência jurídica aportou no seguimento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC), deixando a sua marca mais importante. Determinou-se a reparação dos danos injustos e prejuízos perpetrados ao consumidor por verossímil defeito do produto ou do serviço no fato do consumo, independentemente, da prova da culpa, somente afastando a responsabilidade civil se o fornecedor provar a inexistência do defeito ou cometimento de falta (culpa) exclusiva da vítima ou de terceiro (arts.12, 14, *caput*, e § 3º, II da Lei nº 8.078/90).

Releva notar, ainda, que a presente pesquisa descortina o *dano injusto* causado a vítima inocente como denominador comum da obrigação de reparar, originária de fatos lícitos ou ilícitos, situação que lhe confere a estatura de *um dos substratos indispensáveis do fundamento da responsabilidade civil*. Efetivamente, no mundo do direito, não existe dano justo.

---

<sup>8</sup> **Código Civil de Portugal**. Op. cit., art. 799. (Presunção de culpa e apreciação desta) “1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.”

Todo o *dano* extrapatrimonial ou patrimonial, no universo do direito, em regra, é *injusto* e, excepcionalmente, é considerado justificado, tendo como fator determinante da responsabilidade civil a verificação da inocência ou não, da vítima na causação do fato.

O campo da exceção compreende as causas de isenção e as excludentes da responsabilidade civil. As causas de isenção são: a) falta exclusiva da vítima; b) consentimento da vítima, no limite tolerável em respeito a dignidade da pessoa humana; c) a falta exclusiva de terceiro; e, d) caso fortuito ou força maior (art.1.058 CC). As causas “c” e “d” afastam a ilicitude por corresponderem a situação de inexistência de nexo de causalidade. A falta concorrente da vítima permite a redução parcial e proporcional do valor da reparação, quando não é vedada pela lei (v.g. art.14, § 3º Lei nº 8.078/90).

As excludentes de antijuridicidade da responsabilidade civil se resumem em: a) legítima defesa; b) estado de necessidade; c) exercício regular de direito; e, d) estrito cumprimento de dever legal. As restritas situações reveladoras do dano justificado estão, ainda, condicionadas ao exame da inocência ou não, da vítima na causação do fato. Impõe-se a verificação se sua conduta voluntária constituiu ou não causa necessária à propulsão dos danos. Se a vítima é inocente, porque não deu causa ao fato danoso, inquestionável se afigura o seu direito à reparação. A qualificação do fato como lícito, por conduta considerada justificada pela lei, por si só, não exclui a responsabilidade civil do causador de danos injustos no direito brasileiro (art. 160, I, II, c/c 1.540 do CC., c/c art. 5º, *caput*, X e XII da CRFB/88).

Aflora-se, deste estudo, o entendimento de que o *dano injusto causado a vítima inocente* é um dos substratos indispensáveis à configuração do denominador comum e fundamento da responsabilidade civil em fatos ilícitos e lícitos. Conferindo uma interpretação da responsabilidade civil, em conformidade com a Constituição, a Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional demonstra que a CRFB/88 inseriu, na norma impositiva do art. 5º, *caput*, X e XXII, o dever jurídico fundamental de diligência e prudência, no exercício da liberdade individual de conduta, em respeito ao direito fundamental de incolumidade do ser humano inocente e de seus bens, no propósito de efetivar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, respeitando o princípio gênese e de valor supremo da responsabilidade civil: *neminem laedere* (não lesar a outrem).

Se violada a norma de conduta constitucional em comento, perpetrando-se *danos injustos* extrapatrimoniais ou patrimoniais à pessoa inocente, dispensa-se a vítima da prova da culpa ante a reversão do ônus de se demonstrar excepcional justificativa de conduta, a cargo do responsável, porquanto a falta de diligência e prudência, na ação do lesante resulta evidente ou verossímil do próprio fato danoso injusto. A primeira situação, *dispensa da prova da falta (culpa)*, já se verifica no campo de domínio das denominadas teorias: objetiva, do risco, ou sem culpa, em situação tal que não exige maiores comentários, porquanto o implemento da responsabilidade civil está sedimentado nos pressupostos: danos e nexo de causalidade, desonerando-se a vítima da prova do elemento subjetivo do ilícito civil (falta não intencional ou culpa), eis que resulta evidente, *ipso facto*. A segunda situação, *inversão do ônus da prova* da falta (culpa) proliferou no terreno da responsabilidade civil contratual transferindo o encargo ao devedor inadimplente (art. 957 do Código Civil Brasileiro e art. 799 do Código Civil de Portugal; art. 17 do Dec. nº 2.681/12 - Transportes ferroviários, e rodoviários por analogia; arts. 12, 14, 6º, VIII da Lei nº 8.078/90, aplicáveis a fornecedores, pessoas jurídicas e até mesmo a profissional liberal, se pleiteada e concedida a inversão do ônus da prova, em matéria técnica etc.). No campo da responsabilidade civil extracontratual, impera a inversão do ônus da prova nos arts. 1.521, I a V, *ut* Súmula 341 do STF, 1.527, 1.528, 1.529, 1.546, 1.208 do Código Civil Brasileiro, nas situações seguintes: a) fato de outrem; b) do animal; c) da coisa inanimada; d) do farmacêutico; e) do locatário etc. Nesta perspectiva, a responsabilidade civil extracontratual assentada na teoria subjetiva em que se exige da vítima a prova da culpa do lesante ficou delimitada em campo tão restrito, que configura, uma exceção, no direito pátrio contemporâneo.

A presente síntese da TFCFL no estudo da metamorfose da responsabilidade civil da culpa a cargo da vítima até a obrigação de reparar, sem prova da culpa, na atualidade, revela o entendimento de que *em todo dano injusto a falta de virtudes de diligência e prudência na conduta do lesante resulta evidente ou verossímil ipso facto, motivo pelo qual já predomina na legislação positiva infraconstitucional a dispensa ou inversão do ônus da prova da denominada culpa*, que, no início do século, competia à vítima demonstrar, para a configuração de seu direito à reparação. No universo do direito, a doutrina e a jurisprudência consagraram o entendimento de que a falta (ou culpa) leve, não intencional, implica a *responsabilidade* civil do

lesante, embora possa desencadear uma absolvição criminal em ação penal defluente do mesmo fato. Com isso, em todos os danos injustos materiais e imateriais, demonstrado o acontecimento, em suas circunstâncias, a falta não intencional, resulta evidente ou verossímil, *ipso facto*.

## 9. IMATERIALIDADE DA CULPA

Transparece, ademais, dos estudos empreendidos, que a falta (culpa) é elemento imaterial do ilícito. Não se prova a culpa, porquanto essa falta jurídica resulta evidente ou verossímil de um juízo de valor da ação danosa injusta a bem de pessoa inocente. Nesta perspectiva, prosseguindo na escala ascendente do progresso da ciência jurídica, tendo como vetor a proteção da vítima inocente, a CRFB/88, no artigo 5º, *caput*, incisos X e XXII, consagrou o princípio *neminem laedere* impositivo do dever de diligência e prudência na conduta e garantiu a integridade extrapatrimonial ou patrimonial proclamados como *direitos fundamentais* da pessoa humana. A CRFB/88 positivou no dispositivo, em comento, o dever legal e constitucional de diligência e prudência, como norma de conduta, sem exigência expressa da culpa, alicerçado na compreensão de que a falta de tais virtudes no comportamento danoso injusto se encontra implícita na ação violadora da norma fundamental, *ipso facto*, deflagrando, em conseqüência, a obrigação de reparar os prejuízos, se o lesante não demonstrar causa de isenção ou de exclusão da responsabilidade civil.

Por outro lado, não se pode olvidar, que é princípio fundamental da Constituição, proteger a liberdade da pessoa e garantir-lhe o direito de não ser sancionada enquanto comportar-se dentre dos limites legais estabelecidos pela ordem jurídica. O ser humano somente pode ser obrigado a reparar algum dano e subseqüente prejuízo quando cometer uma *falta jurídica*, ainda que seja em grau mínimo (não intencional), considerada pelo direito como fator suficiente para desencadear a responsabilidade civil defluente de uma sanção ou compensação, por equidade. Nesta ótica, não se pode negar o valor da culpa como fundamento moral e jurídico da obrigação de reparar os *danos injustos*, a título de sanção ou de compensação nos atos ilícitos ou lícitos, legada ao direito civil pela teoria subjetiva. A indispensabilidade da culpa como substrato da responsabilidade civil foi reconhecida no congresso realizado no ano de 1939, em Montreal no Canadá<sup>9</sup>, com participação de juristas de escol de quase todo o mundo. No entanto, a culpa, não pode ser considerada, em seu conceito originário de falta intencional (pesada, dolo

direto ou indireto) inspirada pela doutrina penal, mas, mitigada, suficientemente, para a sua compreensão como falta não intencional (leve ou média), denominação mais compatível com a realidade jurídica-social hodierna, constituindo-se como o traço marcante e a regra geral da responsabilidade civil, no direito comum e, a expressão culpa deve ser reservada para a exceção no direito penal, quanto aos crimes culposos. Este panorama revela que, *ao lado do dano injusto, há o substrato indissociável da falta de diligência e prudência, virtudes imperativas de cuidado redobrado na conduta, que a ele se agrega, em simbiose, consubstanciando o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil por fato ilícito ou lícito.*

Demais, as concepções extremistas das teorias da culpa e objetiva (do risco ou sem culpa) são insuficientes em seus fundamentos para sustentarem a reparação do dano injusto perpetrado por fato lícito, que constitui uma parte substancial da responsabilidade civil. A falta jurídica não intencional, regra geral da responsabilidade civil, denominada de Falta Contra a Legalidade Constitucional, neste estudo, constitui ainda fator indispensável ao arbitramento equitativo da reparação, em todos os campos do direito provenientes de danos injustos perpetrados por atos ilícitos ou lícitos, notadamente, nos danos morais. Sim, pois que, na inteligência da TFCLC na quantificação da reparação do dano injusto perpetrado por falta não intencional, em realidade, deve consistir em valor menor ao que seria arbitrado na prática do ilícito por falta intencional (dolo direto ou indireto).

## **10. CONCEITO DA TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL**

Na perspectiva de colmatar o vazio dogmático mencionado, exsurge a Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC) compatível

---

<sup>9</sup> LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem.** “Premier Congrès International de l’Association Henri Capitant. São Paulo: Forense, 1973, p. 2. Concluiu-se que: a) em nenhuma parte o legislador rompeu, completamente, com o princípio da responsabilidade baseado na culpa; este princípio resiste à experiência dos fatos e das idéias novas. A teoria da responsabilidade não se transformou, mas tornou-se mais matizada, mais adaptada às necessidades da civilização contemporânea; b) o conceito de culpa perdeu aquela rigidez, dentro dos moldes clássicos, puramente moral, para objetivar-se; confundeu-se a culpa com o ato ilícito; c) a admissibilidade de presunções *juris tantum* e *juris et de jure* da culpa, na proteção cada vez mais crescente da vítima contra a ação lesiva e danosa etc.

com a realidade da responsabilidade civil no mundo contemporâneo, notadamente, no direito brasileiro, com substrato em três premissas: a) fundamentar a responsabilidade civil; b) a Falta Contra a Constituição deflui do próprio fato danoso injusto e violador da norma constitucional; e, c) reversão da prova. A primeira, resultante deste estudo, indica o seu fundamento: o *verdadeiro fundamento da responsabilidade civil é o dano injusto articulado com a falta de diligência e prudência, perpetrado por fato ilícito ou lícito vulnerando a norma constitucional impositiva do princípio **neminem laedere***. Como todo dano injusto, em regra, é perpetrado por falta de cuidado e de agir na ação violadora da norma de conduta constitucional e a exceção é o dano justificado, alicerçado em tal entendimento, firma-se a segunda premissa: *a falta de diligência ou prudência não intencional, que configura a violação do dever de cuidado e de agir existe, em potencial, em todos os danos injustos causados a bem de pessoa inocente, em situação tal, que resulta evidente ou verossímil do próprio fato violador da norma do artigo 5º, caput, X e XXII da CRFB/88*.

Se o dano injusto perpetrado por falta contra a legalidade constitucional configura, em regra, ilícito deflagrador da obrigação de reparar, e a exceção é o dano justificado, que exclui a responsabilidade civil, a situação excepcional, por consequência lógica, é que deve ser provada, fenômeno que implica a inexorável reversão da prova. Surge, neste ponto, a terceira premissa: *na falta cometida contra a legalidade constitucional, que resulta indiciária do dano injusto, ipso facto, reverte-se a prova quanto a exceção de legitimidade de conduta possibilitando ao lesante demonstrar a falta exclusiva da vítima ou de terceiro, eventual causa de isenção ou de exclusão da obrigação de reparar, sob pena de implemento definitivo da responsabilidade civil*. Em tal raciocínio jurídico, a falta intencional (dolo direto ou indireto), como exceção de conduta, em sede de responsabilidade civil, deve ser demonstrada, pelo lesado, se objetivar este, uma reparação mais ampla.

A projeção em simbiose dos fundamentos jurídicos anunciados nas premissas retroassinaladas, focalizadas pelo farol da inteligência intuitiva possibilitou a construção da Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC), que se revela na síntese: em todo dano injusto não patrimonial (extrapatrimonial) ou patrimonial perpetrado à vítima inocente, a falta de diligência e prudência, não intencional do lesante, resulta evidente ou verossímil da convergência dos elementos integrantes do fato violador

da norma constitucional. Configura-se a Falta Contra a Legalidade Constitucional a conduta lesiva dos deveres jurídicos de diligência e prudência impositivos do art. 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88, perpetrando-se danos injustos, suficientes para deflagrar a obrigação de reparar, se o lesante não demonstrar excepcional causa de isenção, de justificativa ou de exclusão da responsabilidade civil.

## **11. A TFCLC NO CAMPO INFRACONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

No campo infraconstitucional, o intérprete deve integrar o vazio da lei ordinária com a norma impositiva do dever jurídico de atuar com diligência e prudência, em sede de responsabilidade civil, na perspectiva de efetivar o princípio *neminem laedere* proibitivo de se perpetrar danos injustos a bem de pessoa inocente (art. 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88). Em tal situação, impõe-se, por raciocínio dedutivo lógico, a reversão da prova de fato desconstitutivo, deflagrando a obrigação de reparar os danos, se não se demonstrar, em exceção, causa de isenção ou de afastamento da obrigação de indenizar. Esta forma de interpretar a responsabilidade civil, em conformidade com a CRFB/88, tem aplicação imediata em todos os campos dos direitos provenientes de danos injustos perpetrados às vítimas inocentes. Alvitra-se, no entanto, a sua positivação no sistema jurídico pátrio, para fim de dissipação de eventual dúvida, no momento da realização do Direito.

## **12. A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TFCLC**

No segundo período da evolução histórica da responsabilidade civil, a contar do final do século XX, a ordem jurídica brasileira adapta o direito à mudança da realidade, impulsionado pelas forças econômicas e sociais, admitindo a possibilidade de uma responsabilidade civil em função preventiva, limitada a verossimilhança de danos graves e irreversíveis a interesses individuais, coletivos e difusos, notadamente, em matéria ecológica, sanitária e nas relações de consumo. A Constituição da República de 1988, de um lado, consagrou a inviolabilidade desses interesses múltiplos impondo a obrigação de reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais, efetivamente, perpetrados (artigo 5º, *caput*, X e XXII), engendrando a *responsabilidade civil repressiva ou curativa*. Por outro lado, considerou ilícita a conduta lesiva pelo fato de se colocar em perigo de danos graves e irreversíveis, tais direitos fundamentais implementando a responsabilidade civil em sua função preventiva.

### 12.1 *A garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado*

A CRFB/88 avançou mais, em prol da sociedade, garantindo o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever jurídico de sua preservação a bem das presentes e futuras gerações (art. 225), oportunidade em que estabeleceu *a função preventiva da responsabilidade civil* contra quem cria o risco de lesão, na perspectiva de evitar um dano grave e irreversível. Esse posicionamento apoia-se na premissa de que a prevenção de um dano grave e irreversível deflagrando uma obrigação de fazer ou de não fazer, antes de se perpetrar o fato nocivo aos interesses individuais, difusos e coletivos, sob pena de multa diária, denota a maior eficácia da responsabilidade civil do que a sua atuação *post factum* impondo a obrigação de integral ressarcimento dos danos, por vezes, inviáveis ou inexequíveis. Releva notar, ainda, que não há impedimento de se converter uma obrigação de não fazer, concedida em tutela inibitória, ante a função preventiva da responsabilidade civil, em obrigação de fazer, como no caso de se impor obrigação de instalar um filtro, v.g., para se evitar a poluição das águas de um rio.

A ordem jurídica pátria afastando a tensão entre a validade e efetividade do princípio de proteção à higidez do meio ambiente regulamentou tal matéria na Carta Magna (arts. 5º, *caput*, X e XXII, 225, I a VII, §§ 1º a 6º) e no plano infraconstitucional, por intermédio das Leis nº 9.605 de 12.02.98, nº 7.347, de 24.07.85 e nº 6.938, de 31.08.81.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, proíbe condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública e o meio ambiente, como se denota de seu preâmbulo e das disposições dos artigos 3º; 6º, I; 12; 15, II, C; 19; 28; 29; 38; 39; 54, III e § 3º, na medida em que protege a saúde pública, o meio ambiente e a ecologia, tipificando os crimes contra o ordenamento urbano, do patrimônio cultural (prédios de museu, biblioteca, art. 62, II), a fauna, flora, poluição de qualquer natureza (atmosférica e hídrica) que causem ou possam resultar em danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora. Impõe, inclusive, responsabilidade criminal solidária (art. 54, § 3º) e pena de reclusão de 1 a 5 anos, a “*quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave irreversível*”. Tal diploma legal dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente implicando na responsabilidade civil o

poluidor direto ou indireto, pessoa física ou jurídica, por atividade causadora de degradação ambiental, criando, para isso, órgãos e entidades de proteção e melhoria da qualidade ambiental, a par de constituir o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA (art. 6º). Esse diploma legal no artigo 14, § 1º estabelece a responsabilidade civil do poluidor, independentemente de culpa, deflagrando a obrigação de *“indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”*, ao mesmo tempo que legitima o Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, por seu turno, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração da ordem econômica, da economia popular, bem como a qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, I a V). Legitima o Ministério Público para propor a ação principal ou cautelar de responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que permite a qualquer pessoa provocar a sua iniciativa, em demanda que tenha por objeto a obrigação de fazer ou de não fazer, no propósito de cessar atividade nociva, sob pena de imposição de multa diária (arts. 5º e 6º).

Sublinhe-se, ainda, que a CRFB/88 legitima as entidades associativas (art. 5º, XXI), quando, expressamente, autorizadas a representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, para a tutela de seus interesses individuais, coletivos ou difusos<sup>10</sup>, podendo, inclusive impetrar Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX, B), em defesa dos interesses de seus membros ou associados, quando estiver, legalmente, constituída e encontrar-se em funcionamento por período não inferior a um ano. O artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81 foi recepcionado pela CRFB/88, por compatibilizar-se com a norma do artigo 225 § 3º, que, assim, dispõe: *“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas*

---

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 86. Na lição da professora Grinover há três tipos de interesses metaindividuais: o interesse público, os interesses coletivos e os interesses difusos. O interesse público (à ordem pública, à segurança pública) configura interesse de que todos compartilham. Os interesses coletivos são interesses comuns, no entanto, restritos a uma coletividade de pessoas unidas por um vínculo jurídico. Nos interesses difusos, o vínculo entre as pessoas se reduz a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis, caracterizando-se por indeterminação de sujeitos, a indivisibilidade do objeto e a necessidade de solução pacífica desses conflitos.

*físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.*

### *12.2. Casos de presunção de causalidade em França e Canadá*

Assinala a professora Catherine Thibierge<sup>11</sup> casos de presunção de causalidade admitidos pelo legislador e pelo juiz, em França, como o da lei de 30 de outubro de 1968, por certos males sobrevindos à vizinhança de um sítio nuclear indiciado pela irradiação. Em Québec, no Canadá, a ilustre professora noticia a lei de 22 junho de 1990 (arts. 31/43) asseverando que tal diploma permite ao ministro ordenar a descontaminação ou restauração do ambiente, quando constata a presença de um contaminante, seja em quantidade ou concentração proibidas, seja suscetível de causar prejuízo à vida, à saúde, à segurança, ao bem-estar ou ao conforto do ser humano, de causar dano ou de modo a perpetrar prejuízo à qualidade do solo, à vegetação, à fauna ou aos bens.

Relata, mais, a eminente professora, a presunção de imputabilidade da contaminação por *vírus* de imunodeficiência humana em transfusão de sangue, ou ainda a presunção de um liame de causalidade entre a vacinação contra a hepatite B e a superveniência de uma esclerose em placas no paciente, na ausência de outros fatores de riscos ou circunstâncias de natureza a explicar a produção do dano. Assinala que os juízes se contentam com a verossimilhança de uma probabilidade suficiente do liame de causalidade na impossibilidade de se provar a existência efetiva do nexos etiológico.

Em matéria ecológica, a presunção do nexos causal entre a falta e o dano surge em função da noção de criação de um risco que aparece com a realização normal e previsível do risco gerado, imprudentemente, como no caso de uma fábrica de papel que evidencia prejudicar a fauna e a flora por lançar dejetos poluindo o rio, em lugar muito próximo ao da exploração de sua indústria. Conclui a eminente professora aduzindo sobre as duas funções da responsabilidade civil: a) a função clássica de dissuasão objetiva a prevenção de comportamentos antissociais; e, b) a função nova de antecipação visa a prevenção dos danos, fundada na ameaça de danos graves e irreversíveis. Antevendo a insuficiência da culpa e do risco para fundamentar a função preventiva da responsabilidade civil, sugere como novo fundamento *a prevenção*.

---

<sup>11</sup> THIBIERGE, Catherine. “*Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité*”. **Revue trimestrelle de droit civil** n° 3, Paris: Dalloz, juillet-septembre, 1999, p. 561-584.

No mesmo sentido, proclama o Desembargador, Dr. Luiz Roldão de Freitas Gomes: “*Deve, neste século, bifurcar-se a responsabilidade curativa, voltada para o passado, e na responsabilidade preventiva, dirigida a afastar o risco de danos graves e irreversíveis, na perspectiva do futuro*”<sup>12</sup>.

A política do direito comunitário de proteção ao meio ambiente funda-se sobre os princípios de prevenção, de precaução e do poluidor-pagador ou responsável civil. O princípio de prevenção resume-se no adágio popular “*melhor prevenir do que remediar*” impondo-se medidas de notificação, de informação, ou multas que podem evitar a conduta ilícita. O princípio da precaução vai mais longe que o da prevenção, recomenda a adoção de medidas preventivas nos casos de evidências prováveis ante riscos de danos graves e irreversíveis, como assinalam disposições dos Tratados de Roma<sup>13</sup>, de Maastricht<sup>14</sup>, da União Européia modificado pelo Tratado de Amsterdam<sup>15</sup>, em matéria de meio ambiente. O princípio do poluidor-pagador,

---

<sup>12</sup> Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes. “Tendências Atuais da Responsabilidade Civil”. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça**, volume 46 – 2001, p. 63/66.

<sup>13</sup> “Le droit communautaire de l’environnement”. Direction de Jacqueline Dutheil de la Rochère. **Les études de La documentation Française**, Paris 1998, p. 136/140. Traité de Rome (25 mars 1957) Titre VII – L’environnement. “Art. 130 R. 1, L’action de la Communauté en matière d’environnement a pour objet: - de préserver, de protéger e d’améliorer la qualité de l’environnement; - de contribuer à la protection de la santé des personnes; - d’assurer uma utilisation prudente e rationnelle des ressources naturelles. 2. L’action de la Communauté en matière d’environnement est fondée sur les principes de l’action préventive, de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l’environnement, e du pollueur-payeur. Les exigences en matière de protection de l’environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté”.

<sup>14</sup> Traité de Maastricht (7 février 1992) Titre XVI - Environnement. “Art. 130 R. 1. La politique de la Communauté dans le domaine de l’environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants: - la préservation, la protection et l’amélioration de la qualité de l’environnement; - la protection de la santé des personnes; - l’utilisation prudente et rationnelles des ressources naturelles; - la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l’environnement. 2. La politique de la Communauté dans le domaine de l’environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d’action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l’environnement et sur le principe du pollueur payeur. Les exigences en matière de protection de l’environnement doivent être intégrées dans la définitions et la mise en oeuvre des autres politiques de la Communauté...”.

<sup>15</sup> Traité sur l’Union européenne modifié par le traité d’Amsterdam (2 octobre 1997). Titre XIX – Environnement. “Art. 174. 1...2. La politique de la Communauté dans le domaine de l’environnement vise un niveau de protection élevé, em tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d’action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l’environnement e sur le principe du pollueur-payeur...”.

impõe a responsabilidade civil preventiva ou repressiva ao provocador do ilícito de perigo ou causador de dano ou prejuízo ao meio ambiente.

### **13. FEIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL REPRESSIVA E PREVENTIVA**

No direito brasileiro, a responsabilidade civil em sua dupla função repressiva e preventiva encontra apoio na CRFB/88 (arts. 5º, *caput*, incisos, X, XXII e XXXV, 225, I a VII, §§ 1º a 6º) e nas Leis infraconstitucionais nº 9.605, de 12.02.98, nº 7.347, de 24.07.85, nº 6.938, de 31.08.81, e nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em face dos deveres de segurança, de informar, de transparência e da boa-fé objetiva do fornecedor).

### **14. A TEORIA DA FALTA CONTRA A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A insuficiência das teorias da culpa e sem culpa (objetiva e do risco), analisadas de *per si* ou em conjunto, para fundamentar a função preventiva da responsabilidade civil impulsionou a construção da teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional, por intuição dedutiva e lógica, no propósito de colmatar tal vazio doutrinário.

Na medida em que a CRFB/88 garante a incolumidade patrimonial e a não patrimonial (ou extrapatrimonial) da pessoa inocente assegurando a tutela efetiva dos interesses individuais, coletivos e difusos, impõe *erga omnes* o dever jurídico de cuidado, exigindo uma conduta diligente e prudente para não causar danos injustos a pessoa ou a bem de outrem. Uma conduta ou atividade de pessoa que atente contra a integridade extrapatrimonial, patrimonial de outrem, a interesse coletivo ou difuso, proporcionando riscos de danos graves e irreversíveis configura o *ilícito de perigo*, ante a probabilidade de dano, caracterizando a Falta Contra a Legalidade Constitucional (FCLC), que resulta evidente ou verossímil, *ipso facto*. Não se pode confundir dano, fato histórico e material, com a ilicitude da falta contra a legalidade constitucional (FCLC), *conduta antijurídica, que se desdobra em ilícitos de lesão e de perigo*. Configura-se o *ilícito de lesão jurídica*, quando a conduta malferir a norma constitucional (artigo 1º, III, 5º, X, XXII da CRFB/88), na perspectiva de se evitar o dano injusto (con-

seqüência da lesão jurídica), enquanto que o *ilícito de perigo*, constitui-se em pressuposto fático do ilícito de lesão e configura-se ante a presença de fato previsível e evitável retratando a possibilidade de se causar danos graves e irreversíveis a direitos fundamentais da pessoa humana, ao meio ambiente, à saúde pública<sup>16</sup> e ao consumidor.

A propósito, é o escólio de Luiz Guilherme Marinoni<sup>17</sup> em sua obra - **Tutela Inibitória**:

*“A Constituição brasileira, que funda um Estado social, é marcada por direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à educação, direitos que, podendo ser tutelados de forma difusa ou coletiva podem, exigir a tutela inibitória. Além disso, não é possível esquecer que a Constituição da República afirma expressamente que: i) 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 (art. 5º, X)..., v) o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII; vi) todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput)...”*

A. Candian<sup>18</sup>, no direito italiano, proclama a prevenção do ilícito, como princípio geral do ordenamento jurídico.

Em situações tais, a falta de diligência e prudência violadora de uma das normas da CRFB/88 assinaladas (arts. 5º, *caput*, X e XXII e 225) resulta evidente da própria ação perigosa, conduta contrária ao direito, que configura o elemento constitutivo do ilícito (*fattispecie*) que não se identifica com o

---

<sup>16</sup> STJ. RESP 72994/SP. Rel. p/ acórdão, Min. Carlos Alberto Menezes Direito- Terceira Turma. “Ação civil pública. Entidades de saúde. Aumento das prestações. Legitimidade ativa. 1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde. 2. Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o país sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força seja com a Lei nº 7.347/87 seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988. Sedimentados os conceitos centrais, não há razão que afaste o presente feito do caminho da ação civil pública. O instituto autor é entidade regularmente constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor.”

<sup>17</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. “Tutela inibitória (individual e coletiva)”. RT. São Paulo, 2ª ed. 2000, p. 63/64.

<sup>18</sup> Candian, A. **Nozioni istituzionali di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1946., p. 119.

dano, conseqüência da lesão jurídica. Por isso, em não sendo observado tais deveres de diligência e prudência, em conduta que possibilite danos graves e irreversíveis viola-se o princípio da legalidade constitucional impondo-se a obrigação preventiva de fazer ou de não fazer, ou de supressão do ilícito de perigo, sob pena de pagamento de multa diária, com substrato na tutela inibitória do artigo 461, parágrafos 3º e 4º do CPC e, ainda, 84 parágrafos 3º e 4º da lei 8.078/90 ( CPDC), cuidando-se de relação de consumo.

Com efeito, a tutela inibitória tem por escopo prevenir o ilícito e, indiretamente, o dano, como se verifica da providência do STJ<sup>19</sup> proclamando que o prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência.

O direito substancial precisa efetivar-se utilizando a tutela inibitória para evitar o ilícito, porquanto, **a ordem jurídica prefere prevenir do que remediar**. Presente o ilícito de perigo, impõe-se operacionalizar a função preventiva da responsabilidade civil, por meio de exigência de conduta diligente e prudente, obrigação de fazer ou de não fazer, no resguardo da integridade patrimonial ou não patrimonial, estes, na tutela dos direitos da personalidade <sup>20</sup>, *ut* art. 5º, *caput*, XXII da CRFB/88. Com tal atitude, materializar-se-á o acesso à Justiça da pessoa ameaçada em seu direito, fundado no dever jurídico de respeito a vida, a saúde (*ut* proclamação do TJRS<sup>21</sup>), a integridade corporal e a dignidade da pessoa humana (arts.5º, XXXV da CRFB/88, 287, 461, 799 do CPC e 84 da Lei nº 8.078/90). No ilícito de perigo, a conduta violadora da norma jurídica civil constitucional configura-se no ato lesivo ao preceito maior da legalidade, na perspectiva de se evitar o dano, impondo-se uma obrigação de fazer ou de não fazer, escoltada por multa diária. Tal sanção impõe-se, cumulativamente, com a obrigação de reparar danos injustos, se a providência preventiva tornar-se ineficaz.

---

<sup>19</sup> STJ...RESP. 222339/PB. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. “PLANO DE SAÚDE. Prazo de carência. Internação de urgência. O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido.”

<sup>20</sup> TJRJ. Apelação 39.193. Des. Wellington Moreira Pimentel. RT-619/175-180. “Direito da personalidade – Violação. Ofensa ao direito à imagem e à honra. Reprodução romancesada em filme cinematográfico... Proibição definitiva de exibição do filme, com cominação de multa pela transgressão – Indenização por danos morais a ser apurada em liquidação por arbitramento, e não tomando por base o valor da multa, *com função inibitória e não de ressarcimento*.”

<sup>21</sup> TJRS. 4ª CC. 23.8.2000. Rel. Des. Wellington Barros. ADV. COAD. Em. 97085. BS. 20. “O direito à vida e o direito à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo “primado supera restrições legais.”

## 15. A TFCLC NO CAMPO DO CPDC

No campo do CPDC, a aplicabilidade da teoria ancora-se nas garantias outorgadas aos consumidores diretos ou por equiparação, na tutela de interesses individuais, coletivos e difusos. Estando presente a iminência de dano, ante fato ou vício do produto ou do serviço (arts. 12, 14, 17, 18, c/c 6º, VI da Lei 8.078/90<sup>22</sup>) violando o dever de proteção da vida, da saúde ou da segurança, impõe-se a função preventiva da responsabilidade civil do fornecedor. Tal entendimento ancora-se no postulado de que a conduta perigosa, como precedente do dano efetivo, configura em si, o descumprimento do dever jurídico de diligência e prudência, na medida em que caracteriza a lesão ao preceito constitucional e legal de cuidado redobrado, ao colocar-se o consumidor em potencial situação de risco, como, v.g., ocorre no ilícito de perigo à saúde<sup>23</sup>. Em França, sobre o tema preleciona Geneviève Viney<sup>24</sup> referindo-se ao artigo 3º da lei de 5 de janeiro de 1988, que permite as associações constituídas tutelar os interesses dos consumidores, de forma preventiva ou repressiva.

No mesmo diapasão pronuncia-se Philippe le Tourneau<sup>25</sup> sobre os dois aspectos da responsabilidade civil: prevenir a realização de danos, a par da

<sup>22</sup> CPDC. Lei nº 8.078/90. Art. 6º, inciso VI. “São direitos básicos do consumidor:...VI- a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

<sup>23</sup> STL. RESP. 158728/RJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ. 17.05.1999. “Plano de saúde. Limite temporal da internação. Cláusula abusiva. 1. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade...”

<sup>24</sup> VINEY, Geneviève. “*Les Obligations La Responsabilité: effets*”. **Librairie générale de droit et de jurisprudence**, Paris, 1988, p. 21. “...en présence d’un fait portant”, “un préjudice direct ou indirect à l’intérêt collectif des consommateurs”, “demander à la juridiction civile statuant sur l’action civile ou à la juridiction répressive statuant sur l’action civile d’ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites...”

<sup>25</sup> TORNEAU, Philippe le. **Droit de la responsabilité**. Paris: Dalloz, 1998, p.1. “Les deux aspects de la fonction préventive de la responsabilité. – La fonction préventive présente deux aspects. Traditionnellement, la responsabilité civile permet, dans la mesure du possible, de prévenir la réalisation de dommages par la crainte légitime de la sanction pécuniaire qu’elle engendre... De même, la législation tant interne que communautaire, tend à édicter une obligation générale de sécurité des produits et des services

sanção penal, aduzindo, ainda, a uma tendência à edição de uma obrigação geral de segurança dos produtos e dos serviços oferecidos no mercado.

O dever de informação quanto à nocividade ou periculosidade, em potencial, de produtos e serviços, na previsão do artigo 9º, do CPDC, enquadra-se, igualmente, neste contexto, na consideração de que o fato de não informar, configura a violação do dever de diligência e prudência, colocando em risco os consumidores. A possibilidade de se perpetrar danos graves e irreversíveis, pessoais, ecológicos, sanitários, genéticos, nucleares, poluição atmosférica, hídrica, comprometimento da flora, fauna, do meio ambiente, e a direitos do consumidor (artigo 6º, VI da Lei 8.078/90) fundamenta, neste contexto, a função preventiva da responsabilidade civil, com arrimo na norma do artigo 5º, XXXV da CRFB/88, Tal dispositivo permite o direito de petição ao Poder Judiciário ante o ilícito de perigo, no propósito de se impedir a concretização da ameaça de lesão a direito ou interesse individual, coletivo ou difuso. A fisiologia jurídica da obrigação de reparar revela que a função preventiva da responsabilidade civil é a única atuação capaz de impedir o ilícito evitando, com isso, a transformação dos direitos fundamentais da pessoa em pecúnia, fenômeno não desejado pelo direito nem pela vítima. Neste ponto, a TFCLC assume papel relevante como fundamento da função preventiva da responsabilidade civil, alicerçado na falta de diligência e prudência do realizador da conduta lesiva a ordem jurídica constitucional, na configuração do ilícito de perigo, para se deflagrar a tutela preventiva dos interesses individuais, coletivos ou difusos. Sim, porque tal situação, *data venia*, não se apresenta compatível com o pensamento clássico da responsabilidade civil consubstanciado em elementos como: o dano, culpa e nexo de causalidade, ainda não configurados no ilícito de lesão jurídica, tendo como pressuposto, apenas o fato perigoso de dano iminente. Demais, a dinâmica do direito, na ótica da realidade social, não permite a espera da ocorrência de um dano a um consumidor ou grupo de consumidores, para que se desencadeie uma sanção ao fornecedor, eis que a inobservância do

---

offerts sur le marché (V. art. 1º, L. 83-660 du 21 juill. 1983, relative à la sécurité des consommateurs: dir. CEE du 15 oct 1991 – V. infra nº 1551, 1717 et 3971 et s.). Aujourd’hui, ce rôle prophylactique est lui-même en cours d’évolution, sous l’influence d’un nouveau principe dit “de précaution”, venu du droit communautaire, qui essaime progressivement, de-ci de-là, sur les terres du droit interne, y compris du droit privé...”

preceito legal e constitucional, colocando em risco de danos, bens de pessoas inocentes, já se afigura suficiente para se lhe imputar uma sanção de natureza inibitória pela prática do ilícito de lesão, tendo como pressuposto o fato-espécie do ilícito de perigo. Tal situação engendrando a responsabilidade civil em sua função preventiva, encontra arrimo na Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional, porquanto, ainda, não se tem configurado o dano efetivo, um dos elementos indispensáveis nas teorias objetivistas, de risco e subjetiva, e nem a culpa provada, outra condicionante, igualmente, invariável desta última teoria, na perspectiva de que *mais vale prevenir do que remediar*, possibilitando, assim, a efetiva realização do direito em sua finalidade de Justiça.

## 16. CONCLUSÃO

A *Teoria da Falta Contra a Legalidade Constitucional (TFCLC)* é uma hodierna e legítima interpretação da responsabilidade civil compatível com o progresso das ciências e do direito, neste início do século XXI. Concilia as teorias da culpa, objetiva e do risco, facilita o acesso da vítima à reparação dos danos injustos, fundamenta a função preventiva da responsabilidade civil, tendo em vista o ilícito de perigo, que se caracteriza por riscos iminentes de danos graves e irreversíveis, configurando lesão à ordem jurídica constitucional, na tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de seus bens, ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, à saúde pública, nas relações de consumo (arts. 5º, *caput*, X, XXII e XXXII, 225, 196, 170, V da CRFB/88 e Leis números 9.605/98, 7.347/85, 6.938/81 e 8.078/90), bem como equilibra a sanção do responsável. A TFCLC demonstra, afinal, que **a regra de ouro da responsabilidade civil hodierna não é reparar, mas impedir o dano ou suprimir a conduta ilícita** e culmina otimizando a linguagem jurídica a bem da Ética, da Moral, e da conversão efetiva do Direito em Justiça. ◆