

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Pedro Zanette Alfonsin

**A CORRESPONSABILIDADE DO LESADO NA RESPONSABILIDADE  
CIVIL**

Porto Alegre  
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Pedro Zanette Alfonsin

**A CORRESPONSABILIDADE DO LESADO NA RESPONSABILIDADE  
CIVIL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do  
título de mestre pelo Programa de Graduação da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientador: Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre  
2016

Pedro Zanette Alfonsin

**A CORRESPONSABILIDADE DO LESADO NA RESPONSABILIDADE  
CIVIL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do  
título de mestre pelo Programa de Graduação da Faculdade  
de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim

Prof. Dr. José Fernando Simão

Prof. Dr. Luiz Renato Ferreira da Silva

Prof. Dr. Fabiano Menke

Porto Alegre

2016

À Ruth, minha filha e à Mariana minha esposa, pela  
compreensão e pelo sacrifício na ausência.

## AGRADECIMENTOS

A escolha pelo tema da corresponsabilidade do lesado deveu-se à indicação da matéria pela Professora Doutora Judith Martins-Costa ainda quando se construía o Projeto de Dissertação de Mestrado. Aqui fica o nosso profundo agradecimento.

Maior gratidão é devida ao orientador, Professor Cesar Viterbo Matos Santolim, distinto jurista, a quem com paciência trouxe lições fundamentais durante todo o Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Aqui fica o nosso profundo agradecimento com a certeza de que procuramos não desapontar a sua confiança.

Agradecimentos também é devido aos Professores Gerson Luis Carlos Branco e Luis Renato Ferreira da Silva pelas orientações dadas durante a banca de qualificação, as quais permitiram clarificar ainda mais o caminho a ser percorrido no prosseguimento do presente estudo.

Agradeço também aos meus pais Ricardo e Marinete pela criação, educação e orientação.

Por fim, cabe ainda uma palavra de agradecimento pela compreensão aos familiares, aos colegas de escritório, de atividade institucional junto à Ordem dos Advogados do Brasil e aos amigos, pelos momentos de ausência.

## RESUMO

No presente estudo buscar-se-á investigar a corresponsabilidade do lesado na responsabilidade civil, inserido no direito brasileiro no artigo 945 do Código Civil. Assim, inicialmente, tratar-se-á da conexão do tema com o dano fortuito e o dano causado a si mesmo para, em sequência abordar a corresponsabilidade do lesado com enfoque sobre a função preventiva da responsabilidade civil ao incentivar não somente o lesante a não reincidir em atos ilícitos, mas também a vítima. A corresponsabilidade do lesado será apresentada como exceção ao princípio da reparação integral do dano. A seguir, passa-se a tratar da corresponsabilidade da vítima e os estudos a respeito do nexo de causalidade e a análise das teorias da causalidade. Merece também exame a aplicação nos casos de corresponsabilidade do lesado e sua incidência quando da responsabilidade objetiva. Será demonstrada uma análise da recepção da corresponsabilidade do lesado nas legislações estrangeiras com enfoque especial ao sistema da *commow law* com a *contributory negligence* e sua migração para o *comparative negligence*. Em capítulos específicos são abordados estudos a respeito do dever de colaborar com a mitigação do próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*) e também a interlocução com o artigo 935 do Código Civil. Outro centro do presente estudo é a proporção na redução equitativa do dano quando identificada a concausalidade da vítima pelo magistrado e a contribuição da disciplina de direito e economia para o tema.

*Palavras chave: Responsabilidade civil – Dano - Corresponsabilidade do lesado – Proporcionalidade*

## ABSTRACT

The present study will seek to investigate comparative negligence in tort law inserted in Brazilian law in the article 945 of the Civil Code. So initially it will treat the theme of connection with the accidental damage and damage to yourself to sequentially treat the comparative negligence focusing on the preventive function of liability to encourage not only the perpetrator not reoccur in unlawful acts and also presents it as an exception to the principle of full compensation for the damage. Following going to deal with the comparative negligence and the studies of the causation and the analysis of causality theories. Also worth examining the application of the victim responsibility cases and its impact when it focuses strict liability. It will be shown an analysis of the injured responsibility reception in foreign legislation being given special attention to the common law system with contributory negligence and their migration to the comparative negligence. In specific chapters are covered studies on the duty to mitigate the loss and also interlocution with Article 935 of the Civil Code. Another center of the study is the proportion equitable harm reduction when concausalidade identified the victim by the magistrate and the contribution of the discipline of Law and Economics at the subject.

Keywords: *Tort law – damage - comparative negligency -recovery - proportionality*

## SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. Fundamentos jurídicos da corresponsabilidade do lesado na responsabilidade civil.....	15
1.1 Corresponsabilidade do lesado e o dano.....	26
1.1.1 Dano fortuito e o princípio <i>casum sentit dominus</i> .....	28
1.1.2 Dano causado a si mesmo como o princípio de imputação ao lesado.....	30
1.2 Corresponsabilidade do lesado e as funções da responsabilidade civil.....	33
1.2.1 Corresponsabilidade do lesado e a função da reparação integral na responsabilidade civil .....	34
1.2.2 Corresponsabilidade do lesado e a função preventiva da responsabilidade civil.....	36
1.3 Corresponsabilidade do lesado e nexo de causalidade.....	40
1.3.1 Teorias da causalidade e a corresponsabilidade do lesado.....	42
1.3.1.1 Teoria da equivalência das condições e corresponsabilidade do lesado.....	45
1.3.1.2 Teoria da causalidade adequada e a corresponsabilidade do lesado.....	47
1.3.1.3 Teoria do dano direto e imediato e corresponsabilidade do lesado.....	51
1.3.1.4 Teoria da causalidade econômica e a corresponsabilidade do lesado .....	52
1.3.1.5 Teoria do escopo da norma violada e a corresponsabilidade do lesado .....	53
1.3.2 Corresponsabilidade do lesado e o nexo de imputação.....	54
1.3.3 A expressão “culpa” no artigo 945 do Código Civil.....	57
1.3.4 Concausalidade e a corresponsabilidade do lesado.....	61
1.4 Teoria do risco, responsabilidade objetiva e a corresponsabilidade do lesado.....	66
1.4.1 Teoria do risco integral e a corresponsabilidade do lesado.....	67
1.4.2 Corresponsabilidade do lesado e o direito do consumidor.....	69
1.4.3 Corresponsabilidade do lesado e a responsabilidade civil do Estado.....	73
1.4.4 Corresponsabilidade do lesado e o direito do trabalho.....	75
<b>2. A corresponsabilidade do lesado em legislações estrangeiras.....</b>	<b>78</b>
2.1 A corresponsabilidade do lesado no direito anglo saxônico.....	84

2.1.1 A prevalência da teoria do tudo ou nada ( <i>Pure Contributory Negligence Rule/Defense</i> ).....	88
2.1.2 A adoção do sistema da corresponsabilidade do lesado ( <i>Pure Comparative Fault System</i> ).....	88
2.1.3 A adoção do sistema “50% plus Rule” e “51% plus Rule”.....	89
2.1.4 O sistema adotado no Estado da Dakota do Sul: <i>Slight/Gross Negligence Comparative Fault System</i> .....	91
2.15 As regras de <i>Hand</i> e a corresponsabilidade do lesado .....	91
<b>3. O dever de mitigar o próprio prejuízo (<i>duty to mitigate the loss</i>) .....</b>	<b>94</b>
<b>4. A corresponsabilidade do lesado e a aplicação do artigo 935 do Código Civil .....</b>	<b>97</b>
<b>5. A corresponsabilidade do lesado e a proporcionalidade na redução da indenização.....</b>	<b>99</b>
5.1. A análise econômica do direito e a proporcionalidade prevista no artigo 945 do Código Civil .....	107
Conclusão .....	109
Referências bibliográficas.....	113

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como escopo analisar a corresponsabilidade do lesado no âmbito da responsabilidade civil, focando os estudos na conduta do lesado como redutor do *quantum debeatur*.

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou no Código Civil de 2002 o posicionamento adotado pela jurisprudência, inserindo no artigo 945 o seguinte dispositivo: *se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*.

A corresponsabilidade do lesado está inserida na disciplina da responsabilidade civil extracontratual, caracterizada pela obrigação de reparar, mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano antijurídico causado a outrem como decorrência da violação de um dever geral (absoluto) de *neminem laedere* (não lesar). Diferentemente, a “responsabilidade civil contratual”, funda-se no descumprimento de dever relativo, sem embargo de reconhecer a existência de situações em que a distinção é sutil<sup>1</sup>.

A valorização do enfoque igualmente sobre a conduta do lesado assume grande relevo no mundo jurídico, uma vez que modifica o eixo da função preventiva da responsabilidade civil ao incentivar não somente o lesante a não reincidir em atos ilícitos, mas também o lesado a aumentar a precaução quanto a futuros e eventuais cometimentos desses atos<sup>2</sup>.

Para dar amplitude ao tema, no primeiro capítulo apresenta-se a corresponsabilidade do lesado sob a ótica da disciplina jurídica do dano, discorrendo sobre temas relacionados não somente à corresponsabilidade, mas também à conduta do lesado.

Sequencialmente debruçar-se-á sobre o tema do dano fortuito e o princípio *casum sentit dominus*, ou seja, aquele que é atingido por um evento fortuito ou por uma infelicidade deve

---

<sup>1</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – dezembro 2014, página 90.

<sup>2</sup> Oren Bar Gill em **Does Uncertainty Call for Comparative Negligence?** (Harvard Law School, novembro de 2001) página 07: The argument supporting the efficiency of the comparative negligence rule begins with the undisputed fact that evidentiary uncertainty causes deviations from optimal care.

suportar esse dano. Posteriormente passa-se a tratar dos danos causados a si mesmo, como o princípio de imputação ao lesado.

No item seguinte, desenvolve-se a natureza jurídica da corresponsabilidade do lesado em todos os seus vértices, demonstrando qual a sua interligação com as funções de reparação e prevenção da responsabilidade civil.

Outro ponto merecedor de destaque é a interligação entre a corresponsabilidade do lesado e os estudos a respeito do nexo de causalidade, partindo-se do entendimento de que as análises da culpa concorrente nada mais são do que uma causalidade múltipla. Assim visa-se verificar a quais das teorias clássicas da causalidade a corresponsabilidade do lesado encontra maior aderência. É, da mesma forma, foco de análise as demais hipóteses de concausalidade nas quais o dano conta com a participação de mais de um lesante.

A aplicação nos casos de corresponsabilidade do lesado e sua incidência junto ao figura jurídica da responsabilidade objetiva é objeto de um estudo específico. Nesse ponto da dissertação analisa-se a aplicação da teoria central do estudo junto ao direito do consumidor, ao direito do estado, direito do trabalho e em casos atinentes à aplicação quando da incidência da teoria da responsabilidade integral.

Por este ângulo, o presente texto defende a existência de uma desconexão entre a natureza da responsabilidade civil do lesante e a do lesado, sendo plausível, por exemplo, a conduta do causador do dano ser apurada pela ótica da teoria do risco, e a participação da vítima ser apurada pela ótica da responsabilidade civil subjetiva.

Desse modo, demonstrar-se-á que, quando o artigo 945 do Código Civil utiliza a expressão “*a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso*”, não afasta automaticamente a incidência nas hipóteses de responsabilidade objetiva, apresentando-se, inclusive, desconectado da expressão concorrência de culpas, uma vez que o artigo se refere somente à vítima e não a ambos, vítima e lesado.

Os estudos a respeito do dever de colaborar com a mitigação do próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), possibilitam discorrer acerca de um item específico para verificar se realmente o ordenamento jurídico brasileiro impõem um “ônus” ou um “dever” ao lesado e as possíveis consequências desse ato.

Importante destacar que a corresponsabilidade do lesado é bastante comum em diversos sistemas jurídicos, permitindo uma análise comparativa do fio condutor dessa dissertação. Optou-se pelos sólidos ordenamentos jurídicos europeus para análise, sendo, da mesma forma,

de indiscutível significado observar como a corresponsabilidade do lesado tem sido equacionada no sistema da *commow law* com a *contributory negligence* e sua migração para o *comparative negligence*.

A habitual presença na doutrina e legislação estrangeira justifica-se por ser a participação do lesado no seu dano uma realidade frequente, não sendo difícil alinhar exemplos que mostrem uma imagem impressiva do tema na jurisprudência nacional.

Outro centro de estudo desta dissertação é a redução equitativa do dano quando identificada a concausalidade pelo magistrado. Neste ponto é relevante destacar que a concausalidade como redução equitativa da indenização é exceção ao princípio da reparação integral previsto no artigo 944 do Código Civil, o qual impõem que a indenização deve ser medida pela extensão do dano.

Por esse ângulo, a disciplina de direito e economia ganha rara importância, significando uma ponte para mitigação do empirismo que muitas vezes prevalece em decisões jurisprudenciais quando o tema é relacionado à proporcionalidade da redução da participação das vítimas.

Faz-se mister ressaltar que a análise econômica não é capaz de dar respostas definitivas sobre os problemas aqui levantados. No entanto é possível contribuir para amadurecer o debate relativo à proporcionalidade da redução da indenização.

Não se pode negar que, passada mais de uma década da entrada em vigor do novo Código Civil, ainda exista um longo caminho a ser percorrido pela doutrina e pela jurisprudência para que a concausalidade venha a ter uma evolução efetiva no direito brasileiro.

O grande fascínio da concorrência de causas está no fato de ela ser facilmente compreensível, mas de difícil aplicação, já que o detalhamento processual e a análise do caso concreto vão na contramão da tendência do século XXI, como aponta Brandão Proença<sup>3</sup>: Essa concepção teórico-dogmática não parece, contudo, em sintonia com a evolução da própria responsabilidade civil, atendendo ao seu moderno sentido reparador (a deslocação para o dano e não para a canalização do agente) e à concomitante perda de conteúdo individual, determinada pelo fenômeno da coletivização dessa responsabilidade.

---

<sup>3</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 830

Sob análise da defesa das regras tradicionais, adianta-se que desde a introdução desse trabalho há o entendimento de ser procedente a afirmação ainda atual de George Ripert<sup>4</sup>: “A tentação de se deixar classificar entre os inovadores declarando que eles exprimem “altas e fecundas verdades sociológicas que se tornarão inevitavelmente em verdades primordiais, verdades condutoras para a geração de nossos filhos ou netos”. É sempre lisonjeiro ser designado como precursor, e na verdade pouco risco se corre, porque quando chegar o tempo de se verificar, que a predição se não realizou, o autor, foi, em geral esquecido há muito tempo. Na nossa época é preciso mais coragem para defender as regras da moral tradicional do que para lançar as posições mais aventurosas. Mas não se trata aqui de simples jogo de pensamento onde o jurista possa mostrar a sua habilidade. A escolha não é livre”.

### **Delimitação terminológica**

Quanto à delimitação terminológica, a dissertação utiliza a expressão “corresponsabilidade do lesado” em detrimento a outras utilizadas na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras por entender englobar tanto a disciplina da responsabilidade subjetiva como objetiva.

Salienta-se que, ao longo desta dissertação, apresentar-se-ão expressões como culpa do lesado, autorresponsabilidade, conculpabilidade do lesado, corresponsabilidade da vítima, conduta do lesado, culpa concorrente, entre outras.

Essa fixação terminológica inspira-se no direito Português e objetiva recortar e dar margens ao tema.

Sobre a fixação terminológica na doutrina estrangeira, Brandão Proença<sup>5</sup> anotou:

“A doutrina estrangeira, parece dar primazia à expressão utilizada entre nós por Ribeiro de Faria, também emprega amiúde o termo “corresponsabilidade do lesado” (*Mitverantwortung des Verletzten* ou *Mithaftung des Geshadigten*), sendo mais clássica a referência a uma *eigenes Verchulden* (culpa própria).

Não querendo salientar exclusivamente a situação em que o dano é fruto do concurso de condutas do lesante e do lesado, doutrinas francesa

<sup>4</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**, tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. - Imprenta: Campinas, SP, Bookseller, 2009, página 16

<sup>5</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 83

e suíça empregam expressões como *fait de la victime* e *Selbstverschulden*, dotadas de maior flexibilidade, para se adaptarem, consoante os casos, às hipóteses de concausalidade culposa e não culposa e à causalidade exclusiva.”

Ainda sobre a fixação da terminologia, é importante anotar que no direito brasileiro muito se confunde a conduta do lesado com o termo concausalidade ou concorrência de culpa, sendo impreciso confundir as duas disciplinas.

Quando se trata de concausalidade pode se estar tratando tanto da conduta de mais de um agente lesante quanto da participação do lesado, sendo os aspectos jurídicos da conduta do lesado um recorte pertencente à concausalidade.

## 1. Fundamentos jurídicos da corresponsabilidade do lesado na responsabilidade civil

A corresponsabilidade do lesado trata da hipótese de que a conduta da vítima contribuiu de forma eficaz e suficiente à prática do dano, sendo atribuída a ela parcela da responsabilidade pelo evento danoso, conforme consta na legislação brasileira no artigo 945 do Código Civil: *se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*

O referido artigo absorve a disciplina da corresponsabilidade do lesado. Segundo Brandão Proença, este figura jurídica pressupõe uma relação interindividual, exige o confronto entre duas liberdades, sopesa, sem discriminações, duas condutas igualmente censuráveis, e aglutina qualquer lesado e qualquer dano em um sistema uniforme, sujeito a princípios idênticos aos que são aplicáveis à conduta do lesante<sup>6</sup>.

Ao comentar o artigo 945 do Código Civil Brasileiro, Cláudio Godoy<sup>7</sup> infere que o dispositivo é fruto de um amadurecimento de uma figura jurídica, já consagrado pela academia jurídica e pelas decisões judiciais, *in verbis*:

*“O preceito traz, para o texto positivo do CC/02, a consagração, há muito preservada na doutrina e na jurisprudência, da correspondência de culpas, aliás a revelar que o grau de culpa do ofensor não foi sempre indiferente à fixação da indenização civil. No caso, tem-se o evento danoso resultante de conduta culposa de ambas as partes nele envolvidas. Lesante e lesado são reciprocamente, de modo que as indenizações por eles devidas haverão de ser fixadas em consideração do grau de culpa daqueles que concorreram com o fato. E isso sem que a repartição se faça necessariamente em partes iguais, ao argumento de que, se a indenização se mede, como regra, pela extensão do dano, assim, havendo culpas comuns, só restaria reduzir a indenização pela metade”.*

---

<sup>6</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 829.

<sup>7</sup> PELUZO, Cezar (Coordenador). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002 – 2 edição revisada e atualizada. – Barueri, SP: Manoele, página, 885

Almeida Costa<sup>8</sup> alerta que a corresponsabilidade do lesado inclui participações da vítima as quais efetivamente tenham contribuído para o dano, excluindo-se aquelas que não mereçam um juízo de reprovação ou censura, *in verbis*:

*Pode acontecer que o lesado tenha contribuído para produção ou simples agravamento dos prejuízos por ele sofridos e de que outrem seja o responsável. Haverá então, conculpabilidade ou corresponsabilidade entre a pessoa obrigada a reparar um dano e a que tem direito a essa reparação. A formulação legal afasta, pois os atos do lesado que, embora constituindo concausa do dano, não mereçam um juízo de reprovação ou censura. Quer dizer, a redução ou exclusão da indenização só ocorre quando o prejudicado não adote a conduta exigível com que poderia ter evitado a produção do dano ou o agravamento dos seus efeitos.*

Muito embora o doutrinador português refira-se à aplicação na legislação lusitana, a mesma ponderação é válida ao direito brasileiro e será melhor explicitada no tópico referente ao nexo de causalidade.

Parece intuitiva e natural uma solução de distribuição do dano para que se evite extremismos de uma tutela excessiva do lesante mediante a exclusão da indenização ou do lesado mediante a obtenção plena da indenização.

Esta solução-regra de equilíbrio, que deve nortear o regime da corresponsabilidade da vítima, levou Piero Giolla<sup>9</sup> a afirmar que “se o legislador tem ódio ao lesante, também o lesado não lhe merece simpatia se foi cocausador do seu próprio dano”.

Por essa ótica, o operador do direito não deve simplesmente analisar a reparação do dano ignorando a possibilidade de participação da própria vítima. É bem verdade que por guardar relação direta com o inesperado e com o indesejado, é possível afirmar que a responsabilidade civil extracontratual é disciplina mais dinâmica do direito privado.

<sup>8</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações** – 12º ed., página 782.

<sup>9</sup> GIOLLA, Piero. **Valutazione del danno persona nella responsabilità civile**, Milano, 1957, página 22 *apud* PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Página 103

Pablo Frota<sup>10</sup> faz uma leitura sobre a responsabilidade civil nos dias atuais: A sociedade contemporânea é plasmada por significantes como desassossego, globalização, medo, risco, hiperconsumo e, por que não, danos. Esses significantes projetam significados diversos, mas convergentes em um ponto: o evento danoso propaga-se geometricamente por meio de danos anônimos ou conhecidos, a tornar tal situação ordinária e permanente no cotidiano social brasileiro.

O certo é que quanto mais complexa é a sociedade, mais ampla é a importância da responsabilidade extracontratual, e quanto mais interligações causais ocorrerem, maiores serão as vertentes para estudo da corresponsabilidade.

Nesse sentido, não é difícil citar exemplos que mostrem uma imagem impressionante da temática sobre concausalidade da vítima. (I) Uma pessoa atravessa uma estrada sem a necessária atenção, sendo atropelado por um automóvel; (II) Um condutor de um veículo dirige distraído, não reparando em uma criança de cinco anos que jogava futebol na rua e não estava sendo cuidada pelos pais; (III) um operário cai do andaime por imprudência sua e mau estado da estrutura; (IV) um incêndio ocorre no prédio, ameaçando propagar-se para o prédio vizinho, mas o dono mantém-se inerte; (V) um jovem resolve praticar “surf ferroviário” em um prestadora do serviço de transporte ferroviário, concessionária de serviço público, e vem a falecer<sup>11</sup>; (VI) uma pessoa é vítima de uma lesão corporal e, embora a intervenção cirúrgica diminua a extensão danosa, recusa-se a sofrer essa operação; (VII) um iniciante em esporte radical não respeita os limites ensinados pelos instrutores e vem a sofrer danos; (VIII) O dono de um quadro valioso não informa o transportador da fragilidade e do valor da pintura, vindo essa a sofrer danos irreparáveis em virtude da execução negligente do serviço<sup>12</sup>; (IX) Um consumidor ingeriu um alimento estragado, apesar de ter percebido seu mau estado; (X) uma namorada compartilha imagens sensuais via webcam e depois de encerrado o relacionamento o ex-namorado compartilha as imagens com terceiros<sup>13</sup>.

Analisando esses casos e exemplos, percebe-se, na maioria deles, conduta negligente da vítima, atitude descuidada de seus interesses. Se na hipótese (I) existe um concurso simultâneo

---

<sup>10</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos**. Curitiba 2013, página 255

<sup>11</sup> Um exemplo deste caso pode ser o REsp 1172421/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 19/09/2012

<sup>12</sup> Exemplo do livro *PROENÇA, José Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, página 27

<sup>13</sup> Processo nº 2502627-65.2009.8.13.0701 TJMG (Des. José Marcos Vieira) 2015

de concausalidade, no caso (II) coloca-se o debate referente à conduta dos inimputáveis e de seu responsável legal.

A situação descrita no relato (III) exige a verificação de casos envolvendo acidente do trabalho e concurso sucessivo de conduta na produção do dano. No (IV) e (VIII) destaca-se o debate envolvendo responsabilidade objetiva do lesante perante uma conduta culposa dos lesados. Na situação (V), a ação lesiva consumou-se, vindo o lesado a não reduzir o dano ou a agravá-lo no período posterior àquela concretização.

O fato descrito no relato (VI) exemplifica casos do dano causado a si mesmo. A situação (VII) caracteriza uma probabilidade da lesão, do perigo de um dano extremamente elevado, sem que o dono do quadro tome as devidas providências para precaver o problema<sup>14</sup>. O último fato relatado, (X) traz um exemplo da corresponsabilidade do lesado e sua relação com novas tecnologias.

Além dos exemplos demonstrativos, anote-se que o Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup> entende ser cabível a aplicação dos mecanismos de corresponsabilidade do lesado, com a consequente redução da indenização prevista do artigo 945 do Código Civil, também para a responsabilidade contratual, ou seja, a disciplina contribui com soluções aos diferentes tipos de casos.

A partir da análise das situações anteriores, constata-se uma heterogeneidade de questões envolvendo a corresponsabilidade do lesado, fio condutor do presente estudo. É imprescindível o enfrentamento detalhado dos temas apresentados até aqui e de outros, para que se encontre o equilíbrio no direito do coautor do dano na requisição de indenização.

Nesse sentido, torna-se importante pontuar os fundamentos históricos no ordenamento jurídico da temática da corresponsabilidade do lesado.

Segundo Brandão Proença<sup>16</sup>, a conduta do lesado na responsabilidade civil foi situada modernamente, como princípio ordenador, ao lado dos princípios naturalísticos (*casum sentit dominus*) e responsabilizante, sofrendo mutações histórico-jurídicas que o converteram, sucessivamente, num instrumento de exclusão da *iniuria* (no direito romano); numa fonte de interrupção causal (com a Pandectística); num reflexo das *cleans hands* (no direito anglo-

<sup>14</sup> Segundo PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, página 28 é a formula empregue pelo legislador alemão no §254 II BGB

<sup>15</sup> REsp 725.963/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 18/05/2010

<sup>16</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Almedina, 1997, página 828

saxônico particularmente até 1945) e num modelo mais ou menos sancionatório e de feição ponderativa, constituído à semelhança do critério responsabilizante.

Anote-se que, segundo Rolf Keller<sup>17</sup>, já anteriormente ao Direito Romano a “culpa” do lesado tinha sido considerada na legislação dos Hititas e de Esnunna (1825 a 1787 a.c), capital de um dos Estados surgidos do desmembramento do Império da III dinastia de Ur e que se situava a norte do rio Tigre.

Superada essa questão, a hipótese que deve ser respondida é se a corresponsabilidade do lesado serviu no direito romano<sup>18</sup> de efeito atenuante ou excludente da indenização decorrente da responsabilidade do autor no dano.

Em verdade, existe controvérsia sobre a utilização ou não no direito romano. Conforme San Martin Neira, a maior parte da doutrina sustenta que sua criação advém com a Pandectística e seus principais juristas, os quais adaptaram passagens do Corpus Iuris, afirmando que no Direito Romano se adotava o modelo jurídico do “tudo ou nada”<sup>19</sup>. Em contrapartida, uma parte minoritária da doutrina sustenta que no Direito Romano já se utilizava da culpa concorrente para mitigar a pena do lesante, *in verbis*:

*“Una opinión generalizada sostiene que en derecho romano se habría aplicado el principio de compensación de culpas con su resultado todo o nada; sin embargo, la expresión compensación de culpas, con el valor aquí atribuido, no se encuentra en las fuentes romanas, sino que es producto del trabajo de los juristas medievales, quienes la forjaron a partir de la interpretación de diversos pasajes del Corpus Iuris que aluden a la culpa de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad del agente.”<sup>20</sup>*

A mesma autora defende não ser possível afirmar que não se aplicava a compensação de culpas no Direito Romano; pelo contrário, defende que, em casos específicos no Digesto, haveria incidência da compensação de culpas, *in verbis*:

*“Sin embargo, todos esos pasajes pueden ser explicados a la luz de otras reglas. Así, en algunos casos falta el elemento iniuria, requisito esencial de*

---

<sup>18</sup> KELLER, Roff. **Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht**, Präzis, 1965, página 65 *apud* PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**, página 337.

<sup>19</sup> Caso fosse identificado qualquer nível de culpa do lesado, o lesante não responderia pelo dano

<sup>20</sup> NEIRA, Lilian C. San Martín. **La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas**. Rev. Derecho Privado n.º.27 Bogotá July/Dec. 2014

*la responsabilidad aquiliana, en otros se configura una asunción de riesgos de parte de la víctima, o bien se trata de la aplicación de otras reglas tales como lautilitas contrahentium. En consecuencia, a partir de tales pasajes no es posible concluir que en Roma se aplicaba el principio compensación de culpas o regla de todo o nada. Al contrario, en este trabajo ha quedado demostrado que en el Digesto se encuentran casos en que opera un reparto de la responsabilidad entre víctima y agente.”*

San Martin Neira<sup>21</sup> elenca exemplos de trechos do Digesto que serviram de inspiração para que se possa atribuir essa proporcionalidade:

*“Estos casos presentan como característica común la posibilidad de establecer una división objetiva del riesgo que corresponde soportar a la víctima, ya sea porque recae sobre una cosa divisible, como el dinero, o bien porque hay lugar a una fragmentación ideal sobre la base de los diferentes capítulos de la lex Aquilia. Así, el reparto se realiza mediante la conexión causal entre la conducta de la víctima y aquella específica parte de riesgo que le corresponde soportar. De ahí que la principal preocupación fuera establecer criterios objetivos que permitieran hacer dicha conexión. Así, en D. 14.1.7 pr. el reparto se hace sobre la base de la necesidad del dinero prestado: el prestamista tiene derecho a recuperar solo hasta el monto necesario para realizar las reparaciones de la nave. Por su parte, en D. 9.2.52 pr. el reparto se logra mediante la adscripción del daño al específico título de la lex Aquilia: el agente responde por las heridas, mientras que el dominus soporta la muerte del esclavo.*

*No hemos logrado identificar casos en que se realizara un reparto de responsabilidad sobre la base de criterios subjetivos, aplicables a casos en que no fuera posibilidad de evitar el daño, que conserva el nexo causal con el hecho del agente. Sin embargo, el dueño tiene derecho a aquella parte de daño provocada por las heridas, fenómeno que él llama ‘parziale compensazione delle colpe’”.*

Brandão Proença<sup>22</sup>, ao analisar estudos de possíveis aplicações da corresponsabilidade do lesado no direito romano, conclui não se tratar de compensações de culpas os exemplos citados pela doutrina no Digesto, especificamente nos textos de Ulpianus, Paulus, Papinianus e Marcianus, quer no sentido tradicional de anulação de uma culpa por outra, quer no significado mais rigoroso e moderno de um processo de ponderação de culpas e de consequente deslocação do dano.

---

<sup>21</sup> Idem 10

<sup>22</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 347

Segundo a perspectiva de Cuturi<sup>23</sup>, a ideia de compensação de culpas terá sido fruto da lógica escolarística e da interpretação meramente exegética feita pelos glosadores. Aos pós-glosadores, como Bartolo e Baldo, teria cabido a tarefa de explicitarem uma genérica “compensação de culpas” e, na parte que nos interessa, de mostrarem a influência jurídica de uma *eadem causa* na eficácia da ação, a partir da contrariedade moral e da ordem jurídica de um procedimento processual relativamente ao qual o lesado não tinha as mãos limpas.

Antes disso, porém, é fundamental tratar da influência do pensamento jusracionalista na consagração do princípio da “ponderação das culpas” nas codificações dos séculos XVIII e XIX.

Segundo Castresana<sup>24</sup>, foi Christian Wolff, o primeiro a fazer quebrar a firme tese sobre a exclusão de responsabilidade *ex damno* quando ocorre a concorrência de culpa do lesante e do lesado. Wolff afasta definitivamente o dogma romanístico do "tudo ou nada", admitindo o critério da igualdade de tratamento cujo resultado admite a redução indenizatória.

Segundo Brandão Proença<sup>25</sup>, a teoria de Wolff deu base para a redação do § 1304, Código Civil Austríaco de 1811:

*“Lendo o § 1304 do ABGB de 1811, nota-se o acolhimento manifesto do pensamento jusnaturalista (máxime de WOLFF) e a primeira expressão moderna do princípio da concorrência de culpas. O preceito austríaco – ligado ao racionalista F. VON ZELLER – consagra basicamente um critério assente na proporcionalidade (das culpas), em ordem a repartir o dano resultante do concurso de condutas e estabelece, como solução subsidiária, por influência do projeto MARTINI (discípulo de Wolff), uma partilha em partes iguais. Contudo o teor do § 1304 surgira, como resultado da proporcionalidade, uma mera redução de indenização, a liberdade de decisão conferida implicitamente ao Juiz permite afirmar, que o resultado de sua aplicação do preceito podia implicar a exclusão ou a concessão plena do quantum indenizatório.”*

A adoção do critério de repartição do dano foi estabelecido em moldes semelhantes ou próximos do Código Austríaco, sucessivamente, no § 2º do Artigo 1º do Código Penal Sueco

<sup>23</sup> CUTURI, Torquato. **Trattato delle compensazioni nel diritto privato** italiano / Torquato Cuturi. -- Milano: Società, 1909, página 428 apud PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 347

<sup>24</sup> CASTRESANA, Amelia. **Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana**, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, página. 77.

<sup>25</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 359

de 1864, no § 2º do artigo 2398 do Código de Seabra de 1867, no artigo 51º §2 do Código Suíço das Obrigações de 1881 – correspondente ao artigo 44º §1 do Código de 1911 – no § 1 II do Código Penal Finlandês e no § 254 do BGB Alemão em 1896.

Em verdade, a concorrência de causas amadureceu e foi lapidado de forma linear somente no Séculos XVIII e XIX, com os intérpretes alemães do *Corpus Iuris Civilis*, na Escola que ficou conhecida como “Ciência das Pandectas” e na linha iniciada pela chamada Escola Histórica, como oposição à reação ao pensamento jusracionalista e ao estudo das fontes romanas originárias, onde se procurou afirmar, um princípio geral ou *superior de compensação de culpas*<sup>26</sup>.

Ainda conforme Brandão Proença, de uma forma geral, pode-se dizer que os pandectistas tiveram o mérito de haver “purificado” o conceito e cindido a “compensação de culpas” nos problemas da extensão danosa e do concurso da culpa do lesado com o critério de responsabilidade, não obstante, em seu abstracionismo, tenham subvalorizado esse último componente.

Dentre os autores pandectistas que se destacaram na criação da disciplina da corresponsabilidade do lesado, está, primeiramente, Mommsen, o qual considerava que a conduta do lesado podia “concorrer” simultaneamente com a do lesante (embora sem efeitos positivos) ou, pura e simplesmente, influir no nexos entre o evento responsabilizante e o próprio dano. Demelius teceu críticas ao pensamento de Mommsen por entender ser restritivista e demasiadamente racional ao articular o dano extracontratual com a *vontade ilícita do lesante*, como se incidisse a redução da indenização quando o lesado houvesse *desejado o dano*.

A objeção principal feita a Demelius, é que sua teoria alarga excessivamente o âmbito natural do consentimento do lesado dirimindo o concurso das duas condutas de vontade.

Já Alfred Pernice adotou uma linha de análise causal mais profunda que Mommsen, procurando justificar a compensação de culpas de idêntica gravidade com a ideia da interrupção do nexos entre a culpa e o evento lesivo, sendo certo que essa noção podia aplicar-se aos casos em que interviesse uma segunda causa desencadeada pelo lesado<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Idem 24, página 347

<sup>27</sup> Segundo PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 350 lembra Alfred Pernice (1841 – 1901), natural de Berlim, na Alemanha, autor do livro *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*

Importante referir que L. Von. Bar<sup>28</sup> contribuiu com a distinção entre causa (a conduta do lesado *diligentia diligentes*) e condição, e também afastou a “quebra da imputação causal” para as condutas *erradas* do lesado ou “objetivamente inadequadas”.

Mas é com Wendt<sup>29</sup> que se nota a demarcação das fontes romanas e a entrada no vestíbulo da “jurisprudência dos interesses”, havendo uma evolução na abordagem do problema da clamada “compensação de culpas” para “ponderação” de duas grandezas como influência da culpa do lesado no efeito jurídico da culpa do lesante, e não como domínio da *interrupção* causal. Wendt, portanto, percebeu, diferentemente de Mommsen, Demelius, Pernice e L. Von. Bar que a culpa do lesado *justifica* a libertação do responsável sem culpa, mas não apaga a culpa do lesante, já que a primeira culpa não tem todas as características da culpa do lesante, não sendo a “compensação de culpas” mais do que uma “contrapesagem”.

Veja-se, portanto, que o caminho da consolidação e maturação da disciplina da corresponsabilidade do lesado foi resultado da evolução de estudos jurídicos que percorreram importantes caminhos até poder oferecer soluções ao direito brasileiro.

Nesse sentido, a influência do ordenamento jurídico Europeu fez-se sentir no Brasil muito antes da inserção do artigo 945 no Código Civil de 2002, embora a figura jurídica “culpa concorrente” já estivesse presente tanto na jurisprudência quanto na Doutrina de direito privado desde meados do Século XX, sempre citando a Legislação Europeia.

Os primeiros acórdãos do Supremo Tribunal Federal com a expressão “culpa concorrente” são datados do ano de 1942, e tiveram início na sua aplicação para caracterizar a solidariedade entre lesantes, sem focar na conduta do culpado<sup>30</sup>.

Mas o primeiro caso<sup>31</sup> em que foi apreciada a teoria da culpa concorrente da vítima por uma instância superior, ocorreu na ACi 8069, perante o Supremo Tribunal Federal, em

---

<sup>28</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 351 cita L. Von. Bar (1836 – 1913), natural de Hanover, na Alemanha, autor do livro *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte (A doutrina da causalidade na lei, 1871)*

<sup>29</sup> Segundo PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 351 cita Otto Wendt (1846-1911), natural da Alemanha, autor do livro *eigenes Verschulden*

<sup>30</sup> RE 6197. RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. BARROS BARRETO. Julgamento: 28/09/1942 - Coletânea de Acórdãos nº 224 página 91. Parte(s) RECORRENTE: STANDARD OIL CO. OF BRASIL - RECORRIDOS: MINERVINA DA COSTA COUTO E OUTROS Responsabilidade civil do patrão, na reparação do ato danoso provocado pelo preposto - Art. 75, 2ª parte, do Código Comercial, e art. 1521 C/C arts. 159 e 1523 do Código Civil - Diversidade de julgados - Prova plena e objetivo da culpa concorrente da preponente, 'in eligendo' - Conhece-se do recurso, mas nega-se-lhe provimento.

<sup>31</sup> ACi 8069 APELAÇÃO CÍVEL Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO Julgamento: 20/04/1943

juízo ocorrido no dia 20 de Abril de 1943. O Relator do caso foi o Ministro Orozimbo Nonato<sup>32</sup>, que afirmou: *a culpa da vítima, é certo, atenua a responsabilidade do réu, sem excluí-la*, mas deixou de mitigar a indenização por considerar branda a culpa da vítima, no caso concreto.

No caso em tela foi proposta ação indenizatória pela viúva Amélia Marques de Antônio Fernandes da Silva, contra a estrada de Ferro Central do Brasil, atribuindo culpa ao maquinista que deixou de apitar anunciando o trem, como lhe competia, e também da estrada, por outras circunstâncias constantes nos autos. O Magistrado de primeira instância julgou procedente o processo judicial.

Ao analisar a culpa concorrente da vítima, o Ministro Orozimo Nonato, baseou-se no direito comparado para firmar sua aplicabilidade:

*“A culpa da vítima, é certo, atenua a responsabilidade do réu, sem excluí-la (vide Cuturi, Compensazioni, n. 222; Elie Cassvan, Les Clauses de non Resp., n. 291; Chironi, Colpa Est. Cont., II, n. 537; Fromageot, Faute, 47, Cód. Austríaco, § 1.304; Cód. Fed. Suíço de Obrigs., art. 51; Cód. Alemão, § 254, etc.).*

*Nem a ausência de texto legal expresso, entre nós, a respeito serviria de fundamento à recusa de princípio, vogante na doutrina, como a propósito do direito francês, também no caso, omissis, concluiu Demogue (Obligations, vol. IV, p. 510, n. 795 in fine).*

*Mas no caso, levando em consideração a contribuição da vítima em comparação com a do autor, tem o juiz natural a liberdade de apreciação..., dadas as circunstâncias e eliminar a responsabilidade do réu completamente como a não levar em consideração a da vítima. E a circunstância dos autos com relação a contribuição da vítima para o sinistro...incumbem a justiça de se tomar o ultimo alvitre. É o que faço negando seguimento ao recurso.”*

---

Coletânea de Acórdãos nº 389 página 1 Parte(s)

RECORRENTE EX-OFFICIO: O JUIZ DOS FEITOS DA FAZENDA.

APELANTE: A ESTRADA DE FERRO CENTRAL DO BRASIL.

APELADA: AMELIA DA SILVA MARQUES.

Ementa - Recurso 'ex officio' nas causas em que contende a Estrada de Ferro Central do Brasil.

Indenização - Culpa concorrente da vítima.

<sup>32</sup> Renomado civilista, foi Livre-Docente e, posteriormente, Professor Catedrático, por concurso, de Direito Civil da Faculdade de Direito de Minas Gerais (1925-1940), tendo lecionado a mesma matéria na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do antigo Distrito Federal. Elaborou duas teses consagradas: Da Coação como Defeito do Ato Jurídico e Testamento – Conceito e Características.

Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, por decreto de 6 de maio de 1941, do Presidente Getúlio Vargas, para a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Armando de Alencar, tomou posse em 21 do mesmo mês. Foi eleito Vice-Presidente em 9 de maio de 1951 e reeleito em 28 de abril de 1954. Com a aposentadoria do Ministro José Linhares, foi eleito Presidente do Supremo Tribunal Federal, assumindo o cargo em 30 de janeiro de 1956 e sendo reconduzido por seus pares em 29 de janeiro de 1958. (Fonte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br))

No livro sobre Memória jurisprudencial do Ministro Orozimbo Nonato<sup>33</sup> foi anotada sua inovação jurisprudencial:

*“Mais uma vez, o direito positivo não oferecia, de modo expresso, solução para a questão. Ainda assim, sustentou o Ministro Orozimbo Nonato que a culpa concorrente da vítima pode, em face das circunstâncias, atenuar ou afastar a responsabilidade do Estado. Admitiu, porém, a liberdade da autoridade judicial para aferir os contornos da situação fática sub judice e, portanto, desconsiderar a responsabilidade do Estado ou mesmo da vítima.*

*Não comprovada a participação da vítima, julgou o Ministro Orozimbo Nonato, com o apoio de seus pares, que a União deveria — no precedente a que se refere o voto acima transcrito — ser condenada a indenizar o total do dano.”*

Entende-se relevante destacar que o direito brasileiro viveu mudanças profundas a partir da Constituição Federal de 1988, com certos reflexos na responsabilidade civil<sup>34</sup>. Uma linha de doutrinadores denomina de “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, ou simplesmente “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, produzindo, segundo esta linha de entendimento, profundo impacto no direito privado brasileiro e, por consequência, na responsabilidade civil.

Este viés constitucionalista do direito privado visa a uma preocupação legítima com a proteção da vítima de danos dos quais se reclamam reparação, afastando-se, assim, em certos casos, a exigência de demonstração de culpa do responsável.

Esta anotação é relevante, pois junto com esse entendimento existe um encaminhamento para proteção do lesado, com um teórico abandono de assunção de corresponsabilidades. Arnold Wald<sup>35</sup> apontou que “os juristas escrevem: devemos abandonar a ideia de culpa, é uma ideia antiga, o progresso a substituiu pela ideia do risco. Ousariam eles escrever: devemos

<sup>33</sup> **Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato** / Roger Stiefelmann Leal. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. – (Série memória jurisprudencial), página 74.

<sup>34</sup> Segundo análise de Bruno Miragem, “no Brasil o direito privado passa nas últimas décadas por uma intensa renovação a partir da ativa participação da jurisprudência e da doutrina sob o influxo da Constituição de 1988 e da valorização dos direitos fundamentais às relações privadas. Esse fenômeno, conhecido como eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou simplesmente eficácia horizontal dos direitos fundamentais, produz profundo impacto no direito privado brasileiro e, por consequência, sobre a responsabilidade civil. Ao se destacar a importância da Constituição com centro do ordenamento jurídico promove-se uma maior repercussão prática da proteção dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado”.

<sup>35</sup> WALD, Arnoldo. **A evolução da responsabilidade civil e dos contratos nos direitos francês e brasileiro**. In: Revista Forense, v. 101, nº 382. Rio de Janeiro, página 24.

esquecer que o homem deve proceder bem, devemos dizer-lhe conduze-te como quiseres, por tua conta e risco, desde que pagues pelo dano causado”.

Na mesma linha, Ripert<sup>36</sup>, ao analisar a progressão histórica da responsabilidade objetiva afirmou: *a força de propor e estabelecer construções técnicas, acabou-se por se esquecer o seu verdadeiro caráter. Eram meios, tornaram-nos princípios e começaram a dizer que podia haver uma responsabilidade sem culpa.*

Não se quer, contudo, negar a inter-relação entre o direito privado e os direitos fundamentais-constitucionais, fenômeno este estudado e estruturado em diversos ordenamentos jurídicos, como destacou Claus-Wilhelm Canaris<sup>37</sup>.

No decorrer desta dissertação, será demonstrado que mesmo quando não incidir a citação literal da disciplina da concausalidade da vítima por certos instrumentos jurídicos, como o Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência demonstrou ser o critério da redução da indenização prevalente, mesmo nos casos da responsabilidade objetiva. Isto porque existe uma desconexão entre o apontamento da natureza jurídica da conduta do lesante e do lesado, podendo o causador do dano responder objetivamente pelo dano e a participação da vítima ser analisada pela ótica da responsabilidade subjetiva.

Portanto, a corresponsabilidade do lesado no direito dos danos como critério redutor da indenização foi alicerçada na era Pandectística, influenciando as codificações cíveis dos países Europeus e a inserção no direito brasileiro desde as primeiras decisões jurisprudenciais.

Conforme foi demonstrado, começou-se a traçar as linhas essenciais da chamada corresponsabilidade do lesado delimitando sua definição acadêmica, previsão legal, seus contornos históricos focados na sua criação pela Pandectística e a forma como foi adotada pelo direito brasileiro através das decisões do Supremo Tribunal Federal.

No tópico a seguir, analisar-se-á a interligação da corresponsabilidade do lesado a sua interligação com o dano, demonstrando-se que se a pessoa suporta os danos que causa a si mesma, deve suportar, em parte, os danos que causou decisivamente

---

<sup>36</sup> RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis, tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. - Imprensa: Campinas, SP, Bookseller, 2009, página 209.

<sup>37</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, 1937 – **Direitos fundamentais e direito privado**. 2º reimp. Almedina, 2009, página 20-21.

## 1.1 A corresponsabilidade do lesado e o dano

Segundo Clovis do Couto e Silva<sup>38</sup>, sem que se estabeleça noção de dano não se pode ter uma ideia exata da responsabilidade civil em um determinado país.

A palavra ‘dano’ provém do latim *damnu*, significando, em resumo, a presença de um prejuízo real, um mal, um detrimento, uma perda a alguém, e como vimos anteriormente, desde o direito romano, é plenamente admitida a reparação do dano.

Ao pontuar a noção naturalista de dano, Clovis do Couto e Silva<sup>39</sup> relaciona o conceito jurídico de dano à perda patrimonial:

*A concepção de dano era, tradicionalmente, uma noção naturalista, vale dizer, considerava-se o dano que um bem determinado sofreu. É preciso levar em consideração o fato de o dano a bem determinado ser também dano ao patrimônio. Esta distinção não parece ter nenhuma implicação com as soluções práticas. Se observarmos que o dano deve ser mensurado pela diferença entre a situação patrimonial anterior e posterior à sua existência, verificar-se-á que esta noção ganha em importância. Se o bem, objeto de uma lesão, não tem nenhum valor patrimonial, poder-se-ia afirmar que o dano não pode ser considerado como tal, sob o ponto de vista jurídico. Mas se o Direito permite que a reparação tenha por objeto não somente a indenização stricto sensu, mas, também, a restituição in natura, a teoria da diferença perde em grande medida a sua importância”.*

É importante frisar que o estudo do dano na reponsabilidade civil deixou de ter um papel coadjuvante e passou a desempenhar papel principal.

Segundo Bruno Miragem<sup>40</sup>, a noção de dano toma o sentido de perda, lesão a um patrimônio, compreendido em sentido amplo como conjunto de bens e direitos de que seja titular a pessoa. É lesão a interesses juridicamente protegidos.

---

<sup>38</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado**. RT, 667/07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, página 9

<sup>39</sup> Idem 37, página 10.

<sup>40</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil** – São Paulo: Saraiva 2015, página 155.

Sob a ótica da análise econômica do direito, ensina Tavano “... o dano é um ‘antibem’... [pois] ... os bens produzem utilidade para os seus donos, enquanto os danos ocasionam uma perda de utilidade ... [e] ... o conceito de bem está ligado ao de externalidade econômica”<sup>41</sup>.

A figura jurídica do dano tem previsão legal no *caput* do artigo 944 do Código Civil Brasileiro que dispõe medir-se a indenização pela extensão do dano, dando fundamento legal ao princípio da reparação integral da perda, trazendo a proteção da vítima para o centro do instituto da responsabilidade civil.

Segundo Almeida Costa<sup>42</sup>, distingue-se danos patrimoniais e danos não patrimoniais, consoante sejam ou não suscetíveis de avaliação pecuniária. Quer dizer, os primeiros, porque incidem sobre interesses de natureza material ou econômica, refletem-se no patrimônio do lesado; ao contrário dos últimos, que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral.

Sobre os danos patrimoniais e corresponsabilidade do lesado existe uma construção doutrinária e jurisprudencial concreta, não restando dúvida sobre a sua aplicabilidade, devendo ser ampliado o estudo para os danos extrapatrimoniais, destacando-se os danos morais, a imagem, a honra, a saúde e a estética.

No Direito brasileiro, há, em duas disposições, o reconhecimento expresso da reparação em razão do dano moral: a primeira, no art. 5.º, V, da CF: “É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral e à imagem”. A segunda, no art. 5.º inciso X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.<sup>43</sup>

Anote-se que o Superior Tribunal de Justiça aplica sem distinção o artigo 945 do Código Civil, tanto para danos materiais quanto para danos morais, mesmo quando estes não estão conjugados.

Pode-se citar exemplo o precedente<sup>44</sup> no qual a recorrente fez jus à indenização por dano moral em razão de o banco, motivado pelo encerramento da contracorrente, ter inscrito e

---

<sup>41</sup> TAVANO, María Josefina. **Los Presupuestos de La Responsabilidad Civil**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011 citado e traduzido em SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – dezembro 2014, página 81

<sup>42</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. Direito das obrigações – 12º ed. Ver .e act., 2009, página 594.

<sup>43</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado**. RT, 667/07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, página 7

<sup>44</sup> REsp 494.370-RS, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 17/6/2003 (Precedente citado: REsp 331.181-RJ, DJ 4/2/2002).

mantido seu nome no Serasa, porquanto o cheque em questão fora furtado e emitido por terceiro, cuja assinatura não coincidia com a sua; contudo, o Ministro Relator Ruy Rosado entendeu que não há como se afastar a culpa concorrente, visto que o recorrente deixou de comunicar a tempo o furto ocorrido.

Para analisar a conduta do lesado como critério de imputação do dano, deve-se analisar também, com um olhar sobre o lesado, o que, por consequência, leva ao dano fortuito e o princípio *casum sentit dominus*, onde o dano deve ser suportado pelo próprio lesado, e o dano causado a si mesmo e o princípio da imputação ao lesado<sup>45</sup>.

De acordo com as premissas apresentas neste item, se a pessoa suporta os danos que causa a si mesma, por maioria de razão deve suportar, em parte, os danos que causou decisivamente.<sup>46</sup>

### 1.1.1 Dano fortuito e o princípio *casum sentit dominus*

De acordo com as normas gerais da responsabilidade civil, o agente responderá pela sua ação ilícita e culposa ou por uma conduta lícita geradora de riscos específicos ou envolvendo dano para o titular de certos bens ou interesses, sacrificados em proveito individual ou social.

Ocorre que, como destaca Brandão Proença, em certas situações, o dano deve ser suportado pelo próprio lesado<sup>47</sup>:

*“Não integrando a conduta do lesante qualquer um destes critérios (de imputação do dano ao lesante), o dano será, em princípio suportado pelo próprio lesado, segundo o princípio casum sentit dominus ou de acordo com property rule, para utilizarmos a terminologia anglo-saxônico. Este princípio, o primeiro na ordem natural das coisas, não deixa de deslocar da esfera do lesado os chamados danos fortuitos relacionados com acontecimentos exteriores de tipo natural (tempestades, seca, aluimento de terras, ciclone, etc.), ou mais genericamente deixa o lesado sem um responsável”.*

Menezes Cordeiro justifica a possibilidade de perda do bem pelo fato de existir um risco inerente ao fato de ser portador de um direito, destacando o princípio *Ubi commoda, Ibi*

---

<sup>45</sup> A estruturação deste capítulo foi inspirada no livro de José Carlos Brandão Proença

<sup>46</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**, 403.

<sup>47</sup> Idem 45, página 89

*incommoda*, ou seja, aquele que desfruta vantagens ou benefícios de uma situação deve também suportar os prejuízos dela decorrentes, *in verbis*:

*É preciso não esquecer que a situação indiscutivelmente benéfica e favorável, inerente à titularidade de um direito subjetivo, necessariamente sujeita o respectivo ao risco de ver, de uma hora para outra, diminuída, ou, até mesmo, extinta a vantagem que aquela posição jurídica lhe oferece<sup>48</sup>”.*

*Em termos valorativos, a suportação do dano pela esfera onde ocorra corresponde, em geral, à solução mais justa. Qualquer dano pressupõe a prévia atribuição de uma vantagem em termos particularizados. Ao fazer correr ao beneficiado o risco de súbito desaparecimento de sua vantagem, o Direito dá livre curso a uma forma de justiça distributiva: ubi commoda, ibi incommoda. E a contraprova torna-se editicante: o fazer correr o risco por quem não tenha tido o benefício das vantagens, enquanto elas existiram, seria uma forma maior de injustiça.*

Pode-se dizer que, a propósito, vigora o princípio *casum sentit dominus*, consagrado, por exemplo, nos artigos 238 e 240, ambos do Código Civil Brasileiro: suporta o dano quem o sofreu, ou seja, o próprio titular do direito subjetivo prejudicado, quer se trate do proprietário do bem destruído ou danificado, quer se cuide de outrem que, sobre o mesmo bem, tenha qualquer direito.

A interligação entre o *casum sentit dominus* e o tema desta dissertação assenta em um raciocínio simples e lógico, pois no momento em que o lesado suporta, na sua esfera, os danos fortuitos e os relacionados com o seu agir, por maioria de razão deve suportar, pelo menos em parte, aqueles prejuízos que derivam da sua atuação e da do lesante<sup>49</sup>.

Concluindo, o fato de aquele que é atingido por um evento fortuito ou por uma infelicidade suportar esse dano tem relação direta com o tema deste estudo pois envolve a estruturação basilar principiológica das pessoas assumirem suas responsabilidades.

### **1.1.2 O dano causado a si mesmo como o princípio de imputação ao lesado**

<sup>48</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio, *Teoria Geral do Direito Civil*, 10 vol., página 416.

<sup>49</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Almedina, 1997, página 91

O ser humano, no uso do mesmo direito à liberdade positiva que o torna responsável perante o outro, mas sem estar sujeito, agora, a respeitar os limites dessa liberdade, pode expandir, a sua “loucura”, tendo uma atuação que respeite as regras de segurança ou que leve a procurar a aventura, o risco manifestamente acrescido. Se o acidente ocorre em um ato solidário, aquele que usa uma máquina perigosa ou produtos tóxicos, ou que pratica *bungee jumping*, exploração submarina, paraquedismo, voo livre, escalada, desportos de inverno acrobacias, e outras atividades arriscadas, o perigo voluntariamente assumido faz estabilizar o possível dano na esfera jurídica do lesado.

Segundo Brandão Proença<sup>50</sup>, a autolesão ou a colocação em perigo suscitam, quando muito, um sentimento social de reprovação contra a insensatez e temeridade do ato. Completa:

*Está igualmente dentro do círculo de liberdade da pessoa (enquanto Selbstverfügung) o consumo de drogas legais, a automutilação, o suicídio (ou a sua tentativa), a recusa em se tratar ou em dar consentimento para um ato médico, a destruição de bens patrimoniais ou a conservação-defesa negligente.*

Ocorre que, nem sempre, os terceiros são indiferentes a este tipo de atitude, gerando interesse na esfera jurídica e na coletividade, sendo que o Estado impõe limitações legais mesmo quando, em princípio, pareça não gerar danos a terceiros. Exemplos clássicos são a proibição da condução de veículos sem cinto de segurança, motocicleta sem capacetes, uso de medicamentos e outros.

A jurisprudência aponta casos em que o dano causado a si mesmo envolve responsabilidade de terceiros e, conseqüentemente, a aplicação do artigo 945 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça analisou, no REsp 971.845-DF<sup>51</sup>, um pedido de danos morais e materiais em decorrência de consumo de medicamento vendido como ativador do metabolismo cerebral, onde o autor tornou-se dependente do remédio, com compulsão incontrolável para o consumo, o que gerou-lhe muitas dívidas e o arruinou.

No caso em tela, a Ministra Nancy Andrigli, autora do Voto Vista condutor do Acórdão, entendeu que ... *ainda que o autor-recorrente tenha concorrido com culpa na dependência que adquiriu, ao ingerir o medicamento sem orientação médica, não é possível afirmar que a culpa*

---

<sup>50</sup> Idem 48, página 96

<sup>51</sup> Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrigli, julgado em 21/8/2008.

*foi exclusivamente do paciente. Há, no mínimo, atuação omissiva do Laboratório, que colocara em circulação um medicamento tão perigoso, com tão poucas advertências. Esse fato é de tal forma significativo, que gerou uma reação da Organização Mundial da Saúde para a correção da qualificação do medicamento, o que não pode ser ignorado neste julgamento.*

Salienta-se neste caso, o reconhecimento da concorrência de causas que geraram o dano, em face ao fato do lesado ter responsabilidade sobre si mesmo, inobstante ao laboratório ter sido omissivo ao colocar em circulação um remédio perigoso, sem o aviso adequado.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>52</sup>, por exemplo, responsabilizou empresa que explora o serviço de paraquedismo pela morte do praticante com base no risco da atividade, mas a indenização requerida pelos sucessores da vítima foi reduzida diante do fato do esporte ser de risco e ter ficado demonstrado que a própria vítima tentou fazer manobras arriscadas, conforme destacado pelo Relator do Processo no corpo do voto, *in verbis*:

*Dessa forma, caracterizada a responsabilidade dos requeridos, cabe a análise dos prejuízos suportados pelos autores em face da perda de um ente querido, porém não sem antes da aferir se a vítima concorreu para o evento.*

*Nesse passo, a minha conclusão é a mesma da sentença recorrida, porque conforme análise da prova, a vítima fez uma manobra inapropriada (curva à esquerda) para a altitude que se encontrava. Isso é bem esclarecido pela testemunha Everton Rosa do Nascimento (fl. 326):*

...

*Como referido no início da explanação, o esporte procurado por M. é de risco, o que exige do atleta a observância criteriosa das manobras a serem feitas.*

*Dessa forma, porque feita uma manobra proibida, contribuiu para a tragédia.*

*Na hipótese vertente, os danos morais sofridos pelos apelados são evidentes, na medida em que as conseqüências do fato foram as mais drásticas e funestas possíveis, haja vista que causou a morte da mãe do autor L., que contava à época do ocorrido com apenas onze anos de idade, e filha única da demandante M., trazendo imenso sofrimento e forte abalo emocional, eventos que bastam ao reconhecimento do dano moral. (nomes suprimidos)*

---

<sup>52</sup> Apelação Cível Nº 70021104179, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 09/10/2008

Conforme demonstrado, foi analisada a interligação da corresponsabilidade do lesado e a sua interligação com o dano, delimitando-a da zona do dano do infortúnio, do dano responsabilizante e do dano exclusivamente devido à liberdade do titular dos bens atingidos.

Em sequência, apresenta-se a corresponsabilidade do lesado e sua interligação com as funções da responsabilidade civil, como uma mitigação ao princípio da reparação integral do dano e um incentivo à precaução, pois o princípio da equidade requer que ambos os lados tenham cautela semelhante e equivalente.

## 1.2 A corresponsabilidade do lesado e as funções da responsabilidade civil

O estudo da corresponsabilidade do lesado tem interligação direta com o estudo das funções da responsabilidade civil. Neste item será analisada a função reparatória, ou seja, na finalidade de reparar os danos causados à vítima, fazendo com que a situação retorne, da forma mais adequada possível, *ao status quo ante* e a função preventiva de dissuadir as partes a cometer novos atos ilícitos.

Será demonstrado que a concausalidade da vítima significa por certo aspecto (1) uma mitigação ao princípio da reparação integral do dano e (2) um incentivo à precaução, pois requer que ambos os lados tenham cautela semelhante e equivalente.

Nesse diapasão, segundo Acciarri, a corresponsabilidade do lesado significa um importante ponto de tensão entre a função de reparação e a função de prevenção, pois a reparação integral significa incondicionalmente exclusão da causalidade dos atos da vítima; o incremento da prevenção, ao contrário, unicamente anuirá com essa exclusão quando a vítima não possa prevenir o dano de forma eficaz e somente por este motivo<sup>53</sup>.

Desse modo, os estudos da corresponsabilidade do lesado mostram-se úteis e instigantes, uma vez que não se pode estudar a reparação de um dano menosprezando a posição da contribuição causal da vítima.

Segundo Geneviève Viney<sup>54</sup>, em razão da permanente evolução da sociedade, é possível concluir que as alterações desse instituto serão ainda maiores no século XXI, entendendo que a

---

<sup>53</sup> ACCIARRI, Hugo. **La relacion de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños**. p. 212

<sup>54</sup>VINEY, Geneviève. **As tendências atuais do direito da responsabilidade civil**. In: TEPETINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, página 55

responsabilidade civil deverá diversificar suas funções, integrando os imperativos de dissuasão e de prevenção que foram um tanto negligenciados até então. Em outras palavras, será preciso que ‘vista uma nova pele’. Espera-se, em consequência, que os jovens juristas os quais responsabilizar-se-ão pelo direito futuro saibam demonstrar imaginação e clarividência a fim de propor as reformas que se impõem, e que os juízes, assim como os políticos, tenham a coragem de efetivar essas proposições.

É preciso delinear também, em linhas gerais, a noção jurídica de função na responsabilidade civil, que, conforme Acciarri<sup>55</sup>, está atrelada à necessidade de haver efetividade social para determinar certas consequências.

No caso da concausalidade, ou mesmo quando o Poder Judiciário tem um olhar especial para a conduta do lesado, aplicando as disposições previstas no artigo 945 do Código Civil se está querendo, também, prevenir que o lesado tenha redobrado sua cautela quanto a possíveis danos que possam lhe ser causados.

### **1.2.1 A função da reparação integral e a corresponsabilidade do lesado**

A indenização deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, mas não pode ultrapassá-lo para que também não sirva de causa para o seu enriquecimento injustificado, constituindo os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado o parâmetro para avaliação concreta da indenização<sup>56</sup>. Este é o conceito clássico do princípio da reparação integral do dano.

A análise da função reparatória ganha força na medida em que a concausalidade da vítima, significa exceção este princípio, obrigando o ordenamento jurídico a ter uma visão linear sobre a conduta das partes.

Segundo Genevievé Viney, a aplicação irrestrita do princípio da reparação plena do dano pode representar, em algumas situações, para o causador do evento danoso, um autêntico inferno de severidade<sup>57</sup> (*enfer serverité*) que se soma a um respeito, a um padrão de conduta leal e solidário.

---

<sup>55</sup> ACCIARRI, Hugo. **La relacion de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 176.

<sup>56</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**, página 57

<sup>57</sup> Citado por SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**, página 80

Ao prefaciар a livro de Paulo de Tarso Sanseverino<sup>58</sup>, Judith Martins-Costa afirma com propriedade que o princípio em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, que agrega ao valor fundante dessa disciplina o valor sistemático e o valor dogmático. Os danos se diferem em puramente materiais, danos pessoais (ofensa a vida ou a saúde) e danos extrapatrimoniais.

Importante destacar que a função reparatória guarda um caráter primário compensatório e um caráter secundário indenitário, sendo que sobre o caráter compensatório Sanseverino<sup>59</sup> lembra que na *Common Law* o *compensatory rule* é a grande referência das cortes na quantificação da indenização, apenas podendo afastar-se dele em circunstâncias especiais como na hipótese do *punitive damages*.

Nesse sentido, segundo Noronha<sup>60</sup> a finalidade que é fundamental à responsabilidade civil é a de reparar um dano: apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial), minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal).

Já o caráter indenitário estabelece que a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização, não devendo ser pago nem a mais nem a menos sob pena de haver enriquecimento sem causa da vítima.

Santolim<sup>61</sup> enfatiza o fato da função reparadora tem uma abordagem retrospectiva: *O conteúdo da função reparadora está essencialmente voltado a uma abordagem retrospectiva, isto é: uma vez verificado o dano, busca-se compensá-lo, em relação ao lesado, nos limites da sua extensão, pois o objetivo, aqui, não é outro senão o da reposição do estado de coisas que existia anteriormente ao próprio dano.*

Sobre esta abordagem retrospectiva, Thais Venturi<sup>62</sup> questiona se a função da reparação integral realmente papel precípua na responsabilidade civil:

---

<sup>58</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil**, página 5.

<sup>59</sup> Idem 15, página 58.

<sup>60</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003, página 437/438.

<sup>61</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – Dezembro 2014, página 90

<sup>62</sup> VENTURINI, Thais Gouveia Pascoaloto Venturi. **Responsabilidade Civil Preventiva**. Editora Melheiros, 2014, São Paulo.pg 123

*Se a responsabilidade civil tem sido compreendida e aplicada com a finalidade de reparar repreendendo aqueles que mediante comportamentos antijurídicos provocaram danos a outrem, isso não quer dizer que a noção a respeito do que constitua “ser responsável” apenas tenha correlação com os danos ou com o passado, comprometendo-se com uma visão restritiva e retrospectiva da vida social.*

*Mas qual seria precisamente, o objeto do direito da responsabilidade civil? O que significa ser “responsável civilmente”? Constituiria a responsabilidade tão somente a imputação de alguém para fins de responder patrimonialmente pelos danos causados injustamente a outrem, por ações ou omissões antijurídicas? Seria seu papel único e exclusivo a elaboração de mecanismos que propiciem uma repreensão dos danos para atender a um objetivo de plena indenização das vítimas, não se olvidando a necessidade de se enxergar os infratores sob uma ótica humanizante?*

Como já dissemos, a concausalidade da vítima significa ponto de tensão entre a função de reparação e a função de prevenção, pois a reparação integral é incompatível com a repartição do dano entre as partes, um olhar mais rigoroso para vítima significa aumento da prevenção<sup>63</sup>.

Nesse cenário, quando o lesante comprova a existência da participação do lesado no seu próprio dano, não resta dúvida que o rateio proporcional da indenização significa incondicionalmente excluir da causalidade os atos da vítima.

Percebe-se que a incidência do princípio ou postulado da proporcionalidade entre a indenização e o grau de responsabilidade da vítima, prevista no artigo 945 deu força à sua evolução no direito brasileiro, significando um fator mitigador ao princípio da reparação integral até mesmo em disciplinas que aplicam a teoria do risco, pois como afirma Eros Grau, *não se interpreta o direito em tiras* e mesmo que não exista previsão legal em algumas codificações legais como o Código de Defesa do Consumidor, acaba-se por aplicar o caminho médio da correponsabilidade do lesado.

### **1.2.2 Corresponsabilidade do lesado e a função preventiva da responsabilidade civil**

---

<sup>63</sup> ACCIARRI, Hugo. *La relacion de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños*. p. 212

Ao lado da função reparadora, a doutrina vem reconhecendo à responsabilidade civil uma função preventiva, com conteúdo prospectivo, focada em evitar a recorrência de situações geradoras de dano.

Segundo Jose de Aguiar Dias<sup>64</sup>, a ligação entre a função preventiva com a manutenção do equilíbrio social dá ela grande relevância:

*A prevenção, com caráter de intimidação, visando evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de meio relacionado ao futuro; enquanto a redistribuição lhe atribui um meio ligado ao passado, porque trata de restaurar. Ora, entre esses termos fica, como contemplação presente da responsabilidade civil, a manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico política vigente. Parece-nos preferível colocar, como fundamento primário da responsabilidade civil, o interesse da manutenção do equilíbrio social estabelecido, porque contém dois elementos.*

A função preventiva guarda relação direta com a análise da corresponsabilidade da vítima pois uma valorização excessiva e global da posição do lesado, que tornasse o lesante guardião da sua segurança, faria tabua rasa ao princípio da confiança (e das respectivas esferas de atuação) e da justiça inerente à relação interindividual, eliminando a necessidade de a pessoa se autoprotoger e exagerando a apreciação da culpa do agente<sup>65</sup>.

Com isso, está sendo ressaltado ao agente ofensor, e em caráter particular, não só à própria vítima - que eventualmente seja corresponsável pelo dano, mas também à sociedade como um todo, uma vez que que tal conduta antijurídica não é tolerada pela sociedade.

Fernando Araújo na apresentação do livro de Thais Venturini<sup>66</sup> aborda o tema da função preventiva “através de duas ou três posições elementares”:

*“Uma é o velho adágio “mais vale prevenir do que remediar” – o que significa que na ausência de outras ponderações, a prevenção de danos tem vantagem sobre a reparação de danos, ao menos porque a prevenção bem sucedida evita precisamente o dano, uma lesão decorrente da interferência não autorizada em interesses alheios.*

<sup>64</sup> AGUIAR, José de. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. I, 9ª ed., rev. E atual., Forense: Rio de Janeiro,

<sup>65</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 103

<sup>66</sup> VENTURINI, Thais Gouveia Pascoaloto Venturi. **Responsabilidade Civil Preventiva**. Editora Melheiros, 2014, São Paulo. Página 07.

*Um mundo no qual ocorram menos danos deverá ser melhor do que aquele em que os danos se multipliquem, mesmo que para cada um deles exista, por ventura, a solução da reparação perfeita, a solução que “remova” os danos.*

*Outra proposição é a de que a presença de custos de prevenção pode inverter aquele adágio: se for muito caro prevenir, então torna-se preferível remediar.*

*Que significa ser preferível remediar? Significa ter-se por legitimada uma conduta colectiva na qual subsiste espaço para que o dano ocorra; significa que estamos numa sociedade na qual uma margem (maior ou menor) de interferência não autorizada em interesses alheios é “tolerada”.*

Por esta ótica, a função preventiva tem caráter dissuasório e visa reduzir os custos sociais mas não tem a ambição de extinguir os danos.

Neste aspecto, ganha importância a disciplina da corresponsabilidade do lesado, pois segundo Cooter e Ulen<sup>67</sup>, o reconhecimento da culpa concorrente da vítima, minimiza a quantidade total de precaução excessiva quando as peças estão "simetricamente situadas", ou seja, quando a eficiência requer que ambos os lados tenham cautela semelhante e equivalente.

Salienta-se que, pela visão da disciplina do direito e economia a função preventiva da responsabilidade civil tem especial importância pois a existência do dano indica desperdício de recursos, o que deve ser evitado. A reparação do dano, assim, é secundária (mas não irrelevante, porque a lesão que ocorra sem algum mecanismo compensatório significa fragilização dos “direitos de propriedade”, com o conseqüente incremento de “custos de transação”, que reduz a eficiência econômica)<sup>68</sup>.

Sobre o caráter dissuasório, Santolim enfatiza que os mecanismos da responsabilidade civil devem desincentivar o cometimento de novos danos:

*“O adequado funcionamento dos mecanismos de responsabilidade civil funciona como sinalização, seja para aquele que é reconhecido como o causador do dano, seja para terceiros, acerca das conseqüências do ato praticado, dissuadindo-os quanto a uma eventual recorrência. Na relação direta com a efetividade das soluções jurídicas de responsabilização civil está a possibilidade de estas*

<sup>67</sup> Economic Case for Comparative Negligence, An. New York Law Review, Volume 61.

<sup>68</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – Dezembro 2014, página 90, página 90.

*consequências serem percebidas a priori pelos sujeitos potencialmente envolvidos, induzindo medidas de prevenção.”*

Ainda segundo a doutrina da *Law and Economics*, o modelo da responsabilidade civil se baseia nos mais simples elementos: no custo do dano e no custo de se evitar o dano.

Este tema é explorado por Guido Calabresi, em *The Cost of the Accidents*<sup>69</sup>. Segundo esse autor, a sociedade nunca esteve comprometida a preservar valores importantes (como a própria vida) a qualquer custo. No exemplo clássico citado pelo autor: “a sociedade decidiu construir um túnel sob o Mont Blanc porque era algo essencial para o mercado e permitia uma redução considerável no tempo de viagem entre Roma e Paris. Tudo isso sabendo que aproximadamente, um homem a cada quilômetro de túnel, morreria durante as obras. Pela mesma razão, as pessoas preferem carros a outros meios de transporte mais seguros, porém mais lentos.”

Considerando-se que a sociedade não está disposta a proteger direitos a qualquer custo, o problema, muito mais complexo, passa a ser o de apurar até que ponto ela está disposta a resguardá-los e a reduzir os custos dos eventos danosos. Esta é a pergunta chave da análise dos “custos dos acidentes”.

Fernando Araújo<sup>70</sup> analisa as contribuições dadas pelas ponderações econômicas para função preventiva da responsabilidade extracontratual:

*“O que tem de peculiar a ponderação econômica é que dissipa, ou permite dissipar, os receios colectivos associados a ideia de “prevenção a todo preço”: primeiro porque remete para a esfera privada, para o âmbito, atomístico da decisão subjectiva, para a bilateralidade das interações, a decisão última sobre o “grau ótimo” de prevenção; e depois porque o faz apelando à lógica dos puros incentivos, ou seja, à enumeração de motivos explícitos, e tendencialmente mensuráveis, de adopção ou recusa de uma determinada conduta em função de seu risco, do seu potencial ganho ou perda que, sem tolherem a liberdade individual, no entanto sejam susceptíveis de condicioná-la ao serviço daquilo que possa ter-se por grau “grau ótimo” de risco.”*

---

<sup>69</sup> CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents: A Legal and Economics Analysis**. New Haven. Yale University Press, 1970.

<sup>70</sup> VENTURINI, Thais Gouveia Pascoaloto Venturi. **Responsabilidade Civil Preventiva**. Editora Melheiros, 2014, São Paulo. Página 07.

Por outro lado, entendemos que se existem debates sobre os efeitos macroeconômicos da função preventiva, nos parece que os efeitos em termos microeconômicos não geram controvérsia, pois recaem tanto sobre o lesante quanto sobre a vítima servindo de desincentivo em todos os casos em que esse preço ultrapasse a sua disposição de cobertura espontânea de danos, uma disposição que tenderá a zero<sup>71</sup>.

Entende-se não ser possível confundir a função preventiva que tem caráter intrínseco da responsabilidade civil com a função punitiva, fortemente caracterizada nos *punitive damages*.

*In fine*, frisa-se que o reconhecimento e o engrandecimento da concausalidade do lesado pela jurisprudência auxilia a demonstrar à sociedade e às partes envolvidas que danos podem ser evitados por possíveis condutas que dependam muitas vezes da própria vítima.

Como resultado da análise, apresenta-se que o entendimento acerca da causalidade tem ligação com finalidades da responsabilidade civil. Se a função primordial é a reparação integral, então torna-se inegável a garantia de que, tanto o lesante quanto o lesado, suportem somente o dano efetivamente gerado. Esta missão é tradicionalmente reservada ao nexos de causalidade e implica que algumas soluções sejam determinadas pela necessidade de garantir o equilíbrio entre as partes em confronto, o que será analisado no capítulo posterior.

Neste aspecto, a dissertação abordará as teorias clássicas da causalidade apontando como complementação o estudo sobre o fator de imputação.

### **1.3 Corresponsabilidade do lesado e nexos de causalidade**

Temos como questão, um problema causal, em que nem sempre é fácil encontrar a resposta. Consiste em saber se existe concorrência de causa ou se o dano deve ser imputado unilateralmente ao lesante ou ao lesado.

Interessa ao presente estudo aqueles casos em que o dano não ocorreria sem a contribuição causal das duas ou mais condutas, como no exemplo clássico da desatenção do atropelado e do excesso de velocidade do motorista atropelante, devendo ser a responsabilidade imputada as duas partes.

---

<sup>71</sup> Idem 49. Página 11.

Além dos casos em que a conduta do lesado é decisiva para ocorrência do dano e consequentemente na imputação das responsabilidades, o lesado pode não contribuir de forma letal para ocorrência do dano, mas sua conduta antijurídica pode agravar as consequências do ato, como é o caso do não uso de cinto de segurança ou do capacete na motocicleta.

Portanto, a investigação deve apontar quais teorias causais se adaptam de melhor forma para que se possa imputar responsabilidade ao lesado.

Neste sentido, é relevante tratar do nexos causal assim como será importante analisar o nexos de imputação, para verificar as hipóteses em que a conduta concorrente da vítima será decisiva para mitigar a responsabilidade do lesante.

Esta é a razão que nos leva a analisar no presente capítulo, o nexos de causalidade com uma visão crítica sobre as teorias clássicas da causalidade e com um aprofundamento sobre o nexos de imputação, para no capítulo seguinte analisar a concausalidade da vítima sob a ótica da teoria do risco.

Caio Mário<sup>72</sup> ensina que "(...) Ocorre situação fática quando se positiva o nexos causal entre a conduta do agente e o dano causado. Mas, na apuração dos fatos, eclode a circunstância eventual de haver a vítima ocorrido pra o desfecho. É de se entender, portanto, que se a vítima concorre, por fato seu, para o evento danoso, terá também de suportar os efeitos. Se não chegar a elidir totalmente a responsabilidade do agente, a indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Tepedino<sup>73</sup> que esta relação se estabelece toda vez que a vítima tiver contribuído com alguma intensidade para o resultado danoso. Assenta que a mínima noção de equidade recomenda que se reduza a indenização proporcionalmente à participação da vítima no evento. Ratifica que a culpa não deveria ter servido como medida de indenização, e, portanto, muda o foco da análise para a verificação da influência da atitude da vítima no nexos causal da conduta danosa.

Anote-se que a V Jornada de Direito Civil<sup>74</sup> no enunciado 459, define que “a conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexos de causalidade na responsabilidade civil objetiva” mas como foi adiantado na introdução, não significa que a conduta da vítima deva ser abordada

---

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed., revista e atualizada por GUSTAVO TEPEDINO, GZ Editora: Rio de Janeiro, 2012, páginas 116/117

<sup>73</sup> TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; e BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. **Código Civil Interpretado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

<sup>74</sup> V Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012.

pela ótica da responsabilidade objetiva, pois a única abordagem possível, no caso da vítima é a da responsabilidade subjetiva.

O debate sobre nexos de causalidade tem grande relevância entre os estudiosos da responsabilidade civil. Prosser<sup>75</sup> já destacava em 1971 que “talvez não haja nada no campo do Direito que tenha provocado mais discussões ou sobre o qual as opiniões estejam em maior conflito. Em que, apesar das diversas tentativas de clarificar a matéria, não tenha havido nenhum consenso sobre a abordagem adequada”.

Sergio Cavalieri Filho<sup>76</sup> define nexo causal como “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.” O autor em referência ainda ressalta que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.

Sampaio da Cruz, narra este processo que define como de desculpabilização da responsabilidade civil:

*Em busca de reparação mais ampla possível, assistiu-se um manifesto processo de “desculpabilização”, com incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva. E, graças à ideia de risco, “a política de responsabilidade desvinculou a relação de simbiose que havia entre a sanção da conduta e a proteção da vítima”. A responsabilidade civil passa a mirar “a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do quantum reparador, e não a culpa do autor”.*

*Nesse contexto, o conceito de nexo causal é também flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Em face dos princípios constitucionais, não é mais possível exigir da vítima, diante de certas circunstâncias, a prova cabal e absoluta de relação de causalidade.*<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> PROSSER, William. **Handbook of the Law of Torts (4 ed. 1971)**

<sup>76</sup> CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, 67

<sup>77</sup> SAMPAIO DA CRUZ, Gisele. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**, página 17. Ao afirmar “a política de responsabilidade desvinculou a relação de simbiose que havia entre a sanção da conduta e a proteção da vítima” a autora cita Maria Cilina Bodin de Moraes, **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, cit. P 23. E a citação “a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a graduação do quantum reparador, e não a culpa do autor” é de Wilson Melo da Silva, **O dano moral e sua reparação**, 3 ed. Rio de Janeiro, 1983, p. 573.

O olhar sobre a corresponsabilidade da vítima vem na contramão da flexibilização do nexo causal, devendo ser verificado no caso concreto quem efetivamente deu causa ao dano e em que proporção. Portanto, neste tópico será enfrentado o tema da causalidade e sua importância em relação à corresponsabilidade do lesado.

### 1.3 Teorias da causalidade e a corresponsabilidade do lesado

Por um lado, o estudo das teorias da causa, tanto jurídicas como filosóficas ultrapassaram séculos e instigaram importantes pensadores a se posicionar sobre o tema, mas nem sempre as teorias clássicas têm se mostrado satisfatórias, já que pouco contribuem para resolução dos casos concretos<sup>78</sup>.

Um bom exemplo de causalidade naturalística, é descrito no conto “Meu reino por um cavalo”<sup>79</sup> de James Baldwin, destacado por Gisele Sampaio da Cruz na introdução de seu livro, que apresenta uma perspectiva sobre a importância do estudo da causa como um dos núcleos da responsabilidade civil e significa a incessante busca da humanidade pela causa.

<sup>78</sup> **Responsabilidade Civil Extracontratual.** Nova perspectiva em matéria de Nexo de Causalidade. Coimbra: Principia, 2013, página 19.

<sup>79</sup> O Rei Ricardo III estava a se preparar para a maior batalha de sua vida. As tropas lideradas por Henrique – o Conde de Richmond – avançavam contra o seu exército. A disputa era para determinar o novo Monarca da Inglaterra. Logo pela manhã, o Rei ordenou que um cavaleiro verificasse se seu cavalo estava pronto. Como o cavalo se encontra sem ferraduras, o rapaz levou-o até o ferreiro que, de pronto, lhe disse que há dias estava a compor os cavalos do exército real, razão pela qual não tinha mais ferraduras.

Diante da impaciência do cavaleiro, o ferreiro voltou seus esforços para, a partir da barra de ferro, providenciar quatro ferraduras. Malhou-as o quanto pôde até dar-lhe tamanho e forma adequados. Quando, contudo, foi pregá-las nas patas do cavalo, descobriu que havia pregos suficientes para a quarta.

O outro irritado, avisou-lhe que não podia mais esperar, e perguntou, apenas, se o ferreiro não poderia pregar a quarta ferradura com os pregos que tinha. O ferreiro retrucou, afirmando, em vão, que a última ferradura não ficaria tão firme quanto as três primeiras:

“ – Ela cairá? Perguntou o cavaleiro”.

“ – Provavelmente não – refutou o ferreiro -, mas não posso garantir”.

E assim Rei Ricardo III foi para a batalha, com um prego a menos.

Enquanto os exércitos se confrontavam, o rei participava ativamente da batalha.

Ao verificar que alguns de seus homens batiam em retirada, o Rei Ricardo III cravou, com firmeza, as esporas na montaria e partiu a galope na direção da linha desfeita. Na metade do caminho, o cavalo perdeu a tal ferradura mal pregada e o Rei foi jogado ao chão. Os soldados de Henrique, pouco a pouco, fecharam o cerco e Ricardo viu seu exercito dar meia volta e fugir.

- Um cavalo! Um cavalo! Meu reino por um cavalo!” – gritava Ricardo com a espada erguida. Mas não havia cavalo por perto. Seu exército ocupava-se em salvar a própria pele. Desde então, o povo passou a cantarolar:

Por falta de um prego, perdeu-se uma ferradura,  
 Por falta de uma ferradura, perdeu-se um cavalo,  
 Por falta de um cavalo, perdeu-se uma batalha,  
 Por falta de uma batalha, perdeu-se um reino,  
 Por causa de um prego, perdeu-se um reino!

Nesse sentido, Santolim faz uma busca histórica do estudo filosófico da ideia de “causa”:

*“remonta a Aristóteles (causa material, de que algo é feito; causa formal, o que lhe dá a forma; causa eficiente, como se fez algo; causa final, porque algo tem a sua forma), tem importante revisão com Galileu (“causa eficiente é a condição necessária e suficiente para a aparição de algo”), e sofre verdadeira transformação na percepção de Hume (que nega a existência de qualquer “propriedade” ou “força misteriosa” no fato individual antecedente que “crie” ou “produza” o conseqüente, e diz que, quando se afirma que “A” é causa de “B”, isso significa apenas a dizer que “A” regularmente é seguido de “B”, vendo a “causação” como sucessão regular de acontecimentos). A Galileu tributa-se a referência à necessidade e suficiência da causa; a Hume, a regularidade, mesmo que essa corriqueira observação seja eventualmente problematizada. Na trilha de Hume, Stuart Mill “nega, estritamente, pressupostos apriorísticos do pensamento”, mas, diferentemente de Hume, “põe ênfase na circunstância de que raramente existe uma sequência repetitiva entre um só antecedente e um único conseqüente”, concentrando sua análise nas situações de “pluralidade de antecedentes”, para afirmar que, “quando identificamos uma única causa... elegemos um elemento de um conjunto de condições que se requerem de um modo idêntico para que ocorra este evento”.*

*A verificação do nexos de causalidade prescinde de uma “consideração normativa”, já que a imputação do dano a alguém é questão claramente de direito.”*

Este sentido filosófico, ou naturalístico, deve ser afastado, para que se possa através do estudo jurídico da causalidade, ou até mesmo do nexos de imputação, apontar o grau de responsabilidade de cada uma das partes em relação à causação do dano, sendo que o tema ganha maior relevância e complexidade quando a vítima tem participação no dano.

De acordo com a posição casualista, se a pessoa suporta os danos que causa a si mesma, por maioria de razão deve suportar, em parte, os danos que causou decisivamente.<sup>80</sup>

Sobre a participação da vítima no nexos causal, Acciarri<sup>81</sup> ensina:

<sup>80</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**, 403.

<sup>81</sup> ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños**. Página 211

*En ciertos casos, la probabilidad de que un daño suceda o de que se dé en certa magnitud depende casi unicamente de la actividad de personas que no son víctima. En outros, depende, de modo mas o menos significativo, de la víctima y de otras personas. Se la víctima no puede influir con relación ao daño y el objeto es incrementar la función de prevención, parece razonable, a estos fines, no considerarlo causante de esses daño. En otras palabras, cualquier critério que, en essas condiciones, dé por resultado considerar causante exclusivamente a la víctima no será el mas adecuado para prevenir.*

*Sin embargo, aqui concluye la consideración privilegiada de la víctima. A los efectos de incrementar la prevención, la víctima es un sujeto mas entre todos los que pueden prevenir su daño y sólo debe quedar fuera de la causalidad jurídica – si se desea maximizar la prevención – cuando no lo pueda prevenir de modo suficientemente eficaz.*

Anote-se que, segundo Luis Renato Ferreira da Silva<sup>82</sup>, a causa como origem de obrigação, em certo modo, tem carácter ambíguo com a definição da causa no direito contratual, que almeja a finalidade a que se presta aquele contrato:

*Adotando-se a ideia de que causa traduz a razão de ser de alguma coisa, vê-se que subjaz a tal concepção o sentido de origem e não só de fim. Certo que as partes praticam atos ambicionando o fim a ser atingido. Não por outro motivo se diz que a causa final é a última na consecução, embora a primeira na concepção. Porém, não se pode olvidar que a causalidade desempenha um papel explicativo do passado de um ato, mesmo, repita-se, justificando o seu futuro. Só esta ambiguidade já exemplifica o que se disse acima sobre a complexidade e dificuldade do tema.*

*Portanto, voltando os olhos não para o fim, mas para a justificativa da existência de um ato jurídico, pode-se adotar a palavra “causa” como sinônimo de fonte, de origem. Fala-se em causa da obrigação, ou seja, fonte da obrigação, entre as quais insere-se o contrato (ao lado dos atos unilaterais e dos atos ilícitos).*

São cinco as teorias que ganham destaque atualmente na doutrina sobre nexo de causalidade: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada, teoria do dano direto e imediato, teoria da causalidade econômica e do escopo da norma violada que passam a ser analisadas no seu ponto de vista. Passam-se a ser analisadas em seus respectivos pontos de vista.

---

<sup>82</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. Reciprocidade e contrato: **A teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”** / Luis Renato Ferreira da Silva. Página 20-21

### 1.3.1.1 Teoria da equivalência das condições e a corresponsabilidade do lesado

Pela teoria da *equivalência das condições*, elaborada por Maximilian Von Buri, entre os anos de 1860 e 1885 e reformulada por Von Liszt, para o direito penal, entende-se como causa do dano qualquer evento considerado por si só, capaz de gerá-lo, ou seja a teoria da equivalência das condições aceita qualquer causa como eficiente<sup>83</sup>.

Segundo Blaiotta, trata-se de um conceito historicamente ligado ao desenvolvimento da teoria do crime, o qual é inspirado pelo ensino de J.S Mill, embora Von Buri não tivesse conhecimento sobre a obra do pensador Inglês<sup>84</sup>.

O autor italiano<sup>85</sup> aponta uma estrutura lógica de condições que é normalmente expressa pela chamada “fórmula dupla”: a conduta deu causa ao evento somente se, sem ela, o dano não tivesse ocorrido (fórmula positiva); e conduta não é a causa quando, sem ela, o evento ocorreria da mesma forma (fórmula negativa).

A crítica à teoria é que poderia se imputar responsabilidade a um ou nenhum número de pessoas. Segundo Nelson Hungria<sup>86</sup>, pode-se dar o exemplo de que, em hipótese de homicídio, mesmo o fabricante da arma por meio da qual se cometeu o crime seria responsabilizado pelo evento danoso.

Em resumo, segundo a doutrina<sup>87</sup> da *conditio sine qua non* uma conduta é causa do dano sempre que este tenha se verificado sem aquela. Sendo assim, segundo Santolim<sup>88</sup> impõe-se a verificação de ser o fato imputado ao suposto autor uma condição necessária (*sine qua non*) do prejuízo, o que é feito por meio do que os tribunais do *common law* designaram como “*but for test*”: teria a vítima sido isenta do prejuízo na falta do ato imputado ao autor? Trata-se do

---

<sup>83</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas do direito civil – Tomo II** / Gustavo Tepedino. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Página 66

<sup>84</sup> BLAIOTTA, Rocco. **Causalittá Giuridica**. G. Giappichelli Editore, 2010. Página 37: se trata di una concezione saldamente e storicamente legata all'elaborazione della teoria del reato, che si ispira tradizionalmente all'insegnamento di J.S Mill, sebbene il von Buri che per primo la delineo non conoscesse l'opera del pensatore inglese.

<sup>85</sup> Idem 50, página 38: la struttura logica della condizionalita viene solitamente espressa dalla cosiddetta doppia formula: la condotta è causa dell'evento solo se, senza di essa, l'evento non si sarebbe verificato (formula positiva); e un comportamento non è casuale quando, senza di esso, l'evento si sarebbe verificato ugualmente (formula negativa).

<sup>86</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, página 98

<sup>87</sup> MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. **Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação**. Coimbra: Principia, 2013, página 77

<sup>88</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – Dezembro 2014, página 86

requisito denominado *cause-in-fact*, que está intimamente ligado a uma concepção naturalística (“científica”) de causa.

Por outro lado, segundo Ana Mafalda Miranda Barbosa<sup>89</sup>, as diferentes teorias que, ao longo do tempo, foram dialogando no sentido de dar resposta ao problema causal mostraram-se falhas. Sobre o critério da condicionalidade *sine qua non* a autora descarta sua utilidade tanto analisando por uma lógica contrafactual, como em termos dogmáticos, é imprestável *in verbis*:

*O critério da condicionalidade sine qua non é, em si mesmo imprestável. Partindo de uma lógica contrafactual, está imbuído de uma lógica determinista que quadra mal com a intencionalidade especificamente jurídica, ao mesmo tempo que é desmentido pelo próprio pensamento científico. Além disso, em termos dogmáticos, revela-se demasiado restritivo em certas situações (causalidade alternativa incerta, causalidade cumulativa necessária), exceto se olharmos para o resultado na sua conformação concreta, o que, como veremos, comporta outros problemas; ou, em alternativa, demasiado amplo, não estabelecendo um verdadeiro e justo limite à responsabilidade. Em face de dados circunstancialismos, pode mesmo fazer-nos regressar ao infinito. Por último, não só não nos resolve os problemas quando temos de lidar, concursivamente, com um comportamento do lesado, como não permite estabelecer um filtro no tocante aos danos reflexos<sup>90</sup>.*

Mesmo com as críticas expostas à teoria da equivalência das condições, vale destacar que o artigo 945 do Código Civil exige somente que a vítima tenha concorrido culposamente para o evento danoso, havendo necessidade de um debate sobre a aplicabilidade da teoria ou não para a corresponsabilidade do lesado.

Por outro lado, no âmbito da responsabilidade extracontratual, parece claro tratar-se de teoria de pouca ou nenhuma aceitação doutrinária e jurisprudencial por produzir insegurança, não prestando a responder às questões relativas à corresponsabilidade da vítima.

### 1.3.1.2 Teoria da causalidade adequada e a corresponsabilidade do lesado

---

<sup>89</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Responsabilidade Civil Extracontratual**. Nova perspectiva em matéria de Nexo de Causalidade. Coimbra: Principia, 2013, página 20-21

<sup>90</sup> Idem 64

Segundo a *teoria da causalidade adequada*, causa é o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. Sendo assim, dentre os antecedentes do dano, deve-se destacar aquele que tem condições de produzi-lo.

Segundo Sampaio da Cruz<sup>91</sup>, de acordo com esta teoria, quanto maior é a probabilidade com que determinada causa se apresente para gerar um dano, tanto mais adequada é em relação a esse dano. Assim diante da pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada apta a causar o resultado (“domínio do saber ontológico”). Respondida esta primeira pergunta questiona-se se esta causa, capaz de causar o dano, é também hábil segundo as leis naturais (“domínio do saber gnomológico”).

Para o filósofo Von Kries, criador da teoria, causa adequada é aquela que, no instante da verificação, aos olhos do agente, poderia surgir como suscetível de acarretar o dano (critério da previsibilidade subjetiva)<sup>92</sup>.

Este é o exemplo dado por Von Kries: A desferiu uma leve pancada em B, mas este possui uma deficiência de calcificação que lhe tornou o parietal menos resistente e bem mais frágil. B falece. A pancada sofrida não teria constituído causa necessária e eficiente de sua morte, pois, desferida de forma leve, não seria capaz de ocasionar, em tese, a morte de qualquer homem normal em condições idênticas<sup>93</sup>.

Segundo José de Aguiar Dias<sup>94</sup>, a teoria da causalidade adequada, ou seja, se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato de outro protagonista irrelevante para a produção, deve ser o critério obedecido:

*Se, entanto, a questão envolve indagação mais importante, como a de saber, por exemplo, se a culpa de determinado agente excluiria, ou não a culpa de outro, então exame da matéria há de ser feito na ação. E, para nós, não pode obedecer a outro critério senão ao da autonomia das culpas. Se, embora culposo, o fato de determinado agente era inócuo para produção do dano, não pode ele decerto, arcar com prejuízo nenhum.*

*Não defendemos a teoria da causa eficiente, com pareceu a Martinho Garcez Neto (Prática da responsabilidade civil, p.48), mas*

<sup>91</sup> SAMPAIO DA CRUZ, Gisele. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**, pg 65

<sup>92</sup> PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. **Responsabilidade Extracontratual – Fato da Vítima**. Revista da EMERJ n° 42 , páginas 42 - 81

<sup>93</sup> Idem 57.

*exatamente, a doutrina apoiada pelo eminente autor. Falamos em oportunidade melhor e mais eficiente de evitar o dano e não em causa. Consideramos em culpa quem teve não a last chance, mas a melhor oportunidade e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato de outro protagonista irrelevante para a produção. Estamos de pleno acordo com a lição de Wilson Melo da Silva.*

Anote-se neste ponto que a teoria da “*last clear chance*” é a explicação mais divulgada na literatura jurídica “anglo-americana” para a antiquada aplicação da disciplina do “tudo ou nada” já que essa teoria procurava a relevância causal, de tipo interruptivo da conduta imediatamente antecedente ao dano<sup>95</sup>.

Quanto ao tema da concausalidade Aguiar Dias<sup>96</sup> defende que uma culpa mesmo que grave, se inócua para ocorrência do dano não deve ser considerada como concorrência de causa:

*O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudente fez com que outro, que não teria consequências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpa, isto é, a culpa sem a qual o dano não se teria produzido.<sup>97</sup>*

José de Aguiar Dias conclui ressaltando que o Magistrado no caso concreto é quem deve apontar se houve ou não a incidência da corresponsabilidade da vítima:

*A responsabilidade é de quem interveio com culpa eficiente para o dano. Queremos dizer que há culpas que excluem a culpa de outrem. Sua intervenção no evento é tão decisiva que deixa sem relevância outros fatos culposos porventura intervenientes no acontecimento. A questão, reconhecemos, não ganhar clareza, com aplicação desse critério, isto é, doutrinariamente, esse esquema não satisfaz. Estamos*

---

<sup>95</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, 370

<sup>97</sup> AGUIAR, José de. **Da Responsabilidade Civil**. página. 694

*certo, todavia, de que só o exame do juiz de caso a caso, poderá decidir sem risco de injustiça se a culpa concorrente da vítima deve ou não influir na atribuição dos prejuízos. " 98*

Ana Mafalda Miranda Barbosa<sup>99</sup>, ao analisar o critério da causalidade adequada, afirma haver problemas por se mostrar falho em diversos níveis, *in verbis*:

*O critério da causalidade adequada levanta muitíssimos problemas. Desde logo, entre as múltiplas formulações oferecidas pelos autores, não é simples determinar qual deve mesmo ser adotada. Por outro lado, a teoria não nos diz qual o índice cognitivo de onde devemos partir, ao mesmo tempo que coloca problemas ao nível da construção que nos relata. Ademais, dependendo da formulação adotada e do índice cognitivo assumido, ou nos remete para um juízo de tipo estatístico, ou nos aproxima da previsibilidade. Ora esta, próxima da culpa, não acrescentaria nada à resolução do nosso problema (e referida aos danos subsequentes não serviria, porquanto muitos deles se mostram imprevisíveis).*

Segundo Brandão Proença<sup>100</sup>, a previsibilidade em concreto do perigo e do dano pelo lesado pode integrar, como requisito não essencial, o *plus* da culpa, que acresce a imputação objetiva. Se é verdade que uma intensidade culposa se repercute na distribuição do dano e pode mesmo tornar inadequada uma imputação baseada no critério objetivo da responsabilidade, não se pode dizer, por outro lado, que essa maior gravidade culposa gere necessariamente uma maior extensão danosa.

O Superior Tribunal de Justiça entende cabível a teoria da causalidade adequada para os casos de concorrência de causas. No REsp 545.752/RS<sup>101</sup> julgado em dezembro de 2015 o Ministro Relator Raul Araújo, voltou a reconhecer esta posição.

Tratou-se de Ação Indenizatória de uma transportadora, a qual teve seu caminhão furtado enquanto este se encontrava em uma oficina de terceiro. Em seu voto, assim narrou o relator, para caracterizar a corresponsabilidade do lesado:

<sup>98</sup> Idem página 58.

<sup>99</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Responsabilidade Civil Extracontratual**. Nova perspectiva em matéria de Nexo de Causalidade. Coimbra: Principia, 2013, página 20-21

<sup>100</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, 445

<sup>101</sup> REsp 545.752/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 24/02/2016)

*Analisadas essas circunstâncias, elementos fáticos e probatórios firmados pelas instâncias ordinárias, se, de um lado, não se pode afastar completamente a responsabilidade da oficina ré pela guarda e vigilância decorrentes do ato gracioso, no qual, de boa-fé, autorizou ou admitiu a estadia em seu estacionamento de caminhão pertencente à transportadora autora, de outro lado, tem-se a ocorrência de culpa concorrente da ofendida. O evento danoso decorreu, principalmente, de procedimento culposo, negligente, da parte autora, que deixou de informar à recorrente que deixaria o caminhão por alguns dias sob sua custódia, entregando as chaves e documentando-se minimamente quanto ao ajuste. A sociedade empresária transportadora não pode ficar absolutamente segura contra riscos inerentes à sua atividade econômica, como os de colisão e furto de caminhão de sua frota, inclusive durante o período de repouso noturno, bastando que estacione, gratuitamente, seus veículos em pátios de oficinas, de postos de gasolina, de restaurantes, hotéis e pousadas e locais assemelhados situados à margem de rodovias, transferindo, com isso, para terceiros comerciantes desavisados os riscos da atividade econômica própria. Na perigosa vida dos que operam nas estradas, a conduta solidária do comerciante que acolhe em estacionamento de estabelecimento situado à margem de rodovia o viajante profissional transportador deve ser estimulada, e não censurada.*

Este entendimento foi confirmado no REsp 1007692/RS<sup>102</sup> de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi: A partir da teoria da causalidade adequada, a concorrência de culpas, que na verdade consubstancia concorrência de causas para o evento danoso, só deve ser admitida em casos excepcionais, quando não se cogita de preponderância causal manifesta e provada da conduta do agente. Sempre que seja possível estabelecer a inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa, ou seja, a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas.

Por todo explicitado, resta afirmar que a teoria da causalidade adequada, embora insuficiente para trazer todas as respostas às situações práticas da corresponsabilidade do lesado, não pode ser classificada como desprezível pois auxilia a verificar quais causas foram efetivamente necessárias.

### **1.3.1.3 Teoria do dano direto e imediato e corresponsabilidade do lesado**

---

<sup>102</sup> REsp 1007692/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 14/10/2010

Na *teoria do dano direto e imediato* (ou teoria da interrupção do nexo causal), criada por Dumoulin e Pothier, devem ser reparados os danos que decorrem de efeitos necessários da conduta do agente.

Quem pretende responsabilizar a outrem como causador do dano deve não somente provar que o suposto autor detinha deveres de cuidado, e que deixou de atendê-los, mas também que produziu a perda da vítima.

Considera esta doutrina que, embora o artigo 403 do Código Civil trate de responsabilidade contratual, também, a teoria adotada define também, em matéria de responsabilidade extracontratual, notadamente no que tange à causalidade<sup>103</sup>: 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 processual.

Segundo Rafael Peteffi da Silva<sup>104</sup>, a teoria da causa direta e imediata se ocupa, com maior profundidade, em estabelecer as hipóteses de incidência das ‘causas estranhas’ à ação ou omissão do agente, constituídas pelos fatos de terceiro, fatos da vítima e pelas categorias de caso fortuito e força maior.

Segundo Agostinho Alvim<sup>105</sup>, a expressão direto e imediato significa o nexo causal necessário e analisa exemplos de Pottheier, relativamente a concausas, onde afirma que a causa deixa de ser relevante não por estar distante do dano, mas sim por interferência de outra causa.

*In fine*, segundo Miragem<sup>106</sup>, a doutrina brasileira divide-se quanto à teoria adotada no direito brasileiro, se dá causalidade adequada ou da interrupção do nexo causal. Segundo o autor, em perspectiva prática o critério da interrupção causal, dada a utilidade lógica, vem sendo utilizado também entre os defensores da teoria da causalidade adequada como critério útil de valoração da causa mais adequada à realização do dano.

Anota-se que no STF, no RE 130764/PR<sup>107</sup>, o relator, Ministro Moreira Alves, afirmou ser esta a teoria que embasa a causalidade, no direito civil brasileiro.

<sup>103</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. Página 64

<sup>104</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. Página 40-42.

<sup>105</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, São Paulo: Saraiva, 1972, 4º, página 360, 361

<sup>106</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil** – São Paulo: Saraiva 2015, página 239

<sup>107</sup> Processo: RE 130764 PR, Relator MOREIRA ALVES, julgado em 12/05/1992 pela PRIMEIRA TURMA

Como afirma Santolim<sup>108</sup>, a teoria do dano direto e imediato é uma variante da teoria da causalidade adequada.

Deve-se, portanto, questionar, se para os casos de corresponsabilidade da vítima, em quais deles devem efetivamente ser imputadas a responsabilidade pelo dano. A teoria, assim como a da causalidade adequada, apesar de insuficiente, demonstra ter um recorte importante ao incluir somente as causas necessárias para o evento causal como partícipes do dano, evitando assim injustiças e abstrações.

### 1.3.1.4 Teoria da causalidade econômica e a corresponsabilidade do lesado

A disciplina da *Law and Economics* contribui com um conceito funcional para a responsabilidade civil: a partir da identificação de objetivos “compensatórios” (alastar os prejuízos e distribuir riqueza) e “dissuasórios” (coletivos ou específicos, e “de mercado” ou gerais), que ilumina o tema sob outra perspectiva.

Esta visão de Calabresi trazida por Santolim, foi definida por Posner na conclusão a seu artigo sobre nexos de causalidade e responsabilidade civil da seguinte forma:

*Nós argumentamos que as questões de causalidade em responsabilidade civil, seja quando classificadas sob a rubrica de causa e efeito ou causalidade próxima, podem ser explicadas em termos econômicos unificados sem precisarmos nos preocupar com conceitos de causalidade necessários para análise econômica são completamente óbvios. Os fatores principais da análise econômica não são a causa, mas sim a probabilidade do acidente e os custos de administração da Lei. Ao analisarmos dessa forma os casos de causalidade nós estamos longe da linguagem e conceitos com que os Tribunais analisam estes casos. O conceito de “previsibilidade”, tão saliente nas discussões judiciais sobre causa próxima, tem apenas um pequeno papel em nossa análise; nem a distinção legal fundamental entre causa de fato e próxima ou legal tem qualquer função. A linguagem da previsão e do nexos causal não se provou esclarecedora, na análise legal, mas mesmo assim, da análise de evidência apresentada neste artigo, os Tribunais seguiram em direção a regras e resultados que capturam os elementos econômicos essenciais da questão da causalidade.<sup>109</sup>*

<sup>108</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**, página 90

<sup>109</sup> POSNER, Richard. *Causation in a tort law: An economic Approach*. Publicado em The Journal of Legal Studies, v.12, n 1 (jan 1983) tradução de Cristiano Rodrigo Del Debbio em artigo publicado no livro **Direito e Economia - Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. SALAMA, Bruno M. (org.).

Acredita-se, pois que esse conceito econômico pode ser uma ponte entre a doutrina da causalidade e sua aplicação prática, podendo ser utilizada também para os casos de concausalidade.

### 1.3.1.5 Teoria do escopo da norma violada e a corresponsabilidade do lesado

A teoria do escopo da norma violada defende que a distinção entre os danos indenizáveis e não indenizáveis deve ser feita, não em obediência ao pensamento da causalidade adequada do fato, mas tendo em vista os reais interesses tutelados pela norma legal, no caso da responsabilidade extracontratual<sup>110</sup>.

O critério fundamental da seleção dos danos reparáveis repousaria, assim, não na ideia clássica da causalidade, mas no elemento positivo do fim da proteção contratual ou legal<sup>111</sup>.

Ana Mafalda Miranda Barbosa<sup>112</sup> mostra-se cética tendo em vista que nem sempre existe uma norma que possa servir diretamente de critério para estabelecer o juízo imputacional, *in verbis*:

*Também a doutrina do escopo da norma violada não se mostra prestável. Na verdade, nem sempre existe uma norma que possa servir diretamente de critério para estabelecer o juízo imputacional. É claro que se coloca o problema de saber se a teoria é ou não complementar em relação à causalidade adequada, sustentando muitos autores – a par de outros que defendem que as duas doutrinas conduzem a respostas incompatíveis – que sim. Mas, a ser verdadeiro o posicionamento, seríamos remetidos para as mesmíssimas dificuldades com que nos confrontamos no parágrafo anterior dessa nota. In fine, muitas são as vozes que advogam que o critério só seria operacional ao nível da segunda modalidade de ilicitude delitual – violação de disposições legais de proteção de interesses alheios.*

Por outro lado, segundo Menezes de Cordeiro<sup>113</sup>, a referida teoria oferece de forma efetiva uma dogmática, bem como uma particular utilidade em áreas periféricas, tais como a

<sup>110</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil, páginas 24 e 25

<sup>111</sup> Idem CRUZ, página 25.

<sup>112</sup> BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Responsabilidade Civil Extracontratual**. Nova perspectiva em matéria de Nexo de Causalidade. Coimbra: Principia, 2013, página 20-21

<sup>113</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades**

responsabilização dos administradores. Elas oferecem, portanto, respostas diretas e claras acerca da causalidade obrigacional, haja vista que deve se analisar o teor da norma jurídica violada e interpretá-la.

Santolim<sup>114</sup> enfatiza que, segundo essa teoria, não é possível identificar um critério único e válido para se aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil, mas sim observar a função da norma violada.

Apesar das críticas apontáveis à teoria, a sua maleabilidade ao caso concreto combinado com a imputabilidade determinada por lei, parece permitir aos agentes operadores do direito a construção de uma jurisprudência voltada a equidade ao caso concreto, quando se tratar de corresponsabilidade do lesado, já que esta disciplina serve para aplicação em diferentes tipos de legislações.

### 1.3.2 Corresponsabilidade do lesado e nexo de imputação

O dano deve ser imputado exclusivamente ao lesado, ao lesante ou a ambos e a teoria do nexo de imputação tem como escopo investigar quais dos agentes devem ser responsabilizados.

A imputação pressupõe a realização de um juízo valorativo sobre a situação de fato, cujo exame poderá determinar o reconhecimento da responsabilidade civil. Esse juízo desenvolve-se nos planos fático e jurídico<sup>115</sup>.

O pressuposto essencial para se poder emitir uma imputação de responsabilidade do lesado tem relação com a presença da conduta livre e consciente, o que significa afastarmos, deste âmbito, a esfera de uma eventual teoria do risco do lesado.

Ao se referir aos critérios de imputação de autorresponsabilidade do artigo 570 do Código Civil Português, Brandão Proença<sup>116</sup> aproxima o seu fundamento da teoria da proibição de *venire contra factum proprium*:

---

**Comerciais.** Lisboa: Associação Acadêmica de Lisboa, 1980. Página 85

<sup>114</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil, página 85

<sup>115</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil**, página 255

<sup>116</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual.** Almedina, 1997, página 417

*A referência autorresponsabilizante, que defendemos para explicar a ratio do artigo 570º, parte da aplicação ao lesado culpado da ideia de imputação-autorresponsabilidade, tal como BATISTA MACHADO a começa por caracterizar ao tratar da questão na proibição de venire contra factum proprium. Recusando imputar à pessoa o que decorre da “pura causalidade”, BATISTA MACHADO valora uma culpa que não surge identificada com uma espécie de culpa do agente perante si próprio, no sentido de que conscientemente assim se quis conduzir.*

Na sequência, Brandão Proença<sup>117</sup> faz uma leitura sobre os estudos de Larenz, um dos criadores da teoria da imputação, voltado especificamente para a corresponsabilidade do lesado no Direito Alemão, para ao final refutar teorias voltadas á “culpa pura”:

*Nem é outro o pensamento de LARENZ, sobretudo se confrontarmos o modo como teoriza atualmente o seu “princípio da responsabilidade” com as concepções (mais rígidas) que advogou na década de 60 e nas quais ANTUNES VARELA se baseou para sustentar a ideia de um tratamento simétrico. Enquanto que em edições menos recentes de Lehrbuch LARENZ defendia a imputação do lesado da sua conduta culposa, em virtude de ter agido contra um “imperativo de autoconservação”, não observando o cuidado exigível no tráfego “para se proteger a si e aos outros de lesões”, na edição mais recente de seu manual, o jurista germânico, se continua a fundar o § 254 I do BGB numa “co-responsabilidade do lesado pelo seu dano” derivada de uma conduta livre, já não se aceita falar em culpa contra si mesmo ou de um “encargo ou incumbência” e mesmo quanto às hipóteses descritas no § 254 II do BGB já não se refere a qualquer “culpa pura”.*

Pode ser feita uma reflexão sobre a aproximação da formula jurídica do *tu quoque* para caracterizar o nexó de imputação à conduta do lesado. Menezes Cordeiro<sup>118</sup>, diz que: “A formula do *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”. Sendo assim, o condômino que viola a regra do condomínio e deposita móveis em área de uso comum, ou a destina para uso próprio, não pode exigir de outro comportamento obediente ao preceito.

---

<sup>117</sup> Idem, página 418

<sup>118</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 812.

O certo é que, independente da codificação que se aplique, o nexo de imputação voltado ao lesado tem sempre a tendência de manter as características da responsabilidade subjetiva, independente de qual instituto se aplique ao lesante, se da teoria do risco ou até mesmo o da responsabilidade integral, significando uma desconexão entre as imputações.

A distribuição injusta do dano ou uma imputação desequilibrada outorgaria à responsabilidade civil uma função publicística, a qual é alheia, introduzindo novas perturbações no seu regime.<sup>119</sup>

Importante ressaltar que a corresponsabilidade do lesado deve circunscrever-se a um tipo de conduta não-objetiva. Por outras palavras: independentemente do problema da regularidade objetiva da conduta culposa do lesado, há que fixar ainda contornos subjetivos e o seu conteúdo, com o escopo de se delimitar os comportamentos relevantes e de se auferir do valor das condutas objetivamente contrastantes com os interesses do lesado<sup>120</sup>.

Neste sentido, não basta ser imputada ao lesado uma conduta ilícita, deve ser demonstrado que ele efetivamente participou do dano. No REsp 1219079/RS<sup>121</sup>, a Ministra Relatora Nancy Andrighi, afirmou que *a condução de motocicleta sem carteira de habilitação e de chinelos* – não constituíam relevância no curso causal dos acontecimentos sendo a conduta do réu a única causa do acidente, não sendo possível reconhecer a existência de culpa concorrente.

Um ponto a ser questionado é a situação em que o lesado, é absolutamente incapaz, como no caso do menor de dezesseis anos. Nesses casos, entende-se somente ser possível a aplicação do artigo 945 do Código Civil Brasileiro se combinado com o artigo 932<sup>122</sup>.

No caso do REsp 1307032/PR<sup>123</sup> de relatoria do Ministro Raul Araújo, um hospital foi condenado por permitir a fuga de um menor com meningite, que veio a falecer, a atitude

---

<sup>119</sup> Idem 66, página 108

<sup>120</sup> Idem, página 437

<sup>121</sup> REsp 1219079/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 14/03/2011

<sup>122</sup> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

<sup>123</sup> REsp 1307032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013

negligente dos pais após a fuga do menor concorreu como causa direta e determinante para o trágico evento danoso. O STJ manteve o valor da indenização do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que já foi considerado baixo pelos Ministros.

Outro caso jurisprudencial, em que foi reconhecida a concorrência de culpa no TJRS<sup>124</sup>, com a participação de menor, foi a Apelação Cível de Relatoria do Desembargador Sylvio José Costa da Silva Tavares, que responsabilizou empresa de eventos, organizadora de uma prova de Motocross, na cidade de Parobé-RS, pelo falecimento, por afogamento, de um menor, por não cercar o açude onde o evento fatal ocorreu e de não fazer a devida sinalização, mas considerou haver culpa concorrente ao afirmar que o menor contribuiu de forma relevante com o dano ao infringir as regras que recomendam postura mínima para que tais acidentes não venham a ocorrer.

Anota-se que Brandão Proença<sup>125</sup> salientou: não tendo os inimputáveis discernimento e vontade, sendo incapazes de controlar os seus movimentos e de salvaguardar a sua segurança, mesmo sabendo ler avisos de perigo, nem possuindo o esclarecimento necessário para uma possível contenção do dano sofrido, impõe-se a defesa de um princípio de tutela desses lesados, fazendo-se recair sobre o culpado os riscos dessa fragilidade.

Sendo assim, quando a vítima que tiver participado decisivamente do seu dano for inimputável e não estiver sob a tutela do terceiro, deve o magistrado adotar prudência no caso concreto para responsabiliza-lo.

### 1.3.3 A expressão “culpa” no artigo 945 do Código Civil

Segundo Ana Mafalda Miranda Barbosa<sup>126</sup>, se há relação controversa no seio dos pressupostos ressarcitórios é aquela que se estabelece entre a culpa e a causalidade. Confundidas, muitas vezes cumprem papéis distintos, já que a causalidade cumpre uma função de imputação de determinado evento a um certo sujeito, enquanto a culpa supõe a violação de um dever de conduta.

---

<sup>124</sup> 70048137921, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 17/12/2015

<sup>125</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual. Almedina, 1997, página 555

<sup>126</sup> MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. **Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação**, página 169.

Mesmo que a concorrência de causa já tenha antecedentes jurisprudenciais antes de 2002, é inegável que, com a promulgação no Novo Código, o debate na doutrina civilista ganhou novo fôlego, defendendo o avanço da responsabilidade subjetiva, onde se enfrenta a existência ou não da culpa, para se debater a responsabilidade objetiva.

Este debate ganhou influência na teoria da culpa concorrente. O que lhe justifica é o teor do artigo 945 que utiliza a expressão “culpa”, *in verbis*:

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

Como já foi explicitado neste estudo, a V jornada de direito civil do Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal lançou o Enunciado 459 onde entendeu por oportuno aumentar o alcance do artigo 945, não somente para os casos onde se verifica a responsabilidade subjetiva, a saber: “*A conduta da vítima é fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva*”. De certa forma, tal ponderação significou alteração ao enunciado 46, pois este apesar de referir-se ao parágrafo único do artigo 944 afirmava não ser possível aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, nas exceções ao princípio da reparação integral do dano:

*46 – Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.*

Este debate entre culpa e causa e a expressão correta para referir-se ao instituto, se concorrência de culpa ou concorrência de causas, risco concorrente ou ainda concausalidade, é acalentado por doutrinadores e não foi iniciado a partir da edição do novo Código. É importante destacar que apesar do artigo 945 não encontrar precedentes no Código Civil de 1916, os tribunais pátrios já utilizavam esta figura jurídica em diversos julgados. Sobre este tema, Eugênio Facchini Neto observou:

*“O art. 945 igualmente constitui uma inovação apenas formal no ordenamento jurídico pátrio, pois embora não conste da legislação vigente, a jurisprudência desde sempre levou em consideração a concorrência de culpas para a fixação das indenizações. Registre-se*

*que embora esteja absolutamente consagrado pelo uso jurisprudencial (predominando também na doutrina) a expressão concorrência de culpas, na verdade a questão não se coloca tecnicamente no plano da culpabilidade, mas sim no plano da causalidade (concorrência de causas ou concausalidade), onde se deve fazer a distinção entre causa e condição. Todavia, referir-se a concorrência de culpas é um uso lingüístico tão arraigado que dificilmente poderá ser revertido, apesar da impropriedade técnica. Rendemo-nos, assim, à tradição, embora registrando nossa discordância.”*<sup>127</sup>

Lindbergh Montenegro<sup>128</sup> trouxe importantes lições, filiando-se mais na teoria da causalidade do que na teoria do concurso de culpa, tendo feito as seguintes anotações:

*"Diz-se neste caso que houve um concurso de culpas ou, mais tecnicamente, a concorrência de responsabilidade para justificar uma redução do valor da indenização. Costuma-se também falar em compensação de culpas, como se fora possível admitir-se que uma culpa pudesse neutralizar outra culpa. Seria o mesmo que pretender-se justificar um erro com outro erro, donde a justa repulsa que tal expressão vem merecendo da doutrina.*

*Na verdade, o princípio se explica através da aplicação da teoria da causalidade.*

*Aqui, pesa o grau de causalidade bilateral e não a culpabilidade, com se expressa doutrina alemã (der Grad der beiderseitigen Ursächlichkeit). Cada um responde pelo dano que causou. Nem mais nem menos. Se a vítima também contribuiu para a produção do evento, injusto seria que ofensor viesse sozinho suportar todas conseqüências do dano. O lógico é que a média da indenização se dê na proporção do grau de cooperação de cada um, em razão da responsabilidade concorrente.*

(...)

*O Código Civil de 2002, ao contrário do Código revogado, explicitou o princípio:*

*'Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será reduzida, tendo-se em conta gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano' (art. 945).*

*A redação desse dispositivo deixa muito a desejar.*

*De qualquer forma, ainda que o legislador se omita respeito dele, isso não impede a aplicabilidade do princípio na prática judiciária, tal força de sua lógica e justiça, donde se constituir em jus recptum entre nós.*

<sup>127</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**, página. 185

<sup>128</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh, in **Ressarcimento de Danos**, página. 230/237

*Na verdade, embora o Código Civil de 1916 tenha se mostrado silente no tocante à culpa bilateral, a nossa jurisprudência sempre julgou ser devida uma redução da indenização, na proporção em que a vítima concorreu para a produção do fato danoso.*

(...)

*Doutrina e jurisprudência são acordes em que à vítima se impõe o dever de evitar o aumento do dano ou minorar o já realizado, seja por atos positivos, seja por omissões.*

Em complemento, Gisela Sampaio da Cruz enfatiza que o texto legal não é adequado:

*Desta forma, mais apropriado seria o legislador, em vez de se referir ao grau de culpa, tivesse feito menção à interferência da vítima no evento danoso. Aliás, o art. 945 não se deveria referir apenas aos casos em que a vítima concorre com o agente. Melhor seria se o legislador tivesse elaborado uma regra geral de distribuição do prejuízo entre os corresponsáveis pelo dano.<sup>129</sup>*

Feitas as ponderações doutrinárias, destacamos ser relevante o fato de haver desconexão entre a conduta do lesante e da vítima e que inobstante responder sob fundamento na responsabilidade subjetiva ou objetiva, o lesado, salvo exceção, terá sua participação apurada a partir da responsabilidade subjetiva, exigindo a comprovação do nexo de causalidade.

### **1.3.4 Concausalidade e corresponsabilidade do lesado**

O tema sobre causalidade múltipla está diretamente relacionado ao objeto da presente dissertação e é especialmente relevante na doutrina que examina a causalidade, no campo da responsabilidade civil, sendo dividida em concausalidade complementar, cumulativa e alternativa.

Segundo Almeida Costa<sup>130</sup>, *verifica-se a figura da concausalidade sempre que o dano tem várias causas, concomitantes ou não. Digamos, quando na produção do resultado danoso o facto do agente, ou risco da sua atividade, concorre com um caso fortuito ou com facto de terceiro, ou ainda com um facto, culposo ou não, da própria vítima.*

<sup>129</sup> SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**, página 344.

<sup>130</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações** – página 781.

No Brasil, o tema já merecia destaque no Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda<sup>131</sup>, o qual tratava do tema das concausas, ainda que não envolvendo a responsabilidade do lesado:

*“Um dos pontos mais dignos de atenção é o da pluralidade de causas, ou mesmo de causadores, coligados ou separados, com a contemporaneidade ou a sucessão. Se A pôs o fósforo aceso no quintal do vizinho e B, ao descobrir o começo do incêndio, lançou latas de querosene, para que os danos crescessem, ou mesmo, com medo do incêndio, correu e deixou que as latas caíssem, há duas ilicitudes danosas, sem que se possa falar de corresponsáveis. Se A e B cogitaram dos dois atos e os praticaram, os danos resultaram das concausas e há pluralidade com a solidariedade, porque o ato ilícito absoluto foi uno e a multiplicidade foi subjetiva. Não importa quem atirou o fosforo ou quem jogou as latas.*

*O lesado pode pedir indenização a qualquer um dos responsáveis, pois que são solidários, no todo, ou em parte. A prestação total por um libera a todos. A regra jurídica sobre solidariedade apanha qualquer responsabilidade pelos danos (eg. pela culpa ou pelo risco), bem como responsabilidade do autor imediato e do que exerce vigilância, a responsabilidade do possuidor próprio mediato, a do possuidor impróprio mediato e a do possuidor imediato.*

*Se há dados precisos sobre a discriminação dos danos e das suas causas, subjetivamente determinadas, cada pessoa só é responsável pelo dano que causou, ou pelo qual é, por lei, responsável.*

*Se há pluralidade de responsáveis, porém com diferenças quantitativas quanto ao que deviam e alguém pagou ao alguns pagaram, quem pagou ou os que pagaram mais do que deviam, tem pretensão a que sejam reembolsados.”*

Segundo Clovis do Couto e Silva<sup>132</sup>, por vezes o resultado danoso é produto de participação de mais de uma pessoa. Nessa hipótese, diz-se que houve concausa de dano, e o dever de reparar atinge aos que participaram ou concorreram para o acontecimento. Os responsáveis são coautores, porque houve concausas, e não uma causa só, ou pluralidade de causas para resultados diferentes, as quais deram ensejo ao dano.

<sup>131</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, 3 ed., t. 53, cit., p. 211-212.

<sup>132</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva**; org. Vera Maria Jacob Fradera, página 187-188

A concausalidade divide-se em duas ocasiões principais: quando há a causalidade múltipla, ou seja, mais de um ente é o causador do dano, ou quando a vítima concorre para produção do dano, influenciando na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos.

Neste ponto, é relevante salientar que, no caso da concausalidade múltipla, nosso legislador optou pelo mecanismo da solidariedade, conforme dispõe o artigo 942 do Código Civil<sup>133</sup> a riqueza jurídica da doutrina está ligada muito mais à questões pertinentes à conduta do lesado, sendo este o foco principal desta dissertação.

Sobre este ponto, Gisele Sampaio da Cruz<sup>134</sup>:

*Quando a ofensa tiver mais de um autor, eles serão solidariamente responsáveis perante a vítima, por força do art. 942 do Código Civil de 2002, mas, nas suas relações internas, é mais razoável que o prejuízo seja distribuído segundo a participação de cada um no resultado nocivo.*

*Esta, sim, seria a orientação condizente com a função da responsabilidade civil que reitera-se, não é a de punir o culpado, mas de garantir o ressarcimento da vítima do dano injusto. Além disso, se a norma seguisse a esta direção, poderia ser aplicada sem problemas às hipóteses de responsabilidade objetiva que independem de culpa.*

A causalidade complementar ocorre quando duas ou mais causas concorrem para a produção de um resultado que não teria sido alcançado de forma isolada por nenhuma delas.

Nas chamadas “causalidades cumulativas” ou “causalidade dupla” cada uma das causas teria, de forma isolada, determinado a formação do resultado.

Segundo Miragem<sup>135</sup>, diz-se causalidade cumulativa quando diversas causas, distintas e independentes entre si, contribuem para a realização de uma parte delimitada do dano total. Nesse caso, entende-se que cada agente contribuiu apenas com determinado dano, ou parte dele, não tendo vinculação com as demais consequências. Ou seja, cada agente responderá por parcela delimitada do dano, podendo-se mesmo dizer-se que são danos distintos.

<sup>133</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

<sup>134</sup> SAMPAIO DA CRUZ, Gisele. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**, pg 344.

<sup>135</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil** – São Paulo: Saraiva 2015, página 155

Importante ressaltar que o entrelaçamento das duas condutas verifica-se não apenas na produção do dano mas também quando o fato do lesado agrava um efeito danoso causado exclusivamente pelo lesante ou derivado ainda de uma atuação bilateral.

Santolim<sup>136</sup>, cita Acciarri e o livro de Hart e Honore:

*Neste contexto, ganha importância a distinção mencionada por Acciarri, entre condições NESS (necessary element of a sufficient set) e INUS (insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition), pois, adotado o primeiro critério, como citado por Hart e Honore, nos casos de sobre determinação causal podem existir vários conjuntos mínimos suficientes de condições, em que cada um dos elementos necessários destes conjuntos será “elegível” como causa.*

Ainda sobre a causalidade cumulativa, no tocante à corresponsabilidade do lesado, Brandão Proença<sup>137</sup> observa que no concurso para a produção do dano, e para a hipótese de simultaneidade causal, a causa gerada no lesado pode situar-se antes (o transportado viaja com um condutor fatigado ou provoca uma pessoa emotiva) ou depois da condição colocada pelo lesante (alguém acende um cigarro num local em que há gás libertado pela ação negligente de um terceiro).

Um exemplo de concausalidade cumulativa: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>138</sup> julgou um caso onde o paciente idoso foi encontrado morto, com infarto agudo do miocárdio, nos fundos do hospital, dois dias depois de fugir das dependências do estabelecimento hospitalar demandado.

Neste caso, segundo a decisão, o hospital primeiro ofereceu condições precárias de tratamento para pneumonia e não rogou a um paciente com histórico de fugas atenção redobrada e intensa, em contrapartida em momento posterior, a fuga logicamente caracterizou a culpa concorrente da vítima.

Na causalidade alternativa, ao contrário da concausalidade simultânea, uma só conduta causou o dano, mas é impossível sua identificação dentre as várias condutas possíveis de tê-lo

<sup>136</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – Dezembro 2014, página 89 cita HART, Herbert; HONORÉ, Tony. **Causation in the Law**. New York: Oxford Press, 1959 e ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

<sup>137</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 427

<sup>138</sup> Apelação Cível Nº 70058518200, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/11/2015

causado, ou seja, quando existem mais fatos potencialmente causadores de um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador. A causalidade alternativa, conforme já mencionado, importa numa ampliação do conceito de nexo causal. Santolim<sup>139</sup> cita Mota Pinto ao definir causas alternativas como a “incerteza sobre qual foi, das diversas causas, aquela que produziu o resultado”.

Segundo Vasco Della Giustina<sup>140</sup>, tem lugar a causalidade alternativa, no direito brasileiro, quando se tratar da responsabilidade de fatos com a participação de grupos de pessoas, nos quais não é possível individualizar a conduta de cada um deles, de modo que se deve imputar a todos os membros do grupo a responsabilidade solidária pelos danos causados.

Schreiber<sup>141</sup> critica a terminologia causalidade alternativa: “a causalidade é única, embora imprevisível, sendo alternativa, a rigor, a imputação de responsabilidade aos agentes, justamente pelo fato de não se lograr determinar qual deles, individualmente, produziu o dano”.

Entende-se, portanto, no caso da causalidade alternativa, que o dano deve também ser imputado ao próprio lesado, sendo possível ser até mesmo imputado exclusivamente a este na medida em que não é possível medir o grau de responsabilidade do lesante.

Neste item, discorreremos sobre as teorias clássicas da causalidade jurídica que entendemos nem sempre serem suficientes para dar respostas à dinamicidade da responsabilidade civil, ainda mais somando-se a complexidade da corresponsabilidade do lesado.

Por isso, enfrenta-se o tema do nexo de imputação objetiva que somado às teorias causais é capaz de preencher lacunas importante no que diz respeito ao apontamento do causador do dano.

No sistema bifronte de responsabilidade civil, como é o caso do direito brasileiro, interessa agora articular os princípios básicos que constituem a chamada responsabilidade objetiva e a incidência da corresponsabilidade do lesado.

---

<sup>139</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – Dezembro 2014, página 89, cita MOTA PINTO, Paulo. Sobre Condição e Causa na Responsabilidade Civil. “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves”, v. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 933.

<sup>140</sup> DELLA GIUSTINA, Vasco. **Responsabilidade Civil dos Grupos. Inclusive do Consumidor**. Rio de Janeiro. Aide, 1991, página 139.

<sup>141</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 5. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2013, página 75

Anote-se que a ideia de risco pode significar muitas vezes uma contaminação do requisito causal, como veremos na teoria da “responsabilidade integral” e como destacou Ana Mafalda Miranda Barbosa<sup>142</sup>, o risco assumido conscientemente pode funcionar como fundamento da imputação, o que demonstra a intensa conexão entre os itens.

#### **1.4 A teoria do risco, a responsabilidade objetiva e a corresponsabilidade do lesado**

A incidência da corresponsabilidade do lesado nos casos de responsabilidade objetiva é tema merecedor de um aprofundamento nesta dissertação tendo em vista os questionamentos sobre a aplicabilidade ou não da conduta do lesado como redutor da responsabilidade.

Para isso, basta apontar que o artigo 945 do Código Civil utiliza a expressão “culpa” e o Código de Defesa do Consumidor, a priori, preferiu por adotar um critério de “tudo ou nada” ao estabelecer a culpa exclusiva do consumidor como um excludente de responsabilidade, não anotando o critério da proporcionalidade.

Como se verá neste capítulo, estas distorções foram com o tempo vencidas pela jurisprudência brasileira, que passou a adotar-se um critério uníssono de aplicabilidade da corresponsabilidade do lesado.

Ao se pontuar sobre responsabilidade objetiva, é importante destacar que o parágrafo único do artigo 927 é a base da teoria do risco no direito brasileiro e estabelece que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sobre a corresponsabilidade do lesado e responsabilidade objetiva o Português João Calvão da Silva<sup>143</sup>, ponderou que “admitir que alguém pudesse reclamar indenização cabal, integral, mesmo havendo contribuído para o evento lesivo, seria um verdadeiro *venire contra factum proprium* que, na sua função de limitação de direitos, a boa-fé objetiva repudia”.

---

<sup>142</sup> Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação. Vol. II Coimbra: Principia, 2013. Página 745

<sup>143</sup> SILVA, João Calvão. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra, Almedina, 1999, página 733.

Segundo Claudio Luiz Bueno Godoy<sup>144</sup>, a questão perpassa por um padrão de conduta leal e solidária pela qual a boa-fé objetiva impõe, de resto também como revelação da eticidade, *in verbis*:

*“Algum conflito se põe acerca da aplicação da regra aos casos de responsabilidade sem culpa. Mas não se pode negar, como se disse, a questão envolve o nexo de causalidade subjacente ao evento. Envolve, mais inclusive, um padrão de conduta leal e solidária que a boa-fé objetiva impõe, de resto também como revelação da eticidade. Afinal, não seria leal imaginar que alguém que houvesse agido com culpa, malgrado não exclusiva, para eclosão do evento, pudesse se ver ressarcido integralmente, sem nenhuma redução, em nome de uma responsabilidade objetiva da outra parte”.*

O risco é um dos fatores mais importantes do instituto da responsabilidade civil contemporâneo. Segundo Tartuce<sup>145</sup>, a teoria do risco foi mola propulsora do surgimento da responsabilidade objetiva como evolução natural da matéria.

Caio Mario da Silva Pereira<sup>146</sup> ensina que o termo risco é “polivalente”, possuindo um grande número de significados. No primeiro, em termos gerais, a palavra risco significa o perigo de perecimento a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica. Em um segundo sentido, o risco é o elemento estruturante dos contratos aleatórios, visando distingui-los dos contratos comutativos, aqueles em que as partes já sabem quais são as prestações. A terceira acepção relaciona-se ao contrato de seguro como o fator gerador do direito à indenização do segurado ou de terceiros. Por derradeiro, no que concerne à responsabilidade civil, o risco possui um sentido especial, “e sobre ele a doutrina civilista desde o século passado vem se projetando, com o objetivo de erigi-lo em fundamento do dever de reparar, com visos de exclusividade, ou como extremação da teoria própria, oposta à culpa”<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002** – PELUZO, Cezar (Coordenador) 2 edição revisada e atualizada. – Barueri, SP : Manoele.

<sup>145</sup> *Ibidem*, página 117

<sup>146</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed., revista e atualizada por GUSTAVO TEPEDINO, GZ Editora: Rio de Janeiro, 2012, páginas 116/117

<sup>147</sup> *Idem* PEREIRA, cit 279.

Nuno Aureliano<sup>148</sup> divide a doutrina entre o risco-evento e risco-situação jurídica. Segundo o autor, “o risco deve ser entendido como situação de facto juridicamente relevante, que ao se identificar com o próprio evento de risco – do qual encontra dependente a assunção de perda patrimonial – encontra na sua base múltiplos fatores de concretização. Pressuposto este substrato, o risco deve ser equacionado enquanto sacrifício, dano potencial ou quantidade negativa patrimonial, que, em termos genéricos, identifica-se com a eventualidade de uma situação jurídica desfavorável.”.

Paulo Nader<sup>149</sup>, divide a teoria do risco em modalidades, destacando-se: risco proveito<sup>150</sup>, quando o responsável pelo dano é aquele que se beneficia da atividade; risco criado<sup>151</sup>, quando o responsável pelo dano é aquele que cria fonte geradora do perigo e risco profissional<sup>152</sup>, quando o agente desenvolve com habitualidade tarefas ou atividades perigosas.

Quanto ao desenvolvimento do capítulo, discorrer-se-á sobre as ponderações existentes quanto à expressão “culpa” no artigo 945, sobre a aplicabilidade do critério de proporcionalidade nas relações de consumo e quanto à responsabilidade civil objetiva do Estado e à possibilidade de incidência da corresponsabilidade.

#### **1.4.1 Teoria do risco integral e corresponsabilidade do lesado**

Se a incidência da corresponsabilidade do lesado tem aderência na disciplina da responsabilidade objetiva, o mesmo não se pode afirmar na teoria do risco integral quando se trata de temas ligados à responsabilidade civil como de danos ambientais ou nucleares.

---

<sup>148</sup> AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**, cit. P., página 20 op. Cit. SANTOLIM.

<sup>149</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**, página 101.

<sup>150</sup> A teoria do risco proveito pode ser resumida pela premissa de que o risco pode trazer benefícios ou vantagens, seguindo a lógica, que aquele que expõe a risco outras pessoas, determinadas ou não pode dele tirar um benefício, direto ou não, devendo arcar com as consequências de uma ação danosa.

<sup>151</sup> Muitos atos isolados ou mesmo atividades – soma de atos – podem gerar riscos para as outras pessoas ou para a coletividade. Por tanto, risco criado, é quando o responsável pelo dano é aquele que cria fonte geradora do perigo. O artigo 938 do Código Civil de 2002 adotou a teoria do risco criado ao prever a responsabilidade do ocupante de prédio pelos objetos líquidos e sólidos que dele caírem ou forem lançados em local indevido causando danos a terceiros.

<sup>152</sup> A teoria do risco profissional incide quando o agente desenvolve com habitualidade tarefas ou atividades perigosas, sujeitando o empregador a reparar danos causados a seus empregados, em decorrência do trabalho ou em razão dele, ou ainda quando existe em dano a terceiro.

Segundo Herman Benjamin<sup>153</sup>, na responsabilidade civil pelo dano ambiental, não é aceita a excludente de culpa concorrente da vítima, pelo fato do meio ambiente ter como titular a coletividade:

*O Direito Ambiental brasileiro abriga a responsabilidade civil do degradador na sua forma objetiva, baseada na teoria do risco integral, doutrina essa que encontra seu fundamento na ideia de que a pessoa que cria o risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento. Basta, portanto, a prova da ação ou omissão do réu, do dano e da relação de causalidade.*

*Espelhando-se no tratamento dado aos acidentes do trabalho e levando em conta o perfil constitucional do bem jurídico tutelado - o meio ambiente, direito de todos, inclusive das gerações futuras, de fruição comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e, por isso mesmo, de preservação assegurada - é que o sistema jurídico ambiental adota a modalidade mais rigorosa de responsabilização civil, aquela que dispensa a prova de culpa.*

*Também pelas mesmas razões, o Direito Ambiental nacional não aceita as excludentes do fato de terceiro, de culpa concorrente da vítima (que vítima, quando o meio ambiente tem como titular a coletividade?) e do caso fortuito ou força maior, como estudaremos mais abaixo. Se o evento ocorreu no curso ou em razão de atividade potencialmente degradadora, incumbe ao responsável por ela reparar eventuais danos causados, ressalvada sempre a hipótese de ação regressiva. (...)*

*O Direito brasileiro, especialmente após a Constituição Federal de 1988 (é dever de todos...), não admite qualquer distinção - a não ser no plano do regresso - entre causa principal, causa acessória e concausa.*

*Têm plena razão Nelson Nery Junior e Rosa Maria B.B. de Andrade Nery ao afirmarem que 'seja qual for a participação de alguém na causação de um dano, há, para ele, o dever de indenizar', respondendo pela totalidade do dano, ainda que não o tenha causado por inteiro.*

*Todos sabemos que 'uma das maiores dificuldades que se pode ter em ações relativas ao meio ambiente é exatamente determinar de quem partiu efetivamente a emissão que provocou o dano ambiental, máxime quando isso ocorre em grandes complexos industriais onde o número de empresas em atividades é elevado. Não seria razoável que, por não se poder estabelecer com precisão a qual deles cabe a responsabilização isolada, se permitisse que o meio ambiente restasse indene'."*

---

<sup>153</sup> BENJAMIN, Herman. **Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental**. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2010. página. 501/501

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao comentar a lição de Herman Benjamin, no REsp 1373788/SP, afirma que a responsabilidade civil pelo dano ambiental decorre diretamente do fato de ser desenvolvida pelo agente poluidor uma atividade de risco da qual advieram prejuízos ao meio ambiente ou a terceiros, abstraindo-se qualquer análise acerca da subjetividade da conduta do agente, não se admitindo, inclusive, algumas das tradicionais excludentes de responsabilidade civil, tais como o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro ou a própria culpa da vítima.<sup>154</sup>

Sanseverino justifica seu posicionamento por entender ser essa uma modalidade excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (CF, art. 21, XXIII, letra “c” e Lei 6453/77).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em outros dois julgados, manter este posicionamento e afastar a análise da culpa concorrente da vítima, ou culpa exclusiva da vítima nos casos de danos ambientais.

No *caso dos pescadores*<sup>155</sup>, o Ministro Sidnei Beneti entendeu ser inviável a alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador, entendimento este seguido no AgRg no AREsp 206.748/SP.

De outro modo, observa-se que a corresponsabilidade do lesado não deve ser afastada nem mesmo diante da teoria da responsabilização integral, pois o lesante pode responder integralmente perante a coletividade, mas nunca perante o lesado, quando este participou do dano, ao menos com dolo.

Tanto é assim que, mesmo nos danos nucleares, o artigo 6º da Lei 6.453 impõe que, uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar. Portanto evita-se, assim, que o causador o dano seja ressarcido por terceiros.

---

<sup>154</sup> REsp 1373788/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 20/05/2014)

<sup>155</sup> (REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012).

### 1.4.2 A corresponsabilidade do lesado e o direito do consumidor

Para alguns doutrinadores, nos casos de responsabilidade objetiva, não se cogitaria falar em culpa do agente: a responsabilidade objetiva, por definição, independe de culpa. Apesar disso, o fato exclusivo da vítima (culpa exclusiva da vítima) pode ser invocado como excludente de causalidade, com base no artigo 12, § 3º, III, do Código de Defesa do Consumidor, porque, nestas hipóteses, o dano terá resultado unicamente da conduta da própria vítima.

Segundo Gisela Sampaio da Cruz<sup>156</sup>, discute-se se a “concorrência de culpa” pode ser invocada também no âmbito da responsabilidade objetiva, para atenuar a responsabilidade do agente, isto é, para reduzir o valor da indenização.

A tendência tem sido a de aceitar a redução, já que a concorrência da vítima diminui a intensidade do nexo causal e, em última análise, reduz também a parcela de responsabilidade do ofensor.

Nessa linha, a percepção de que as normas devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é afastada pela *teoria do diálogo das fontes*, segundo a qual o *ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária*. Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg é tido como o idealizador da teoria.

Segundo Claudia Lima Marques, a doutrina atualizada, porém, está à procura, hoje, muito mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão, sendo que a o *diálogo das fontes* tem o fito de trazer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar problemas de conflito entre normas jurídicas (antinomias) no sentido de interpretá-las de forma coordenada e sistemática, em consonância com os preceitos constitucionais, *in verbis*:

“É o chamado ‘diálogo das fontes’ (*di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar*), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, *Recueil des Cours*, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.

<sup>156</sup> SAMPAIO DA CRUZ, Gisele. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**, página 344.

*Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgue a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours, II, p. 60 e 251 e ss.).*

*O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'.*

*'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)'.<sup>157</sup>*

Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>158</sup>, ao tratar do tema do direito do consumidor e concausalidade, relata como ocorreu a construção desse debate entre a aplicação da responsabilidade objetiva com a concausalidade da vítima:

*“Como é notório, o Código Civil estabeleceu um sistema de responsabilidade civil baseado na extensão do dano e no grau de culpa dos envolvidos com o evento (art. 944). Assim, havendo excessiva desproporção entre o grau de culpa do agente e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização. Mais do que isso, consagra-se a culpa concorrente da vítima como atenuante da responsabilidade civil (art. 945 do CC). Questão importante reside em saber se tais parâmetros têm incidência também para a responsabilidade civil objetiva, notadamente para a responsabilidade prevista pela Lei 8.078/1990.*

*(...)*

*Trata-se da incidência da máxima da equidade, retirada da isonomia constitucional e do bom senso (art. 5º, caput, da CF/1988). Deve ficar*

<sup>157</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, página. 89/90.

<sup>158</sup> NEVES in” Manual de Direito do Consumidor, Ed. Método, SP, 2013, 2ª ed., p. 203/207

*bem claro que o fato concorrente da vítima não é fator excludente da responsabilidade do fornecedor, mas simplesmente um fator de diminuição do dever de reparar. Desse modo, a indenização será fixada com razoabilidade, de acordo com as contribuições dos envolvidos, seja por culpa, fato ou risco assumido.*

*Na mesma linha da análise da concausalidade, o próprio proponente do Enunciado 46 do Conselho da Justiça Federal, da I Jornada de Direito Civil, Paulo de Tarso Sanseverino, mudou seu entendimento em relação à redação original da proposta anterior. Em artigo que sintetiza sua tese de doutorado, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o jurista expõe, ao comentar o enunciado, que, “Voltando a refletir, com maior profundidade, a respeito do tema por ocasião da elaboração da presente tese, convenci-me, após aprofundar a pesquisa, da possibilidade da incidência da cláusula geral de redução também na responsabilidade objetiva, revisando posição anteriormente sustentada. O atual Ministro do STJ recomenda que a interpretação de acordo com a gravidade da culpa seja substituída pela interpretação segundo a relevância da causa. Uma das causas relevantes que este estudo propõe é justamente a assunção do risco pelas partes envolvidas com o evento danoso.*

(...)

*Pode até parecer que a admissão do fato concorrente do consumidor constitui um argumento contrário à tutela de seus direitos, violando a proteção constitucional constante do art. 5º, XXXII, do Texto Maior. Trata-se de um engano, uma vez que, em algumas situações, o fato ou o risco concorrente constitui um argumento para proteção dos vulneráveis negociais pela divisão justa dos custos sociais da responsabilidade civil.”*

Segundo Miragem<sup>159</sup>, não há de se referir, portanto, à culpa concorrente do consumidor como causa de exclusão de responsabilidade, ainda que se possa admitir, no caso concreto, a possibilidade de redução do ‘*quantum*’ da indenização.

O direito comunitário europeu dispôs expressamente sobre a possibilidade de redução ou supressão da responsabilidade do fornecedor na hipótese de concorrência de defeito do produto e de fato culposos da vítima. Nos termos do artigo 8º, da Diretiva nº 374/85/CEE, de 25/07/1985, “*a responsabilidade do produtor pode ser reduzida ou suprimida, tendo em conta todas as circunstâncias, se o dano tiver sido causado conjuntamente por um defeito do produto e por fato culposos da vítima.*”

---

<sup>159</sup> MIRAGEM, Bruno, *Curso de Direito do Consumidor*, SP, RT, 2010, página 532

A jurisprudência do STJ<sup>160</sup>, no REsp 1226974/PR, de Relatoria do Ministro João Otavio de Noronha, decidiu que a incidência do Código de Defesa do Consumidor não afasta aplicabilidade da teoria da culpa concorrente: *A jurisprudência do STJ, seja com base na responsabilidade subjetiva, seja com base no Código de Defesa do Consumidor, reconhece o dever de indenizar em caso de acidente ocorrido em piscinas, por causa ou da negligência na segurança ou do descumprimento do dever de informação daquele que disponibiliza a área recreativa.*

As decisões judiciais do TJRS<sup>161</sup> também indicam, pela aplicação da corresponsabilidade do lesado, quando incide o Código de Defesa do Consumidor. No julgamento da Apelação Cível nº 70066368978, o Desembargador Relator Marcelo Cezar Muller, em ação indenizatória de consumidora contra um restaurante pleiteando danos estéticos e morais decidiu que "...a culpa concorrente deve ser reconhecida, em face do agir da autora, proceder que contribuiu para o evento".

#### **1.4.3 Corresponsabilidade do lesado e Responsabilidade Civil do Estado**

Tem especial relevo a aplicação da corresponsabilidade do lesado em face à responsabilidade civil extracontratual do Estado, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no exterior, tendo em vista que sua aplicabilidade muitas vezes é questionada, principalmente para os casos que não envolvem serviços terceirizados, já que o Supremo Tribunal Federal<sup>162</sup> entendeu que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço e deu repercussão geral a esta decisão, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Como se vê no primeiro capítulo, a culpa concorrente do Estado está inserida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde 1943, marcadamente na ACi 8069, sob

<sup>160</sup>REsp 1226974/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 30/09/2014

<sup>161</sup> Apelação Cível Nº 70066368978, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 17/12/2015

<sup>162</sup> Sobre a responsabilidade objetiva do Estado o STF tem julgamento de Repercussão Geral uniformizando a matéria: "A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal" (RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009).

Relatoria do Min. Orozimbo Nonato, em Ação de Indenização promovida contra a Estrada de Ferro Central do Brasil.

A partir da evolução da matéria, gradativamente o tema foi ganhando maior destaque e, em 1970, pode se afirmar que teve seu *leading case* em uma Ação de Indenização por acidente de veículo contra o Exército Nacional, movida pelas filhas e pela esposa do falecido marido, sob relatoria do Ministro Adalício Nogueira. No caso, a conclusão foi pela atenuação do dever de reparar da União Federal, em face à contribuição da vítima para o evento danoso, mas foi reconhecida a reponsabilidade objetiva da União Federal em face ao Artigo 194 da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido nas Cartas de 1967 e 1969 respectivamente nos artigos 105 e 107.<sup>163</sup>

Este posicionamento foi se solidificando na corte constitucional e, em 1993. O Ministro Moreira Alves, em julgamento, apesar de entender que no caso concreto havia reponsabilidade exclusiva da vítima, em seu voto, demonstrou ter o entendimento do cabimento da teoria da culpa concorrente como fator de mitigação da responsabilidade civil do Estado<sup>164</sup>.

A mesma linha de entendimento segue o Superior Tribunal de Justiça, que conta com uma série de decisões jurisprudenciais que determinam a redução da indenização, na medida em que as vítimas contribuíram para o evento danoso<sup>165</sup>. Esse entendimento revela a importância do presente estudo e o tema será aprofundado em capítulo específico, já que demonstra não haver balizamento da redução da indenização, conforme a participação da vítima.

Uma decisão relevante referente à aplicação da culpa concorrente, em que a vítima, um menor, fez mergulho arriscado em balneário público, causando lesão medular cervical irreversível, datado do ano de 2003, merece destaque, pois o Ministro Franciulli Netto considerou haver responsabilidade subjetiva do Estado. Reconheceu, contudo, que a culpa era concorrente<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> RE 68107, Relator(a): Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. THOMPSON FLORES, Segunda Turma, julgado em 04/05/1970, DJ 09-10-1970 PP-04766 EMENT VOL-00814-01 PP-00259 RTJ VOL-00055-01 PP-00050

<sup>164</sup> RE 120924, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 25/05/1993, DJ 27-08-1993 PP-17023 EMENT VOL-01714-04 PP-00618

<sup>165</sup> AgRg no REsp 979.804/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 02/12/2008

<sup>166</sup> REsp 418.713/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2003, DJ 08/09/2003, p. 280

Segundo Tartuce<sup>167</sup>, ao comentar esta decisão entendeu que: “em vez de culpa recíproca, como consta no final da ementa, poder-se-ia imaginar a existência de um risco recíproco ou de fatos concorrentes”.

Por fim, destaca-se o julgamento proferido pelo Ministro Luiz Fux, no ano de 2008, em que um chefe de família faleceu por ter caído em um bueiro destampado, no interior do Rio Grande do Norte. Na sentença de primeira instância, o julgador aponta três concausas para o acidente, a saber: o fato de estar o chefe de família embriagado, dirigindo uma bicicleta em local impróprio para este fim e, por último, a falta de iluminação pública<sup>168</sup>.

A Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Carla Amado Gomes<sup>169</sup>, ao referir-se à aplicação da corresponsabilidade do lesado, em face à reponsabilidade objetiva do Estado no direito francês e português, ilustrou com um exemplo doutrinário bastante atual, *in verbis*:

*...uma situação clássica de culpa do lesado no âmbito da responsabilidade administrativa pelo risco seria a do fotógrafo que se recusa a sair de uma praça onde deflagraram tumultos quando agentes policiais lhe impõem e é ferido por uma bala de borracha utilizada pelas forças da ordem para fazer dispersar os desordeiros. O que é questionável é saber se um agente policial que, saindo da formação, temerariamente tenta fazer dispersar um grupo de indivíduos particularmente agressivos e é ferido, terá direito a ser ressarcido nos mesmos termos.*

*A resposta dada pela jurisprudência francesa vai no sentido de utilizar a responsabilidade pelo risco, sopesando a contribuição do lesado para o dano, de forma subsidiária, ou seja, apenas nos casos em que não exista subsídio de risco ou seguro profissional que cubra este tipo de lesões. cremos que idêntica resposta deve merecer esta hipótese no quadro do direito nacional.*

<sup>167</sup> TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade civil objetiva e risco. A teoria do risco concorrente**. Editora Metodo, página 283.

<sup>168</sup> AgRg no REsp 901.897/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 17/12/2008

<sup>169</sup> GOMES, Carla Amado. **A culpa (ou a conduta?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto**. Revista do Ministério Público nº 139 : Julho : Setembro 2014, páginas 09 -28

A conclusão é que a jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, reconhece a incidência da corresponsabilidade do lesado nos casos de responsabilidade objetiva do estado.

#### **1.4.4. Direito do trabalho e corresponsabilidade do lesado**

Outro ponto de conexão merecedor de análise é a relação entre a corresponsabilidade do lesado e o direito do trabalho, tendo em vista, que a responsabilidade objetiva do empregador é realidade infestável.

Esta afirmação tem base nos artigos 927, parágrafo único<sup>170</sup>, artigo 932, III, e 933 do Código Civil. A questão que surge é sobre a aplicabilidade do instituto da corresponsabilidade do lesado, quando o empregado participa do dano que lhe causou prejuízo.

Neste ponto, pode-se encontrar um sadio diálogo entre o direito do trabalho e o direito civil, ao analisar a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, onde se verifica citações expressas ao artigo 945 do Código Civil.

Pode-se citar, como exemplo, o Recurso de Revista julgado pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho<sup>171</sup>, em que os familiares de um operário de uma construtora que veio a falecer em decorrência de acidente de trabalho ingressaram com a demanda judicial. O Ministro Renato de Lacerda Paiva, relator do processo, majorou a indenização, determinada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (SC), por considerar insuficientes para a dimensão do caso, mesmo entendendo tratar-se de indenização por morte de empregado, causada por acidente em que ficou configurada a culpa concorrente da empresa.

No caso, o operário faleceu ao cair do andaime da obra após tentar liberar a descida de uma tábua que estava enroscada ao cabo. O Magistrado de primeiro grau negou a indenização por danos morais por não constatar culpa da construtora, pois o operário estava utilizando o cinto de segurança no momento. Para o Magistrado, a construção civil não estaria incluída nas

---

<sup>170</sup> 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.

<sup>171</sup> RR - 25900-90.2008.5.17.0006 Ministro Renato de Lacerda Paiva

atividades de risco que justificassem, por si só, a condenação da empresa por responsabilidade objetiva.

O Tribunal Regional de Santa Catarina julgou procedente o recurso da família do operário. De acordo com o TRT, a construção civil seria, sim, atividade de risco, o que justificaria a responsabilidade objetiva.

O TRT ressaltou o fato de que, no momento do acidente, não havia nenhum superior hierárquico que pudesse orientar ou comandar a operação, o que configuraria a culpa também da empresa no acidente. "Ficou claro que o cinto de segurança estava com a vítima, que o desprendeceu para tornar eficaz a operação de descida da tábua que havia se enroscado entre o andaime e a coluna. Mas isso não retira a obrigação do empregador, através de seus encarregados e engenheiros, de acompanhar e orientar as operações de maior risco dentro da obra", concluiu.

Descontente com o valor da indenização, fixada em valor considerado baixo pelo TRT, a família recorreu ao TST. No julgamento do recurso, a Segunda Turma majorou a indenização por considerá-la desproporcional ao dano causado pelo acidente, mesmo reconhecendo a corresponsabilidade do lesado.

Resta demonstrado que a concorrência de causas prevista no artigo 945 é aplicável aos casos atinentes ao direito do trabalho, destacadamente às ações judiciais que tratam de acidente do trabalho.

Conclui-se, portanto, pela incidência da corresponsabilidade do lesado em diversos vértices da teoria do risco, demonstrando que a jurisprudência somente não reconhece sua aplicação no caso da teoria da responsabilidade integral e no direito ambiental.

Assim demonstra-se que, desde o início desta investigação, no direito brasileiro, a jurisprudência vem aplicando, quase que sem exceção, a culpa concorrente como fator redutor da responsabilidade.

No item seguinte, analisa-se a auto-responsabilidade do lesado no direito estrangeiro demonstrando a diferença histórica da abordagem dada nos países de influências romano-germânica e anglo-saxã.

## 2 Corresponsabilidade do lesado em legislações estrangeiras

A teoria da corresponsabilidade do lesado, como critério de redução da indenização pelos danos causados pelo lesante foi introduzida primeiramente na legislação Austríaca (§ 1304 do ABGB) em 1811, e, em seguida, no artigo 44º, 1 do *Code des Obligations* Suíço. Depois expandiu-se pela maioria dos países Europeus, se não na legislação, com adoção jurisprudencial.

Enquanto isso, na *commow law*, o critério adotado até 1945 foi o do *contributory negligence*, na linha do Direito Romano, que adotava a teoria do “tudo ou nada”, ou seja, quando identificada a responsabilidade do lesado, o lesante ficava isento de arcar com qualquer indenização.

Quanto ao direito comparado, o princípio da indenização proporcional, nos casos de responsabilidade, e concorrente, foi sancionado no Código Civil alemão (§ 245) e modernamente, nos Códigos Civis da Itália (art. 127) e de Portugal (arts. 570,571 e572).

O direito civil italiano, há tempos, trabalha com a causalidade, particularmente com o concurso do próprio credor para o prejuízo – retirado do atual art. 1227 do Codice –, o que é fundamental para a análise comparativa deste estudo.

Os artigos 1.137<sup>172</sup> e 1.138<sup>173</sup> do Código Civil Espanhol, tratam de responsabilidade contratual, mas são igualmente aplicados à reponsabilidade extracontratual. Em suma, as responsabilidades devem ser distribuídas entre cada uma das pessoas a quem sejam imputadas tais causas. Não sendo isso possível, valerá a solidariedade entre todos os autores e coautores.

---

<sup>172</sup> Artículo 1137 La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.

<sup>173</sup> Artículo 1138 - Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.

Neste ponto é fundamental, também que se mergulhe nos estudos do direito anglo-saxão, com destaque à Inglaterra e aos Estados Unidos, analisando o atual quadro da aplicação da doutrina do *comparative negligence* nos ordenamentos jurídicos de cada estado, demonstrando, a partir de uma leitura holística, as peculiaridades e entendimentos firmados.

Na América do Sul, a corresponsabilidade do lesado está prevista, expressamente, em alguns códigos civis, como o colombiano<sup>174</sup> que tem previsão em seu artigo 2357 e como o Chileno<sup>175</sup>, que prevê texto semelhante no Artigo 2230.

Segundo Acciarri<sup>176</sup>, no direito argentino, a participação da vítima é motivo de excludente parcial de indenização:

*“En el derecho argentino se observa un tratamiento diferencial de la cuestión según se trate de contribución causal entre el hecho de la víctima y el de otra persona (un dañador único y víctima), o de hechos de dos personas ajenas a la víctima (vários dañadores). En el primer caso, para el cual algunos autores reservan el rótulo “concausalidad”, se considera, de modo general, que el hecho de la víctima es eximente parcial de la responsabilidad del otro causante del daño (el dañador).”*

Este entendimento foi consagrado no artigo 1719 do Código Civil argentino que expõe:

*La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.*

O certo é que, tanto na Europa quanto nos países da *commow law*, o tema ganhou relevo acadêmico, ainda não atingido no Brasil. No próximo item, analisar-se-á, especificamente, a

---

<sup>174</sup> ARTICULO 2357. <REDUCCION DE LA INDEMNIZACION>. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

<sup>175</sup> artículo 2330 del Código Civil chileno, "la apreciación del daño estará sujeta a reducción cuando el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"

<sup>176</sup> ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños**, página 195.

aplicação da corresponsabilidade do lesado no sistema jurídico germânico e no sistema jurídico lusitano.

O direito alemão é um dos berços da *civil Law* e trouxe contribuições importantes para o tema da concausalidade e da corresponsabilidade do lesado. Apesar do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) não ter sido a primeira codificação de direito privado a contar com a inserção destes institutos, como se vê em outros trechos da dissertação, a escola pandeccionista foi a criadora destes mecanismos jurídicos.

Nesse sentido, segundo Cees van Dam<sup>177</sup>, o modelo alemão de responsabilidade civil é o mais elaborado e sistematizado da Europa e uma das razões para tal complexidade é a influência da Pandectística, que, dentre outros aspectos, concebia o ato ilícito extracontratual sob dupla perspectiva: (i) a ilicitude, vista a partir da violação das normas jurídicas, e (ii) a culpa, vista a partir da reprovabilidade da conduta, o que influenciou sistemas de direito privado em diversos países.

No § 254 do BGB, está previsto o concurso de culpas (*Mitverschulden*), determinando que, se na produção de dano há concorrência de culpa do prejudicado, tanto o dever de ressarcimento quanto a extensão dependem das circunstâncias, em especial na medida em que o dano tiver sido causado preponderantemente por uma parte ou por outra, *in verbis*:

#### *Seção 254*

##### *Concorrência de Culpas.*

*(1). Quando a culpa, por parte da vítima, contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilização, bem como a extensão da indenização a ser paga dependem das circunstâncias, em especial, em que proporção o dano foi causado por cada uma das partes.*

*(2). Isto também se aplica ainda que a culpa da vítima se restrinja a não ter alertado o agente para o perigo de dano extraordinariamente maior, do qual não estava ou não deveria estar ciente, ou, ainda, no caso de ter a vítima deixado de evitar ou reduzir os danos. A previsão de seção 278 aplica-se com as modificações necessárias<sup>178</sup>.*

<sup>177</sup> DAM, Cees van. **European Tort Law**. New York: Oxford University Press, 2006, página 08.

<sup>178</sup> (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

Nota-se que a mesma conclusão valendo ao item (2), determinando o que ocorre se o prejudicado deixar de chamar a atenção da outra parte em relação a um dano não usual, que ela não conhecia, nem deveria conhecer, ou caso se omita, a evitar o dano ou a mitigá-lo.

Tartuce<sup>179</sup> lembra os comentários de Hedemann ao § 254 do BGB:

*Em complementação, J. W. Hedemann afirma que interpretada a norma, a missão do juiz para a aplicação das regras consiste em decidir a verdade de acordo com a produção das provas e a apreciação dos fatos concorrentes. Se das provas conclui-se que toda a culpa recai de forma isolada sobre o demandado, somente ele será condenado a indenizar. Por outra via, se o total culpado for somente o demandante, não há que se falar em reparação civil por parte do demandado. Por fim, se ambos forem os culpados do dano, a indenização deve ser fixada de acordo com essa coparticipação na causação dos danos compensando-se as culpas.*

O § 830 do BGB trata dos coautores e partícipes do dano, prevendo que, se vários tiverem causado o dano, mediante um ato ilícito realizado conjuntamente, cada um deles será responsável pelo dano. O BGB ainda impõe que se deve julgar da mesma forma, se não for possível determinar qual de todos os partícipes causou o prejuízo (item 1). Em reforço, os indutores e cúmplices equiparam-se aos coautores (item 2).

Do § 830 do BGB, pode-se fazer uma construção metodológica divididas em três situações: danos causados conjuntamente, danos causados de forma independente e danos causados por uma participação em uma conduta perigosa.

A lógica que o sistema germânico utiliza é a de que a atuação conjunta de uma ação pressupõe uma cooperação consciente e querida de várias pessoas para a obtenção do resultado, que cada uma quer como se fosse o seu próprio ato (coautoria), gerando o dever de indenizar de acordo com a colaboração para o evento danoso.

Influenciado pelo § 254 do BGB, o Código Civil Português contemplou, nos artigos 570 até 572, a corresponsabilidade do lesado, *in verbis*:

---

<sup>179</sup> TARTUCE, Flávio, página 223.

*1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.*

*2. Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.*

Almeida Costa <sup>180</sup> cria exemplos de aplicação da primeira parte do artigo 570:

*Figuremos um exemplo correspondente a cada uma das referidas hipóteses: A atropela B, não só por imperícia, mas também devido a distração deste último; C, vítima de uma lesão corporal provocada por D, não segue ou descuida os tratamentos que o médico lhe determinou e, em consequência disso, fica a padecer de um defeito físico.*

*Em tais situações deverá o tribunal atender à gravidade das culpas de ambas as partes e às consequências que delas resultam, podendo a indenização ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída (570, nº 1). Afigura-se razoável este preceito na nossa lei, tendente à repartição dos danos ou até à exclusão da obrigação de indenizar.*

Sobre a segunda parte do artigo 570 o autor afirma que bem se justifica a solução consagrada para as situações de culpa presumida.

Segundo Brandão Proença<sup>181</sup>, é discutível que se possa retirar do conjunto de regras fixadas nos artigos 570 a 572 um princípio geral de repartição do dano aplicável às hipóteses em que, do lado do lesante, haja uma conduta concorrente, traduzida na criação de um risco ou na prática de um ato ilícito danoso:

*Pode afirmar-se genericamente, que o responsável pode alegar e provar a contribuição culposa do lesado para o dano, em qualquer pedido de indenização fundamentado em responsabilidade pré-contratual, contratual ou extracontratual. Se não é duvidosa a aplicação directa da norma que regula, entre nós, o chamado “concurso de culpas” do lesante e do lesado, desde que verificado o pressuposto subjetivo exigido no artigo 570 1ª, é discutível, pelo menos no plano em que se colocou nosso legislador, que se possa retirar, do conjunto de regras fixadas nos artigos 570 a 572, um*

<sup>180</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações** – 12º ed., página 782

<sup>181</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão, Idem, página 30.

*princípio geral de repartição do dano, aplicável às hipóteses (aparentemente não reguladas) em que, do lado do lesante, haja uma conduta concorrente, traduzida na criação de um risco ou na prática de um ato ilícito danoso.*

O artigo 571º refere-se a culpa dos representantes legais e auxiliares e impõe: *Ao facto culposo do lesado é equiparado o facto culposo dos seus representantes legais e das pessoas de quem ele se tenha utilizado.* Este preceito equivale a imputar ao lesado os fatos culposos de pessoas por quem poderia responder se causassem prejuízos de terceiro. Mario Júlio de Almeida da Costa<sup>182</sup> utiliza o seguinte exemplo: A encarrega B da guarda do objeto X a que C produz danos, os quais aumentam por culpa de B.

Já o artigo 572º trata das questões envolvendo a prova da culpa do lesado e imputa àquele que alega a culpa do lesado a incumbência de provar da sua verificação; mas o tribunal conhecerá dela, ainda que não seja alegada.

Quanto às decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, tem-se aplicado o artigo 570 com certa assiduidade. Seleccionamos dois recentes julgados como forma de exemplificação:

- (1) Em casos de acidente do trabalho, o STJ lusitano entende que <sup>183</sup> a lei exige que o comportamento que tal configure se apresente como a única causa do acidente.
- (2) Já no caso de um acidente de “viação” entendeu o STJ não ser excessiva a repartição em 50% das culpas entre os dois condutores – o perseguido por revelar imperícia e o perseguidor por criar naquele um estado de espírito de tensão – atribuída pela Relação, estando vedado a este STJ agravar a culpa do condutor do veículo perseguidor<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações** – 12º ed., página 784

<sup>183</sup> «IV - Para responsabilizar a entidade empregadora, por violação de regras sobre a segurança no trabalho, basta que essa violação se apresente como causa adequada do evento, não sendo necessário que, só por si, sem a colaboração de outros factos, o tenha produzido, o que significa que aquela responsabilidade não é afastada na hipótese de concorrência de causas»

«6. – (...) Disto decorre que, na hipótese de se verificar que, além daquela violação de regras de segurança pela entidade empregadora, concorreram para a produção do acidente comportamentos do sinistrado que traduzam a violação, sem causa justificativa, das condições de segurança estabelecidas pela entidade empregadora ou previstas na lei [alínea a) do artigo 7.º], subsiste o direito à reparação e a responsabilidade da empregadora, sendo que, para excluir o direito à reparação com fundamento em negligência grosseira do sinistrado, a lei exige que o comportamento que tal configure se apresente como a única causa do acidente [alínea b) do artigo 7.º.]»  
[Processo n.º 107/05.8TTLRA.C1, publicado na base de dados do ITIJ]

<sup>184</sup> 1749/06.0TBSTS.P1.S1

É relevante destacar, também, o artigo 497 do Código Civil de Portugal, pois trata da solidariedade de todos os responsáveis pelo dano, sendo que o item 2 do artigo revela a importância do instituto para o direito privado lusitano:

1. *Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.*
2. *O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das Consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.*

Segundo Almeida Costa<sup>185</sup>, não é indiferente à obrigação de indenizar à posição do próprio prejudicado quanto ao dano sofrido. Apurou-se a propósito dos acidentes de viação, que se exclui a responsabilidade se o acidente foi imputável ao lesado (art. 505.<sup>o186</sup>) e que a colisão de veículos poderá determinar uma repartição de responsabilidades (art. 506.<sup>o187</sup>). Todavia, o autor reconhece que como regra geral, a corresponsabilidade do lesado é regulada pelo artigo 570 do Código Civil de Portugal.

Sobre a friezsa da exclusão prevista no artigo 505<sup>o</sup> é preciso destacar um caso jurisprudencial do STJ de Portugal, onde estava em causa um acidente de viação em que uma criança de 10 anos, manobrando uma bicicleta, não observa a regra da prioridade e embate contra um automóvel, sofrendo danos físicos não incapacitantes, mas ainda assim inestéticos. O Supremo, rompendo com a linha tradicional e revogando as duas decisões das instâncias inferiores, exoneratórias, apela à necessidade de ponderação, orientada por um pensamento de justiça face a “situações as mais díspares”<sup>188</sup>:

“... não podemos deixar de ponderar a justeza da crítica, que à corrente tradicional tem sido dirigida, de conglobar, na dimensão exoneratória da norma do art. 505<sup>o</sup>, tratando-as da mesma forma, situações as mais díspares, como sejam os comportamentos mecânicos dos lesados, ditados por um medo invencível ou por uma reacção instintiva, os

<sup>185</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações** – 12<sup>o</sup> ed., página 782.

<sup>186</sup> 505. Sem prejuízo do disposto no artigo 570<sup>o</sup>, a responsabilidade fixada pelo n<sup>o</sup> 1 do artigo 503<sup>o</sup> só é excluída quando o acidente for imputável ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo.

<sup>187</sup> 1. Se da colisão entre dois veículos resultarem danos em relação aos dois ou em relação a um deles, e nenhum dos condutores tiver culpa no acidente, a responsabilidade é repartida na proporção em que o risco de cada um dos veículos houver contribuído para os danos; se os danos forem causados somente por um dos veículos, sem culpa de nenhum dos condutores, só a pessoa por eles responsável é obrigada a indemnizar.

2. Em caso de dúvida, considera-se igual a medida da contribuição de cada um dos veículos para os danos, bem como a contribuição da culpa de cada um dos condutores.

<sup>188</sup> GOMES, Carla Amado. **Nota breve sobre a tendência de objectivização da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.**

eventos pessoais fortuitos (desmaios e quedas), os factos das crianças e dos (demais) inimputáveis, os

comportamentos de precipitação ou distração momentânea, o descuido provocado pelas más condições dos passeios, uniformizando, assim, «as ausências de conduta, as condutas não culposas, as pouco culposas e as muito culposas dos lesados por acidentes de viação», «desvalorizando a inerência de pequenos descuidos à circulação rodoviária», e conduzindo, muitas vezes, a resultados chocantes”<sup>189</sup>.

Deste modo, conclui-se que o direito lusitano, há muito, aplica a teoria da corresponsabilidade do lesado.

## 2.1 Corresponsabilidade no direito anglo saxônico

A disciplina da corresponsabilidade do lesado, acolhida pelas codificações do século XIX e recepcionada pelas legislações civilistas nas últimas décadas, somente foi recepcionada nos países que utilizam o sistema jurídico da *commow law* recentemente.

Por muito tempo, nos países anglo-saxônicos, imperou o critério do “ou tudo ou nada” (*contributory negligence rule*), abrindo mão do critério de repartição. A doutrina<sup>190</sup> cita o caso de *Buttrfield Vs. Forrester*, de 1809, proveniente dos tribunais da Grã-Bretanha, como o primeiro caso em que foi aceito a excludente de responsabilidade do réu pela conduta do autor da ação. No caso, a vítima ao cavalgar, de modo imprudente e rápido, sem a utilização dos equipamentos de segurança, não observou os deveres de cuidado, contribuindo, concorrentemente, para a ocorrência do evento danoso.

Nos Estados Unidos a primeira decisão citada é datada de 1854, relativa a uma *injury* causada por “*mutual default of the both parties*” (*RailRoad v. Aspell*), onde a “culpa” do lesado anulou o dever de indenizar do lesante.

Foi somente em 1945 que a Inglaterra legitimou no plano legal, a chamada *contributory negligence*, dando fim a *rule*, introduzindo com o *Law Reform (contributory negligence) Act*

<sup>189</sup> Acórdão do STJ de 4 de Outubro de 2007, in RLJ, nº 3946, 2007

<sup>190</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 369.

<sup>191</sup>, o critério de partilha adotado (*apportionment*) do dano, efetuada de forma justa e equitativa e atendendo à contribuição culposa do lesante e do lesado.

Brandão Proença<sup>192</sup>, conclui que o Act de 1945 foi bem recebido pela Doutrina Inglesa:

*“Como parece resultar dos princípios firmados por LORD REID no caso Stapley V. Gypsum Mines Ltd. (1953), o critério que preside à repartição reveste uma feição mista, aliando a intensidade culposa à eficiência causal da conduta do defendant e do plaintiff (a causative potency of the act). A nova defendant parcial não deixou de influir na regra cronológica da last clear chance, tendo a doutrina dominante emitido uma opinião favorável à sua eliminação, dando desaparecimento da finalidade “mitigadora” em proveito quase exclusivo do lesado. Quanto à prática, se o respeito quanto ao case law não afastou a rules of causation o que é certo é que o Act de 1945 levou os tribunais a incidir a sua análise nos aspectos da delimitação da conduta contributiva do lesado e da ponderação da possível diferente intensidade das duas condutas culposas e concausais, com escopo de se chegar a uma possível redução indenizatória.”*

Hoje, nos tribunais dos Estados Unidos, segundo pesquisa recente realizada pelo escritório de advocacia Matthiesen, Wickert & Lehrer, S.C.<sup>193</sup> do Estado de New Orleans, não há uma padronização da maneira como se aplica o instituto da *contributory negligence* e dividindo-se em quatro sistemas de aplicação que se passar-se-á a análise de cada uma delas.

---

<sup>191</sup> Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage:

Provided that –

(a) this subsection shall not operate to defeat any defence arising under a contract;

(b) where any contract or enactment providing for the limitation of liability is applicable to the claim, the amount of damages recoverable by the claimant by virtue of this subsection shall not exceed the maximum limit so applicable.

<sup>192</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997, página 372.

<sup>193</sup> Pesquisa disponível no site <https://www.mwl-law.com/wp-content/uploads/2013/03/contributory-negligence-comparative-fault-laws-in-all-50-states.pdf>

### 2.1.1. Prevalência da teoria do tudo ou nada (*Pure Contributory Negligence Rule/Defense*)

No primeiro sistema, há o denominado “*pure contributory rule/defense*”, em que, sendo identificado qualquer tipo de contribuição, mesmo que mínima, do lesado com o resultado do dano, esse, não terá a possibilidade de ser indenizado.

Tal entendimento prevaleceu até o início da década de 1940 nos países que adotam o sistema da *commow law* e hoje ainda é observado na jurisprudência de cinco Estados norte-americanos: Alabama<sup>194</sup>, District of Columbia<sup>195</sup>, Maryland<sup>196</sup>, North Carolina<sup>197</sup>, e Virginia<sup>198</sup>.

Segundo Ripert<sup>199</sup>, a solução tem o grave inconveniente de deixar a falta do autor sem repressão. A vítima é punida pelo prejuízo sofrido. Quem punirá o autor se o direito de perseguição foi suprimido? Questiona ele.

### 2.1.2. Adoção do sistema da corresponsabilidade do lesado (*Pure Comparative Fault System*)

No *pure comparative fault system*, a redução da indenização será proporcional à participação do lesado no dano. Esse sistema se aproxima muito à *commow law* do sistema romano-germânico e tem ganho cada vez mais força na doutrina e na jurisprudência dos demais estados norte-americanos.

Destaca-se que no caso do Estado do Arizona, por exemplo, existe disposição legal indicando que todos os casos de culpa concorrente devem ser levados a Júri popular e afasta o eventual “dolo” como um dos motivos para que o lesado não tenha direito a indenização, conforme preceitua o A.R.S. § 12-2505.

---

<sup>194</sup> John Cowley & Bros., Inc. v. Brown, 569 So.2d 375 (Ala. 1990); Ala. Power Co. v. Schotz, 215 So.2d 447 (Ala. 1968).

<sup>195</sup> Wingfield v. People’s Drug Store, 379 A.2d 685 (D.C. 1994)

<sup>196</sup> Board of County Comm’r of Garrett County v. Bell Atlantic, 695 A.2d 171 (Md. 1997).

<sup>197</sup> Smith v. Fiber Controls Corp., 268 S.E.2d 504 (N.C. 1980); N.C.G.S.A. § 99B-4(3) (Product Liability).

<sup>198</sup> Baskett v. Banks, 45 S.E.2d 173 (Va. 1947).

<sup>199</sup> RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis, tradução da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. - Imprensa: Campinas, SP, Bookseller, 2009, pagina 240

Estados de relevância econômica e jurídica como California e New York adotam este sistema, o que demonstra a importância da evolução na *commow law* da *Pure Comparative Fault System*.

O sistema é adotado pela jurisdição de doze estados norte-americanos: Alaska<sup>200</sup>, Arizona<sup>201</sup>, California<sup>202</sup>, Florida<sup>203</sup>, Kentucky<sup>204</sup>, Louisiana<sup>205</sup>, Mississippi<sup>206</sup>, Missouri<sup>207</sup>, New Mexico<sup>208</sup>, New York<sup>209</sup>, Rhode Island<sup>210</sup> e Whashington<sup>211</sup>.

### 2.1.3. Adoção do sistema “50% plus Rule” e “51% plus Rule”

Neste sistema, é admitida a redução do percentual da indenização até a hipótese do lesado de ter contribuído com até 50% (cinquenta por cento) do dano para onze estados, a chamada “50% plus Rule”<sup>212</sup> e até 51% (cinquenta e um por cento), a chamada “51% plus Rule”, aplicada em doze Estados norte-americanos. Se o lesado contribuiu com mais da metade do dano, não terá direito a nenhuma indenização.

Segundo Gary Wickert<sup>213</sup>, este sistema sofre críticas por dificultar a avaliação do jurado ao adotar um critério objetivo para um conceito subjetivo.

<sup>200</sup> Alaska Stat. §§ 09.17.060 and 09.17.080: In an action based on fault seeking to recover damages for injury or death to a person or harm to property, contributory fault chargeable to the claimant diminishes proportionately the amount awarded as compensatory damages for the injury attributable to the claimant's contributory fault, but does not bar recovery.

<sup>201</sup> A.R.S. § 12-2505: A. The defense of contributory negligence or of assumption of risk is in all cases a question of fact and shall at all times be left to the jury. If the jury applies either defense, the claimant's action is not barred, but the full damages shall be reduced in proportion to the relative degree of the claimant's fault which is a proximate cause of the injury or death, if any. There is no right to comparative negligence in favor of any claimant who has intentionally, wilfully or wantonly caused or contributed to the injury or wrongful death.

B. In this section, "claimant's fault" includes the fault imputed or attributed to a claimant by operation of law, if any.

<sup>202</sup> *Li v. Yellow Cab*, 119 Cal. Rptr. 858 (Cal. 1975); *Diaz v. Carcamo*, 253 P.3d 535 (Cal. 2011).

<sup>203</sup> F.S.A. § 768.81(2).

<sup>204</sup> K.R.S. § 411.182

<sup>205</sup> L.S.A. - C.C. Art. 2323.

<sup>206</sup> M.C.A. § 11-7-15.

<sup>207</sup> *Gustafson v. Benda*, 661 S.W.2d 11 (Mo. 1983).

<sup>208</sup> *Scott v. Rizzo*, 634 P.2d 1234 (N.M. 1981).

<sup>209</sup> N.Y. C.P.L.R. § 1411.

<sup>210</sup> R.I.G.L. § 9-20-4.

<sup>211</sup> R.C.W.A. §§ 4.22.005-015.

<sup>212</sup> Definição utilizada por COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Economic Case for Comparative Negligence**, *An.* New York Law Review, Volume 61.

<sup>213</sup> WICKERT, Gary. **Understanding Comparative Fault, Contributory Negligence and Joint & Several Liability**. Publicado no site “Claims Journal” disponível no link:

<http://www.claimsjournal.com/news/national/2013/09/05/235755.htm>

O “50% plus rule” é adotado pelos ordenamentos jurídicos dos seguintes estados norte-americanos: Arkansas<sup>214</sup>, Colorado<sup>215</sup>, Georgia<sup>216</sup>, Idaho<sup>217</sup>, Kansas<sup>218</sup>, Maine<sup>219</sup>, Nebraska<sup>220</sup>, North Dakota<sup>221</sup>, Tennessee<sup>222</sup>, Utah<sup>223</sup>, West Virginia<sup>224</sup>.

O “51% plus rule” é adotado pelos ordenamentos jurídicos dos seguintes estados norte-americanos: Connecticut<sup>225</sup>, Delaware<sup>226</sup>, Hawaii<sup>227</sup>, Illinois<sup>228</sup>, Indiana<sup>229</sup>, Iowa<sup>230</sup>, Massachusetts<sup>231</sup>, Michigan<sup>232</sup>, Minnesota<sup>233</sup>, Montana<sup>234</sup>, Nevada<sup>235</sup>, New Hampshire<sup>236</sup>, New Jersey<sup>237</sup>, Ohio<sup>238</sup>, Oklahoma<sup>239</sup>, Oregon<sup>240</sup>, Pennsylvania<sup>241</sup>, South Carolina<sup>242</sup>, Texas<sup>243</sup>, Vermont<sup>244</sup>, Wisconsin<sup>245</sup>, Wyoming<sup>246</sup>. A lógica, nesse caso, é que, se a culpa da vítima ultrapassa o do lesante, não deve haver indenização.

---

<sup>214</sup> A.C.A. § 16-64-122.

<sup>215</sup> C.R.S. § 13-21-111; *Kussman v. Denver*, 706 P.2d 776 (Colo. 1985); *B.G.’s, Inc. v. Gross*, 23 P.3d 691 (Colo. 2001).

<sup>216</sup> O.C.G.A. §§ 51-11-7 and 51-12-33.

<sup>217</sup> Idaho Code § 6-801.

<sup>218</sup> K.S.A. § 60-258a (a).

<sup>219</sup> 14 M.R.S.A. § 156.

<sup>220</sup> Neb. Rev. Stat. §§ 25-21 and 185.11.

<sup>221</sup> N.D.C.C. § 32-03.2-02

<sup>222</sup> *McIntyre v. Balentine*, 833 S.W.2d 52 (Tenn. 1992).

<sup>223</sup> U.C.A. § 78B-5-818 (2).

<sup>224</sup> *Bradley v. Appalachian Power Co.*, 256 S.E.2d 879 (W.Va. 1979).

<sup>225</sup> C.G.S.A. § 52-572(h).

<sup>226</sup> Del. C. § 8132; *Brittingham v. Layfield*, 962 A.2d 916 (Del. 2008).

<sup>227</sup> Haw. Rev. Stat. § 663-31.

<sup>228</sup> 735 I.L.C.S. § 5/2-1116.

<sup>229</sup> . I.C. § 34-51-2-6.

<sup>230</sup> I.C.A. § 668.3(1) (b).

<sup>231</sup> M.G.L.A. 231 § 85.

<sup>232</sup> M.C.L.A. § 600.2959.

<sup>233</sup> M.S.A. § 604.01(1).

<sup>234</sup> Mont. Stat. § 27-1-702.

<sup>235</sup> N.R.S. § 41-141.

<sup>236</sup> N.H. Rev. Stat. Ann. § 507:7(d).

<sup>237</sup> N.J.S.A. § 2A:15-5.1

<sup>238</sup> Ohio Rev. Code Ann. § 2315.33.

<sup>239</sup> Okla. Stat. Ann. Tit. 23 § 13.

<sup>240</sup> Or. Rev. Stat. Ann. § 31.600

<sup>241</sup> 42 P.S. § 7102.

<sup>242</sup> *Ross v. Paddy*, 340 S.C. 428, 532 S.E.2d 612 (Ct. App. 2000).

<sup>243</sup> Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§ 33.001-33.017.

<sup>244</sup> Vt. Stat. Ann. Tit. 12, § 1036.

<sup>245</sup> Wis. Stat. § 895.045 (1).

<sup>246</sup> Wyo. Stat. § 1-1-109 (b)

#### 2.1.4 Sistema adotado no Estado da Dakota do Sul (*Slight/Gross Negligence Comparative Fault System*)

O sistema menos frequente utilizado no ordenamento jurídico norte-americano é o denominado “*Slight/Gross Negligence Comparative Fault System*”, ou seja, se o grau de colaboração do lesado para ocorrência do dano for “leve”, ele faz jus à indenização, sendo que se o grau de colaboração ou culpa da vítima for “elevado”, ela não fará jus a nenhum tipo de indenização.

Por este entendimento, não existe redução na indenização em decorrência da participação do lesado, sendo devida a indenização integral no caso de participação “leve” e não sendo devida a indenização no caso de indenização “elevada”.

Em verdade, a subjetividade da definição do que é participação leve ou elevada torna o sistema de difícil aplicação, sendo utilizado somente no Estado de Dakota do Sul<sup>247</sup>.

#### 2.1.5 Regras de Hand e a corresponsabilidade do lesado

Outra abordagem da *commow law* dada à responsabilidade civil é fórmula de *Hand*<sup>248</sup>, quando da ocorrência de eventos danosos.

Resumidamente, a regra de *Hand* fornece um parâmetro de diligência para fins de comparação com o comportamento culposos do causador do dano. Se os custos de um evento danoso são menores do que os custos de evitá-lo, uma pessoa racional não o impediria, preferindo pagar uma indenização ao lesado.

---

<sup>247</sup> S.D.C.L. § 20-9-2.

<sup>248</sup>A denominada “regra de Hand” foi criada por LEARNED HAND, magistrado á época atuando no Tribunal de Apelações do Segundo Distrito dos Estados Unidos no caso *United States v. Carroll Towing Co* de 1944. Este *leading case* versa sobre um acidente envolvendo uma barcaça e sua carga no porto de Nova York (New York Harbor), onde diversas embarcações encontravam-se amarradas com uma única corda. Não encontrando pessoas a bordo das embarcações, a tripulação do rebocador de uma delas ajustou a corda de ancoragem, realizando-o inadequadamente, o que fez com que mais tarde uma embarcação se soltasse, colidindo com outra e afundando com toda sua carga. Em sua decisão, o juiz LEARNED HAND observou que a solução do caso concreto passaria por uma equação com três variáveis: a probabilidade de que a embarcação fosse se soltar, a gravidade do dano resultante, e os custos com as medidas de cuidado cabíveis. (BATTESINI, Eugênio. **Análise econômica da responsabilidade civil: A aplicação da formula de Hand no Brasil**)

É possível concluir, assim, que a conduta será considerada culposa, caso os custos de cuidado assumidos pelo agente (C) sejam menores do que a probabilidade de ocorrência do acidente (P), multiplicada pelos custos do dano causado (D), ou seja:  $C < P \times D$ .

Sobre a aplicação da fórmula de Hand no direito Brasileiro, Eugenio Battesini<sup>249</sup> conclui ser compatível com a jurisdição da *civil law* e que o TJSP e o Superior Tribunal de Justiça já aplicaram tal fórmula, mesmo que intuitivamente.

Segundo Cooter e Ulen<sup>250</sup>, as cortes norte-americanas usam, frequentemente a regra de *Hand* para decidir questões de culpabilidade, assim, a aplicação repetida dessa regra possibilita que os definidores da sentença descubram o nível eficiente de cuidado.

Anota-se que, por outro lado, os referidos doutrinadores consideram um erro lógico da aplicação da regra de *Hand* a omissão do risco para si próprio. Em vez de serem lógicas, as pessoas, muitas vezes, são psicológicas.

Além disso, a fórmula de *Hand* fornece um critério para estabelecimento do nível ótimo de precaução do ofensor. Entretanto, na visão de Maristrello Porto, não leva em conta o comportamento ou conduta da vítima, não sendo suficiente para aferir uma regra da responsabilidade civil. A conduta da vítima pode interferir decisivamente na probabilidade de ocorrência de eventos danosos, ao mesmo tempo em que as medidas de precaução mais eficientes e menos custosas podem ser aquelas adotadas pelas vítimas<sup>251</sup>.

Já Thomas C. Galligan Jr.<sup>252</sup> entende ser possível a aplicação da Fórmula de *Hand* para casos de corresponsabilidade do lesado. O autor cita alguns julgamentos do Estado de Louisiana como o caso *Dobson v. Louisiana Power and Light Co.*<sup>253</sup> onde restou demonstrado que Dobson, um eletricitista inexperiente não tomou as diligências necessárias de precaução durante a sua atividade laboral, vindo a falecer eletrocutado. Entendeu o Magistrado por aplicar a Fórmula de *Hand* para imputar a responsabilidade também a vítima.

Verifica-se, pois, que o critério de eficiência identificado com o procedimento em um estágio da fórmula de *Hand* se evidencia compatível com o contexto brasileiro, mas, como

---

<sup>249</sup> BATTESINI, Eugênio. **Análise econômica da responsabilidade civil: A aplicação da formula de Hand no Brasil**

<sup>250</sup> COOTER, Robert. **Direito & Economica**/ Robert Cooter, Thomas Ulen; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araujo da Costa. – 5. Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010.

<sup>251</sup> PORTO, Antonio José Maristrello. **Análise Econômica do direito**. Fundação Getulio Vargas, página 72

<sup>252</sup> GALLIGAN Jr, JThomas C. **Strict Liability in Action: The Truncated Learned Hand Formula**.

Lousiana Law Review. Volume 52. Número 2, Novembro de 1991.

<sup>253</sup> 567 So. 2d 569 (La. 1990).

Cooter e Ulen<sup>254</sup> colocam, ao se analisar a eficiência de determinada regra de responsabilização civil, não se pode deixar de levar em consideração os incentivos gerados para que a vítima se comporte de forma desejável.

Outro ponto a se analisar é a aplicabilidade da fórmula de *Hand* em face ao texto legal do artigo 945 do Código Civil Brasileiro, já que para se imputar responsabilidade ao lesado deve-se haver comprovada a contribuição da vítima no resultado do dano.

Nesse tópico procurou-se demonstrar as diferentes trajetórias da corresponsabilidade do lesado na Europa e na *commow law*. O modo linear como critério de redução foi aceito na Europa e adotado por suas legislações e auxiliou a dar pacificidade sobre o tema, por outro lado, especialmente nos Estados Unidos, a aplicação do tema não é uniforme, talvez influenciado pela antiga regra do “tudo ou nada”.

No próximo item, abordar-se-á o dever de mitigar o próprio prejuízo sob pena do lesado ter reduzida sua indenização. A abordagem visa estabelecer até que ponto existe esse dever na legislação brasileira.

---

<sup>254</sup> COOTER, Robert. *Direito & Economica*/ Robert Cooter, Thomas Ulen; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araujo da Costa. – 5. Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010.

### 3 O dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*)

A parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder às medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. Esta é a definição do princípio do dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

Judith Martins-Costa afirma que a consequência de não colaborar para diminuir o seu próprio prejuízo é o lesante/credor pleitear a redução das perdas e danos:

*“Por vezes, a cooperação devida se especifica no dever atribuído ao credor, de colaborar para diminuir o prejuízo do devedor. Trata-se do chamado “dever de mitigar o próprio prejuízo”, em vista do qual a parte que alega ter ocorrido descumprimento do contrato deve tomar todas as medidas plausíveis para mitigar o dano sofrido, não agravando a situação do devedor. Do contrário, e malgrado não haja propriamente concausalidade na produção do dano (pois a inercia do credor não causou o prejuízo, apenas permitiu o seu aumento), o devedor poderá pleitear a redução das perdas e danos, em proporção equivalente ao montante do prejuízo que poderia ter sido reduzido pelo credor, mas não o foi.”<sup>255</sup>*

Judith Martins-Costa<sup>256</sup> faz uma distinção importante sobre a qualificação jurídica do “dever de mitigar” se realmente é um dever ou um *ônus* jurídico:

*Discute-se a qualificação jurídica do “dever de mitigar” na doutrina comparatista, hesitando-se entre as categorias do dever (e, neste caso, se anexo, ou se de proteção) e a do ônus jurídico. A dúvida é pertinente. Considerando que será o próprio credor a arcar com as consequências desfavoráveis de sua omissão em mitigar o prejuízo, aproxima-se incontestavelmente da qualificação como ônus, tradicionalmente distinta da noção de dever, pois, “por via dele, não há que adoptar uma certa conduta, porque o resultado por ele propiciado é facultativo”. Quem tem o ônus, e não o desempenha fica sujeito a “consequências desagradáveis para o destinatário da mesma, ainda que não assimiláveis às sanções”. Por outro lado, como a boa-fé gera deveres de colaboração entre as partes não restrito à esfera do interesse da prestação (e os correlatos deveres de prestação, entre os quais os anexos à obrigação principal) mas, também deveres atinentes*

<sup>255</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação** / São Paulo: Marcial Pons, 2015, página 555.

<sup>256</sup> Idem página 555, 556

*aos interesses de proteção (deveres de proteção, ou deveres laterais), a ação do credor para mitigar o próprio dano traduziria uma cooperação com o devedor.*

A pertinente preocupação da autora é demonstrar que, em realidade, não existe dever jurídico, pois, do contrário, implicaria em admitir a existência de um correlato direito subjetivo e, portanto, de uma pretensão.

Tais comandos legais guardam relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do Código Civil, principalmente no que se refere ao dever de lealdade entre as partes.

Sobre a distinção do dever de lealdade a um dever de esclarecimento, Menezes Cordeiro esclarece que: “deriva de que, na lealdade, a censura *in contrahendo* não assenta tanto num âmbito informativo, mas antes do próprio comportamento assumido pelas pessoas”.<sup>257</sup>

Nesse sentido, Fradera<sup>258</sup> ensina que a ideia do legislador da Convenção de Viena de 1980 aproxima-se do Código Civil brasileiro, pois impõe um comportamento a ambos os contratantes, obrigando-os a guardar os princípios de probidade e boa-fé, tanto na conclusão, quanto na execução das suas obrigações.

Fradera defende a recepção do dever de mitigar o próprio prejuízo pelo direito brasileiro, especialmente em matéria de responsabilidade contratual. O não cumprimento do *duty* implicaria em sanções ao credor, seja pela proibição de *venire contra factum proprium*, seja em razão de ter incidido em abuso de direito.

Nesse sentido, a III Jornada de Direito Civil reconheceu, a pedido de Vera Fradera, a relação entre a boa-fé objetiva e o dever de mitigar o prejuízo, quando da aprovação do enunciado doutrinário de número 169: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. ”

Deste modo, descumprir o dever ou o ônus de atenuar o próprio prejuízo é ato ilícito que viola a cláusula geral da boa-fé objetiva. Ao proceder assim, o agente abusa da confiança da parte contrária, faltando com o dever de lealdade que lhe é imposto pelo princípio da boa-fé.

---

<sup>257</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 551.

<sup>258</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob, Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: Revista trimestral de direito civil

O Superior Tribunal de Justiça<sup>259</sup> utilizou o princípio em caso em que um servidor público alega danos decorrentes da publicação de uma sentença de forma equivocada, imputando que a litigância de má-fé não proferida em sentença, e constante na publicação de nota de expediente, havia lhe gerado danos morais. O Ministro Salomão entendeu que a conduta do lesado, ao não requerer modificação da decisão nos autos em questão, demonstrou não haver abalo moral.

É de se destacar também que, segundo Flávio Tartuce, os artigos 768 até o artigo 771<sup>260</sup> do Código Civil, referentes ao direito securitário “consagram o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo em nossa legislação”<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013

<sup>260</sup> Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§ 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

Art. 770. Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato.

Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro.

<sup>261</sup> TARTUCE, Flavio, página 305.

#### 4 A corresponsabilidade do lesado e a aplicação do artigo 935 do Código Civil

O Superior Tribunal de Justiça reconhece incidir a concausalidade da vítima, mesmo diante do texto legal do artigo 935<sup>262</sup> do Código Civil que impõe não ser possível questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor do dano, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Observe-se que, não obstante a primeira parte do dispositivo acima citado expressamente assentar que a responsabilidade cível pelo mesmo fato é independente da responsabilidade criminal, a Jurisprudência entende que o trecho final do artigo explicita que a referida separação não é absoluta, uma vez que a independência é relativa, não podendo afastar a obrigação de reparar, mas podendo aplicar o artigo 945 do Código Civil.

Em virtude de diversos questionamentos sobre a matéria, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF e pelo STJ, foi aprovado o Enunciado 45, cuja redação destacou que "no caso do art. 935, não mais se poderá questionar sobre a existência do fato ou quem seja o seu autor se estas questões se acharem categoricamente decididas no juízo criminal".

No REsp 1.354.346-PR<sup>263</sup> de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, de Outubro de 2015, firmou posicionamento ao entender que *apesar da impossibilidade de discussão sobre os fatos e sua autoria, nada obsta que a sentença cível, após o exame dos autos e das circunstâncias que envolveram as condutas do autor e da vítima, conclua pela existência de concorrência de culpas em relação ao evento danoso.*

Ressalte-se porém que, diante de sentença penal condenatória, o juízo cível, ao apurar responsabilidade civil decorrente do delito, não pode, com fundamento na concorrência de culpas, afastar a obrigação de reparar, embora possa se valer da existência de culpa concorrente da vítima para fixar o valor da indenização.

Destaca-se o fato da jurisprudência<sup>264</sup> reconhecer a possibilidade de restringir a aplicação integral do artigo 935 do Código Civil, significando a construção da justiça no caso concreto,

---

<sup>262</sup> Art. 935 do Código Civil Brasileiro: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

<sup>263</sup> REsp 1.354.346-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/9/2015, DJe 26/10/2015.

<sup>264</sup> Outras decisões nesse sentido REsp 735.087-SP, Terceira Turma, DJ 20/02/2006; e REsp 83.889-RS, Terceira Turma, DJ 3/5/1999

exatamente o que pretendia o legislador ao impor as cláusulas gerais no Novo Código Civil, afinal, não seria leal imaginar que aquele contribuiu decisivamente para o resultado do evento danoso, pudesse se ver ressarcido integralmente, sem nenhuma redução, em nome da aplicabilidade imediata da sentença criminal.

## **5 A corresponsabilidade do lesado e a proporcionalidade da redução da indenização**

No plano do próprio sistema da corresponsabilidade do lesado, o argumento da proporcionalidade, retirado da rejeição ao sistema do “tudo ou nada” e consagrado no artigo 945<sup>265</sup> do Código Civil Brasileiro, é merecedor de um capítulo de fechamento da dissertação.

Nesse sentido, abordar-se-á o tema relativo à proporcionalidade da indenização nos casos de corresponsabilidade do lesado, ou seja, enfrentar-se-ão o tema relativo ao percentual de redução na indenização, levando em conta o nível de participação do lesado em seu dano.

Pretende-se demonstrar que uma maior gravidade culposa não gera necessariamente uma maior probabilidade causal e uma maior extensão do dano, sendo que o artigo 945 combina acertadamente o elemento subjetivo e gradativo da culpa e sua extensão danosa.

Outro ponto a ser apontado, são os critérios utilizados atualmente pelos Tribunais e sobre o postulado da proporcionalidade aplicado à disciplina tema da dissertação, trazendo contribuições da análise econômica do direito sobre a proporcionalidade.

Segundo Humberto Ávila, o postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre o meio e o fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

Ainda segundo o autor, um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese dos atos jurídicos individuais, a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle da adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados.

Segundo o autor, a indenização deve corresponder ao grau de culpa:

---

<sup>265</sup> Artigo 945: se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

*“Os fins internos estabelecem um resultado a ser alcançado que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação. A comparação entre duas pessoas em razão de sua capacidade econômica demonstra uma relação próxima entre a medida (capacidade econômica) e o fim almejado (cobrança de tributos). A mesma relação existe quando se relaciona a culpa com a pena ou a taxa com a retribuição: a pena deve ser correspondente à culpa; a taxa deve ser correspondente à contraprestação.”*

Caio Mário da Silva Pereira<sup>266</sup>, no tocante à forma de cálculo da indenização, após a verificação de concorrência de causas, ensina:

*O maior problema está em determinar a proporcionalidade. Vale dizer: avaliar quantitativamente o grau de redutibilidade da indenização, em face da culpa concorrente da vítima. Entra aí, evidentemente, o arbítrio de bom varão do juiz, em cujo bom senso repousará o justo contrapasso, para que não se amofine em demasia a reparação a pretexto da participação do lesado, nem se despreze esta última, em detrimento do ofensor.*

*Na tentativa de determinar tal proporção, a doutrina salienta que o critério da gravidade da culpa não coincide, necessariamente, com a relevância da conduta para a verificação do dano. A análise deveria, por conseguinte, centralizar-se na 'eficácia causal das condutas que concorreram para a produção do prejuízo', deslocando-se assim a atenção do grau de culpa para o nexo de causalidade."*

Sobre a proporcionalidade, Brandão Proença<sup>267</sup> afirma que o dano deve ser suportado pelo lesante e pelo lesado, em uma perfeita lógica comutativa, e estar de acordo com o maior ou menor peso da culpa:

*“Perante duas condutas humanas voluntárias, duas responsabilidades, duas opções eticamente censuráveis, ‘impõe-se’ um tratamento jurídico paritário, sem privilégios - a não ser os que resultam da repartição do ônus da prova -, à margem de qualquer consideração de política legislativa, operando mediatamente a sanção ao lesado pela via da redução ou exclusão da indenização. O dano é suportado pelo lesante e pelo lesado, em uma perfeita lógica comutativa e de acordo com o maior ou menor peso da culpa”.*

José de Aguiar Dias<sup>268</sup> enfatiza a dificuldade de se estabelecer o grau de culpa:

<sup>266</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed., revista e atualizada por GUSTAVO TEPEDINO, GZ Editora: Rio de Janeiro, 2012, páginas 116/117

<sup>267</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**, página 55

<sup>268</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. página 70

*“Quando fique precisamente apurada essa proporção em que as respectivas culpas intervieram no evento danoso, é fácil, na liquidação, atribuir a cada um os ônus que decorrem da sua responsabilidade. Muitos casos há, porém, em que a proporção não fica estabelecida, embora se reconheça que houve culpa de ambas partes. Se o problema não é outro que precisar o grau de culpa, não há senão repartir os prejuízos.”*

No mesmo sentido, segundo Miragem o Magistrado deve aplicar a redução proporcional conforme as circunstâncias do caso<sup>269</sup>:

*Situação mais difícil será a definição da proporção da redução da indenização em face da contribuição da vítima a causação do dano. Trata-se de decisão subordinada ao prudente arbítrio judicial, considerando-se a possibilidade ou não de reconhecer maior ou menor contribuição da vítima e do ofensor para a ocorrência do dano. Proporção esta que poderá ser diversa, conforme a interpretação das circunstâncias do caso (de metade, um terço, um quarto ou outra proporção da indenização).*

Almeida Costa enfatiza o ponto relevante para a construção da dissertação ao afirmar que não é importante se existe dolo ou culpa e sim a gravidade da contribuição para o dano, *in verbis*:

*No confronto das respectivas responsabilidades, atende-se, segundo a lei, à gravidade das culpas e às suas consequências. Assim, se uma das partes agiu com dolo e a outra agiu apenas culposamente; ou existe diferença de grau, no plano da mera culpa, entre a conduta do lesante e do lesado. Observe-se que os dois referidos elementos podem variar em sentidos opostos: uma culpa leve, por vezes, é suscetível de produzir danos de muito maior extensão e relevância do que os derivados de uma culpa mais grave<sup>270</sup>.*

Em verdade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem por critério, muitas vezes, adotar a diminuição da indenização pela metade, quando identificada a participação da conduta do lesado na causa do dano, o que nem sempre corresponde à necessidade do caso concreto.

---

<sup>269</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: Responsabilidade civil** – São Paulo: Saraiva 2015, página 362

<sup>270</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações** – 12º ed., página 783.

Não se quer condenar o jurista a diminuir o direito a um cálculo matemático. Como ficou explícito anteriormente, não é viável dar resposta cabal ao problema, apenas lançar-se mão de um estudo numérico.

Não se está aqui querendo impor um mecanismo, cujo postulado básico é que tudo no mundo acontece de forma determinada, precisa e previsível, tal como ocorre com uma máquina composta de rodas, engrenagens, polias e correias.

Segundo José Pimentel Cintra, essa posição é insustentável; na realidade, só funciona bem no domínio da astronomia, porque os corpos celestes estão isentos de atritos e as forças que atuam são relativamente poucas e bem conhecidas, podendo-se aplicar sem maiores problemas as leis de Newton<sup>271</sup>.

Nesse sentido, faz-se relevante analisar como a jurisprudência vêm aplicando a proporção da redução do *quantum* indenizatório e quais medidas poderiam ser adotadas pelos Magistrados e que apontamentos podem ser considerados uma otimização do grau de proporcionalidade entre as partes.

Pode-se analisar a redução e a proporcionalidade previstas no artigo 945 do Código Civil como cláusula geral, pois impõem o dever de analisar, no caso concreto, qual a proporção de atos que deram causa ao dano confrontando as condutas do lesante e do lesado.

Sobre o impacto das cláusulas gerais e a função do juiz na interpretação do caso concreto, Ruy Rosado ensina que cláusula geral, contem implícita uma regra de direito judicial, dirigida à atuação do juiz, que lhe impõem, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula geral adere, para somente num segundo momento confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendavam. Na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. Ela é uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso.

Ruy Rosado entende, ainda, que, a plena consciência de que a cláusula aberta funciona de modo diverso da subsunção comum às normas tipificadoras é importante, não apenas para o julgador, a permitir-lhe a utilização adequada de valioso instrumento para a solução do caso, mas também para a orientação das partes, seja na elaboração do seu pedido, seja principalmente

---

<sup>271</sup> CINTRA, José Pimentel de Aguiar. **Ciência e Milagres**. Quadrante, São Paulo, 1994, página 28.

na produção da prova, uma vez que a norma deve e será formulada judicialmente em função dos fatos provados no processo e atendendo a critérios jurídicos e meta jurídica que possam auxiliar nessa formulação. Como a elaboração retórica do juiz não se limita à simples invocação da norma de dever positivada, pois não existe e deve ser construída para o caso, cumpre trazer aos autos todos os elementos que interessam para essa definição.<sup>272</sup>

No mesmo sentido, Renan Lotufo, ao se referir ao sistema de equidade como critério de fixação de indenização, comenta que as cláusulas abertas do Código Civil são um voto de confiança do Legislador para com os Magistrados:

*“Tal emprego é raro no sistema brasileiro e revela que o papel do Juiz tem expressão muito grande. Ele há que ser alguém do seu tempo e do seu meio, para que possa aferir não só critérios de igualdade, como de Justiça, quando, então estará sendo equitativo. Agravam-se os problemas para o interprete, mas ao mesmo tempo concretize os valores constitucionais, enfim, que preserve a dignidade humana e a solidariedade. O Código Civil de 2002 confia nos Juízes como integradores das Leis, não como meros locutores do texto escrito. É um desafio, mas é, também, um voto de confiança. Como integrantes do povo, os Juízes devem contribuir para o anseio da Justiça seja cada vez mais concretizado.”*

A questão da aplicação da proporcionalidade não é um problema somente para o direito brasileiro. Na Espanha, segundo Liguerra<sup>273</sup>, falta critérios a serem observados pelos Magistrados:

*“el problema más grave asociado a la compensación de culpas en nuestro sistema es la falta de criterios jurisprudenciales sobre la repercusión económica que la culpa de la víctima puede tener en la reparación a que tiene derecho”*

Analisando os Acórdãos no Superior Tribunal de Justiça, parece que, em certas decisões, poderia haver um aprofundamento das motivações que levaram o Magistrado a definir a gravidade da culpa de cada uma das partes.

<sup>272</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. X. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, Revista Dos tribunais, 1995, p 20,21

<sup>273</sup> LIGUERRE, Carlos Góme, e José Piñeiro Salguero. Culpa del perjudicado, en Pablo Salvador Coderch y Fernando Gómez Pomar (eds.). Tratado de responsabilidad civil del fabricante, Thomson/Civitas, Navarra, 2008, página 353.

Veja-se o julgamento do REsp 1034302/RS<sup>274</sup>, de Relatoria da Ministra Nancy Andriguy: Um menino, filho da recorrente, foi colhido por um trem de carga de propriedade da empresa de ferrovia quando, brincando nas proximidades de linha férrea não cercada, tentou se pendurar no trem em movimento, vindo a cair, fato esse que resultou em sua morte e fundamentou o pleito indenizatório.

No TJRS foi reconhecida a culpa exclusiva da vítima, mas o STJ reconheceu a culpa concorrente da vítima, ocorrendo que a Ministra, ao aplicar o direito à espécie, e fixando o *quantum* compensatório, simplesmente informou que “no valor fixado já está considerada a redução proporcional da indenização a ser paga, em razão da concorrência de culpas que ora se reconhece...”, sem expor a motivação da redução da indenização em relação ao grau de responsabilidade de cada uma das partes.

Ressalte-se, nesse caso, trata-se de caso típico em que se analisa a conduta do lesante pela ótica da responsabilidade objetiva e a do lesado pela ótica subjetiva o que dificulta a imposição de critérios menos rigorosos ao caso concreto, já que não se exige que a vítima prove a participação do lesado, por exemplo, o que dificulta uma apuração da proporcionalidade.

A mesma conclusão pode-se chegar no REsp 1172421/SP, tema 518 dos Recursos Repetitivos, onde restou decidido que no caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando a concessionária do transporte ferroviário descumpre o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros e a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado.

Essas decisões representam o padrão do Superior Tribunal de Justiça que é o de reconhecer a existência da concorrência de causas mas não de apontar o grau de culpabilidade da vítima em confronto com a do autor do dano, conforme determina o disposto no artigo 945 do Código Civil.

Como exceção à regra a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais reduziu de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a indenização que

---

<sup>274</sup> REsp 1034302/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011

um homem deve para ex-namorada pela gravação e divulgação de momentos íntimos do casal, representando uma diminuição de 95% (noventa e cinco por cento) do valor da indenização.

No caso, a autora relatou que transmitiu imagens de cunho erótico para o companheiro, que foram capturadas por ele e retransmitidas a terceiros. O juízo de 1º grau condenou o requerido ao pagamento de indenização de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O TJ/MG<sup>275</sup> manteve a condenação. Nos termos do voto do relator, o desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, o valor do dano moral deveria ser reduzido para R\$ 75 mil, mas rechaçou o argumento de concorrência de culpa da vítima. “Pretender-se isentar o réu de responsabilidade pelo ato da autora significaria, neste contexto, punir a vítima.”

O desembargador Francisco Batista de Abreu, contudo, divergiu do relator. Para ele, “a vítima dessa divulgação foi a autora embora tenha concorrido de forma bem acentuada e preponderante. Ligou seu webcam, direcionou-a para suas partes íntimas. Fez poses. Dialogou com o réu por algum tempo. Tinha consciência do que fazia e do risco que corria”. O revisor asseverou que a moral é postura absoluta e que “quem tem moral a tem por inteiro”. O julgador chegou a entendimento de que as fotos sensuais se diferem das fotos divulgadas pela autora da ação e que no caso dos autos deveria ser reconhecido a concausalidade da vítima, já que em sua visão:

*“As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Fotos sensuais são exibíveis, não agridem e não assustam. Fotos sensuais são aquelas que provocam a imaginação de como são as formas femininas. Em avaliação menos amarga, mais branda podem ser eróticas. São poses que não se tiram fotos. São poses voláteis para consideradas imediata evaporação. São poses para um quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado, mas verdadeiro. Não para um ex-namorado por um curto período de um ano. Não para ex-namorado de um namoro de ano. Não foram fotos tiradas em momento íntimo de um casal ainda que namorados. E não vale afirmar quebra de confiança. O namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério.”*

Disse, ainda, o revisor: “Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida.”

---

<sup>275</sup> Processo nº 2502627-65.2009.8.13.0701, ainda pendente de julgamento para Embargos Infringentes

O magistrado afirmou que a vítima, assim, concorreu de forma positiva e preponderante para o fato, e, por assumir o risco, a indenização deveria ser reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O desembargador Otávio de Abreu Portes seguiu o voto do revisor.

Verifica-se, portanto, em alguns casos, que os Magistrados utilizam outros critérios para basear a proporcionalidade que não somente compartilhar a indenização, mas ainda de uma maneira tímida.

Pelos motivos explicitados, procurou-se demonstrar, no presente capítulo, a solidez da doutrina e da aplicação da corresponsabilidade do lesado na responsabilidade civil no direito brasileiro e comparado. No capítulo posterior, tratar-se-á do problema da proporcionalidade na redução da indenização.

Pondera-se portanto, se a jurisprudência nacional não deve avançar para um apontamento do entendimento no caso concreto do grau de culpabilidade da vítima em confronto com a do autor, tais como levíssimo, leve, médio, grave ou gravíssimo, reduzindo a indenização de acordo com o caso concreto.

É de se recolher que o Superior Tribunal de Justiça vem evoluindo nesse sentido. No Recurso Especial nº 545.752 – RS, julgado em dezembro de 2015, o Ministro Relator Raul Araújo, reconheceu que: ... “a consequência do reconhecimento da culpa concorrente dos litigantes para consecução do resultado danoso não é exonerar a responsabilidade da ré, mas atenuar a carga indenizatória, de modo que esta, não necessariamente, tem que ser arbitrada pela metade. O valor abatido deve guardar proporção direta com a eficácia da conduta da vítima para a ocorrência do resultado, podendo, inclusive, superar o percentual de cinquenta por cento (50%), situação que deve ser dimensionada caso a caso pelo julgador”.

Sergio Cavalieri Filho<sup>276</sup> conclui neste sentido ao afirmar que: "na culpa concorrente as duas condutas - do agente e da vítima - concorrem para o resultado em grau de importância e intensidade, de sorte que o agente não produziria o resultado sozinho, contando, para tanto, com o efetivo auxílio da vítima. Havendo culpa concorrente, a doutrina e a jurisprudência recomendam dividir a indenização, não necessariamente pela metade, como querem alguns, mas proporcionalmente ao grau de culpabilidade de cada um dos envolvidos

Neste item foi analisada a aplicabilidade da proporcionalidade da redução da indenização prevista no artigo 945 do Código Civil nos Tribunais Brasileiros, evidenciando-se

---

<sup>276</sup> CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, página 43

que atualmente os tribunais, tem por método apontar a ocorrência da corresponsabilidade do lesado mas não o grau de culpabilidade.

Nesse sentido, no tópico posterior iremos analisar quais as contribuições que a disciplina da análise econômica do direito podem trazer para que seja verificado com menor empiricidade qual a redução da indenização em relação a sua participação.

### **5.1 A análise econômica do direito e a proporcionalidade prevista no artigo 945 do Código Civil**

Diante da complexidade das interrelações havidas, quando ocorre a corresponsabilidade do lesado, é natural que o tema desperte o interesse da disciplina da “Law and Economics”<sup>277</sup>, pois permite inclusive uma contribuição para diminuir a empiricidade quanto à proporcionalidade da conduta do lesante e do lesado para o evento danoso.

Como apresentou-se no tópico que tratou da *commow law* e da presença da *contributory negligence* e *comparative negligence*, em grande parte dos Estados norte-americanos existe a busca para se estabelecer o percentual de contribuição, determinando inclusive se deve haver ou não indenização, como são casos do *50% plus rule*.

Richard Posner<sup>278</sup> denomina a culpa concorrente de “negligência contributiva”, na qual a vítima contribui para a ocorrência do resultado.

Importante lembrar que, ao tratar da função preventiva da responsabilidade civil, segundo Cooter e Ulen<sup>279</sup>, o reconhecimento da *comparative negligence* minimiza a quantidade

---

<sup>277</sup> Para que se possa ter o primeiro contado com a análise econômica do direito é fundamental trazer seu histórico e conceito. Bruno Salama na introdução do Livro “DIREITO E ECONOMIA: Textos Escolhidos” faz uma análise contextual sobre a disciplina de Direito e Economia:

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. As dificuldades na formação de linhas complementares de análise e pesquisa surgem porque as duas metodologias diferem de modo bastante agudo: enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento. Mas em meio à turbulência, nas últimas décadas este diálogo tornou-se fértil também. A partir das obras do inglês Ronald Coase e do italiano Guido Calabresi, tomou corpo uma disciplina acadêmica que surge da confluência dessas duas tradições. Esta disciplina tem sido chamada ora de “Direito e Economia”, ora de “Análise Econômica do Direito”.

<sup>278</sup> POSNER, Rhichard. Causation in a tort law: An economic Approach. Publicado em The Journalof Legal Studies, v.12, n 1 (jan1983) tradução de Cristiano Rodrigo Del Debbio em artigo publicado no livro Direito e Economia - Textos Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. SALAMA, Bruno M. (org.).

<sup>279</sup>COOTER. **Economic Case for Comparative Negligence**, An. New York Law Review, Volume 61.

total de precaução excessiva, quando as peças estão "simetricamente situadas", ou seja, quando a eficiência requer que ambos os lados tomem cautela semelhante e equivalente.

Daniel Orr<sup>280</sup> defendeu, através da análise da Teoria dos Jogos<sup>281</sup>, que a *comparative negligence* é, inclusive, mais eficiente do que a *contributory negligence*. Orr mostrou que a negligência comparativa é mais eficiente do que a negligência contributiva quando (i) a precaução é unilateral, e (ii) os custos de tomar precauções são os mesmos para ambas as partes.

Segundo Chung<sup>282</sup>, este resultado obtido por Orr é intrigante, uma vez que a maior parte da doutrina considera que, em situações cotidianas, a *contributory negligence* seria mais eficiente que a *comparative negligence* e que suas vantagens estão muito mais atreladas a uma questão de equidade e justiça do que de eficiência.

Apesar da divergência doutrinária, o certo é que os resquícios da teoria do “tudo ou nada” não têm hoje guarida na jurisprudência, nem nos modelos da cultura romano-germânica, nem na cultura anglo-saxônica.

A doutrina da *Law & Economics* apresenta cálculos que podem ser utilizados na responsabilidade civil em formas mais simplificadas, as quais responsabilizam o autor do dano por acidentes que ele causa, se a preocupação está abaixo do parâmetro jurídico, independentemente do nível de precaução da vítima, ou nos casos de concausalidade exigindo mais complexidade.

Como foi visto, ao decorrer desta dissertação, quando ocorre a concausalidade, o autor do dano culpável pode ter sua responsabilização diminuída ou até excluída provando que a precaução tomada pela vítima não cumpriu o parâmetro jurídico de cuidado.

No caso da responsabilidade subjetiva com culpa proporcional, os autores apresentam os seguintes cálculos:

*Autor do dano culpado*  $Xc < X*c$ , e *vítima culpada*  $Xv < X * v \rightarrow$  Os dois arcam com o custo proporcionalmente.

---

<sup>280</sup> ORR, Daniel. **The Superiority of Comparative Negligence**: Another Vote, 55 J. Legal Stud. 119 (1991)

<sup>281</sup> A teoria dos jogos pode ser entendida como o meio formal de modelagem da interação estratégica. Essa teoria foi desenvolvida por John von Neumann e por Oskar Morgenstern, no famoso *Theory of Games and Economic Behavior*, publicado em 1944.

<sup>282</sup> CHUNG, Tai-Yeong, **EFFICIENCY OF COMPARATIVE NEGLIGENCE: A GAME THEORETIC ANALYSIS**. University of Western Ontario.

Segundo Cooter e Ulen<sup>283</sup>, o grau de negligência do autor do dano equivale a  $\sim X - Xc$ . O grau de negligência da vítima equivale a  $\sim X - Xv$ . A proporção de culpa de cada parte pode ser usada para dividir a responsabilidade civil sob uma regra de responsabilidade de culpa proporcional, é dada da seguinte maneira:

$\sim X - Xc / [(\sim X - Xc) + (\sim Xv - Xv)] = \text{proporção de responsabilização do autor do dano culposo};$

$\sim Xv - Xv / [(\sim X - Xc) + (\sim X - Xv)] = \text{proporção de responsabilização da vítima culposa.}$

Para exemplificar o cálculo acima, os autores trazem a seguinte ilustração: Se um carro andando a 40 Km por hora colide com um carro rodando a 35 Km/h numa rua, cujo limite de velocidade é 30 Km/h, os dois motoristas dividem a responsabilização nas proporções de 2/3 e 1/3, respectivamente.

No caso da aplicação da responsabilidade objetiva, nos casos de concausalidade, Cooter e Ulen<sup>284</sup> trazem um raciocínio importante sobre o que eles denominam ser a precaução redundante, o qual pode ser definido como uma situação em que ambas as partes podem tomar precauções e a eficiência exige que apenas uma delas faça isso:

*“A título de ilustração, o fabricante e o construtor de casas podem verificar os fios elétricos para ver se há defeitos, mas o fabricante pode fazer isso a um custo muito menor do que o construtor. A análise presente de regras jurídicas alternativas se aplica a precaução redundante que é contínua, como por exemplo, os gastos em controle de qualidade por parte do fabricante de fio elétrico.*

*Entretanto, a análise presente de regras jurídicas alternativas pode falhar por razões técnicas quando a precaução redundante é descontínua. A título de ilustração, suponha que o motorista de um carro possa colocar sinto de segurança com menos esforço que o fabricante de cinto de segurança possa projetar um cinto de segurança que se coloque automaticamente. Por suposição se exige que o motorista tome precauções e o fabricante não o faça.*

*Os autores, concluem afirmando que sob a regra da responsabilidade objetiva simples o motorista ferido que não afivelou o cinto de segurança poderia processar com êxito o fabricante, de modo que a regra da responsabilidade objetiva simples cria incentivo para que o fabricante tome precauções. Em contraposição a isso, uma regra de responsabilidade objetiva com uma defesa concorrente cria incentivos para que o motorista, e não o fabricante, tome precauções.”*

<sup>283</sup> ULEN e COOTER, idem, p. 341.

<sup>284</sup> Idem 136, página 342

Posto que a vítima, por ser quem sofre o dano, teria sempre incentivos para exercer um nível apropriado de precaução, *in verbis*:

*A AED, por meio de seus estudos, provou ser um modelo simples de responsabilização civil: pressupondo a indenização perfeita e cada parâmetro jurídico equivalente ao nível eficiente de cuidado, cada forma da regra de responsabilidade subjetiva dá ao autor do dano, e à vítima, incentivos para a precaução eficiente. Entretanto, poderíamos pensar que a vítima, por ser quem sofre o dano, teria sempre incentivos para exercer um nível apropriado de precaução. Na prática, contudo, isso não se verifica, e diferentes regras de responsabilização podem gerar comportamentos bastante diversos por parte da vítima.*

O autor cria um exemplo ilustrativo para se verificar o nível de incentivo. A precaução da vítima pode ser eficiente:

*O exemplo a seguir pode ajudar a ilustrar a situação. Suponhamos agora que, caso B estacionasse a uma distância de, pelo menos 20 metros da curva, a chance de ocorrência de uma batida fosse reduzida, de 0,1% para 0,05%, a um custo de apenas R\$ 5,00 para B. Deve-se perguntar se seria desejável que essa medida de precaução fosse adotada por B? Nesse caso, a resposta é afirmativa, pois o benefício marginal (R\$ 10,00) é superior ao custo marginal de precaução (R\$ 5,00), fazendo com que B adote essa medida de precaução<sup>285</sup>. Todavia, em um cenário de responsabilidade ilimitada do ofensor, B poderia não se dar ao trabalho de adotar tal medida, por saber que seria ressarcido, de qualquer maneira, caso a batida acontecesse. Não haveria incentivos para que B adotasse uma medida de precaução. Portanto, pode-se concluir que o nível ótimo de precaução do ofensor, em geral, depende do nível de precaução adotado pela vítima, e vice-versa. Há certamente uma relação de interdependência das condutas do ofensor e da vítima, que precisa ser explicitada em um modelo mais amplo para a visualização do problema. Na realidade, é difícil de verificar uma situação de culpa exclusiva da vítima, e sim a interseção das condutas do ofensor e da vítima para a ocorrência do evento danoso<sup>286</sup>.*

Conclui-se, assim, portanto, que a disciplina da análise econômica do direito tem relação direta com a figura jurídica da corresponsabilidade do lesado na responsabilidade civil, tendo em vista cumprir função preventiva relevante de adoção de precaução por parte da vítima,

<sup>285</sup> Para calcular o benefício marginal basta subtrair o dano esperado antes da adoção da medida preventiva (0,1% x R\$ 20.000,00 = R\$ 20,00) do dano esperado após sua adoção (0,05% x R\$ 20.000,00 = R\$ 10,00). 20 - 10 = 10.

<sup>286</sup> PORTO, Antonio José Maristrello. *Análise Econômica do direito*. Fundação Getúlio Vargas, página 72.

demonstrando diminuição de eventos danosos e pode, em certos casos, auxiliar os operadores do direito no cálculo da proporcionalidade da redução da indenização.

## CONCLUSÃO

1 - O artigo 945 do Código Civil absorve no direito brasileiro a disciplina da corresponsabilidade do lesado, inspirada no direito europeu, ao qual pressupõe uma relação interindividual, exige o confronto entre duas liberdades, sopesa, sem discriminações, duas condutas igualmente censuráveis, e aglutina qualquer lesado e qualquer dano em um sistema uniforme, sujeito a princípios idênticos aos que são aplicáveis à conduta do lesante.

2 - A corresponsabilidade do lesado inclui participações da vítima as quais efetivamente tenham contribuído para o dano, excluindo-se aquelas que não mereçam um juízo de reprovação ou censura.

3 - A disciplina da corresponsabilidade do lesado foi adotada na jurisprudência brasileira pelas mãos do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ministro Orozimbo Nonato.

4 - De acordo com as premissas do princípio naturalístico *casum sentit dominus* se a pessoa suporta os danos que causa a si mesma, por maioria de razão deve suportar, em parte, os danos que causou decisivamente.

5 - O ser humano, ao correr riscos como esportes radicais, uso de drogas lícitas e outros, deve arcar com as consequências de seus atos, na medida de suas responsabilidades.

6 - A concausalidade da vítima significa uma mitigação ao princípio da reparação integral do dano e um incentivo à precaução, pois requer que ambos os lados tenham cautela semelhante e equivalente.

7 - Com exceção de alguns estados norte-americanos, os princípios balizadores da disciplina da corresponsabilidade do lesado estão uniformizados, nos principais ordenamentos jurídicos mundiais, seja diretamente através de dispositivos legais, seja pela jurisprudência local.

8 - Existe uma desconexão entre a natureza da responsabilidade civil do lesante e a do lesado, sendo plausível, por exemplo, a conduta do causador do dano ser apurada pela ótica da teoria do risco, e a participação da vítima ser apurada pela ótica da responsabilidade civil subjetiva. Nesse sentido, o instituto da corresponsabilidade do lesado é aplicável mesmo quando incidir sobre o lesante a responsabilidade objetiva.

9 - A teoria da causalidade adequada e suas derivações, apesar de insuficiente, demonstra ter um recorte importante, ao incluir somente as causas necessárias para o evento causal como partícipes do dano, evitando assim injustiças e abstrações.

10 – Face a permeabilidade da disciplina da corresponsabilidade do lesado junto aos demais institutos jurídicos, a teoria do escopo da norma violada e a teoria da causalidade econômica também se mostram úteis.

11 - A parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder às medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo.

12 - É possível discutir na matéria cível a disciplina da concausalidade da vítima, mesmo diante do texto legal do artigo 935 do Código Civil que impõe não ser possível questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o autor do dano, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

13 - Uma maior gravidade culposa não gera necessariamente uma maior probabilidade causal e uma maior extensão do dano, sendo que o artigo 945 combina acertadamente o elemento subjetivo e gradativo da culpa e sua extensão danosa.

14 - A jurisprudência nacional deve avançar ainda mais para um apontamento do entendimento no caso concreto do grau de culpabilidade da vítima em confronto com do autor, tais como levíssimo, leve, médio, grave ou gravíssimo, reduzindo a indenização de acordo com o caso concreto.

15 - A disciplina da análise econômica do direito tem relação direta com o instituto da corresponsabilidade do lesado na responsabilidade civil, tendo em vista que cumpre função preventiva relevante de adoção de precaução por parte da vítima, demonstrando diminuição de eventos danosos e pode, em certos casos, auxiliar os operadores do direito no cálculo da proporcionalidade da redução da indenização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIARRI, Hugo. *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção nos contratos por incumprimento do devedor – resolução**-. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **O novo Código civil e o Código de defesa do Consumidor-Pontos de convergência**, Revista de Direito do Consumidor, n.48, p 55-68. São Paulo, Outubro de 2003.

\_\_\_\_\_. (Presidente de honra). **DVD do Ciclo de palestras sobre doutrina e pesquisa do PPG-DIR/UFRGS**. Coordenação: Judith Martins-Costa. Participantes: Claudia Lima Marques, Desembargador Arminio José de Abreu Lima da Rosa. Prof.<sup>a</sup> Dra. Viviana Kluguer, Argentina, Marcos M. Córdoba, Argentina, Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva. Realizado dia 01/06/04 na reitoria da UFRGS de Porto Alegre. Sâmara Vídeo, 2004.

ALVAREZ, Alejandro Bugaro. **Análise Econômica do Direito: Contribuições e desmitificações in Estado e Sociedade**, v. 9, n<sup>o</sup> 9

ANDERSON, Perry. **The Origins of postmodernity**. London: Verso, 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**, 2. Ed. Coimbra: Almedina, v. 1, 2004

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabriscoo, 1991.

AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo do direito privado Português**. Coimbra: Almedina, 2009.

BATTESINI, Eugênio. **Análise econômica da responsabilidade civil: A aplicação da formula de Hand no Brasil**. Publicação destinada ao III Conferência Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE 20-22 de outubro de 2010, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil.

BITTAR, Eduardo. **A justiça em Aristóteles**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BLAIOTTA, Rocco. **Causalittá Giuridica**. G. Giappichelli Editore, 2010.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents: A Legal and Economics Analysis**. New Haven. Yale University Press, 1970.

\_\_\_\_\_, ‘Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts’ (1961) 70 Yale Law Journal 499.

\_\_\_\_\_. and J.T. Hirschhoff, ‘Towards a Test for Strict Liability in Torts’ (1972) 81 Yale Law Journal 1055.

\_\_\_\_\_.and A.D. Melamed, ‘Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral’ (1972) Harvard Law Review 1089.

\_\_\_\_\_. **A broader view of the cathedral: The significance of the liability rule, correcting a misapprehension.**

CASTRESANA, Amelia. **Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana**, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001,

CANARIS, Claus-Wilhelm, 1937 – **Direitos fundamentais e direito privado**. 2º reimp. Almedina, 2009.

COOTER, Robert. **Direito & Economica**/ Robert Cooter, Thomas Ulen; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araujo da Costa. – 5. Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010.

\_\_\_\_\_. Economic Case for Comparative Negligence, An. New York Law Review, Volume 61.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das obrigações** – 12º ed. Ver .e act., 2009

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. 3. ed. São Paulo: RT, 1980.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CINTRA, José Pimentel de Aguiar. **Ciência e Milagres**. Quadrante, São Paulo, 1994, página 28.

DAM, Cees van. **European Tort Law**. New York: Oxford University Press, 2006, página 08.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. 3.ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. 14.ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.

LAUDISA, Federico. **La causalità**. Roma 2º Edição, Abril de 2010, Editora Carocci.

LIGUERRE, Carlos Góme, e José Piñeiro Salguero. **Culpa del perjudicado, en Pablo Salvador Coderch y Fernando Gómez Pomar (eds.). Tratado de responsabilidad civil del fabricante**, Thomson/Civitas, Navarra, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**

FOUCAULT, Michel. **The Foucault reader**. New York: Pantheon Books, 1984.

FRADERA, Véra Maria Jacob, **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?**  
In: Revista trimestral de direito civil. RTCD, v.5, n.19, jul/set, 2004

FRIEDMAN, Lawrence M. **A history of American Law**. 2.ed. New York: Simon & Schuster, 1973.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **A imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos**. Curitiba 2013. Orientador: Luis Edson Fachin Tese de Doutorado. Universidade Federal de Paraná.

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. London: Penguin Books, 1992.

GALLINGAN Jr, JThomas C. Strict Liability in Action: The Truncated Learned Hand Formula. Louisiana Law Review. Volume 52. Número 2 , Novembro de 1991.

GIOLLA, Piero. **Valutazione del danno persona nella responsabilità civile**, Milano, 1957, página 22.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

GOMES, Carla Amado. **A culpa (ou a conduta?) do lesado: reflexões sobre um instituto aberto**. Revista do Ministério Público nº 139: Julho: Setembro 2014, páginas 09 -28

HALL, Kermit L. **The magic mirror: law in american history**. New York: Oxford University Press, 1989.

HART, Herbert; HONORÉ, Tony. **Causation in the Law**. New York: Oxford Press, 1959

HORWITZ, Morton (Org.). **American legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense.

KAUFMANN, Walter. **The portable Nietzsche**. New York: Penguin Books, 1968.

KELMAN, Mark. **A guide to critical legal studies**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

ORR, Daniel. **The Superiority of Comparative Negligence: Another Vote**, 55 J. Legal Stud. 119 (1991)

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações**. Revista de direito comparado, P229-279. Segundo semestre de 2003.

\_\_\_\_\_. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais -v. 680. Junho de 1996.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo código Civil, do inadimplemento das obrigações**. Volume V tomo II arts. 389 a 420. (Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira).

\_\_\_\_\_. **O princípio da Boa-fé**. Ajuris, v.50, P 208-233, 1990.

\_\_\_\_\_ e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. –São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes. Do conflito das normas do direito brasileiro**: Ed. RT, 2012.

\_\_\_\_\_ Manual de direito do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Rosco e Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

\_\_\_\_\_; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. Ed. RT, 2012. p. 149

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. DIREITO CIVIL. Responsabilidade Civil. São Paulo, Saraiva, 2015.

MENAND, Louis (Ed.). **Pragmatism: a reader**. New York: Vintage Books, 1997.

MINDA, Gary. **Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end**. New York; London: New York University Press, 1995.

MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. **Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação**. Coimbra: Principia, 2013.

\_\_\_\_\_, **Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação**. Vol. II Coimbra: Principia, 2013.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil Extracontratual. Nova perspectiva em matéria de Nexo de Causalidade**. Coimbra: Principia, 2013.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh, in **Ressarcimento de Danos**, 8ªed., ampl. eatul., Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005

MOREAU Jacques, **L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative**, Paris, 1957

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2009.

NEIRA, Lilian C. San Martín. **La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas**. Rev. Derecho Privado no.27 Bogotá July/Dec. 2014.

PELUZO, Cezar (Coordenador). **Código Civil Comentado : doutrina e jurisprudência : Lei nº 10.406, de 10.01.2002 – 2 edição revisada e atualizada**. – Barueri, SP : Manoele.

PORTO, Antonio José Maristrello. **Análise Econômica do direito**. Fundação Getulio Vargas.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 2003.

\_\_\_\_\_. **An affair of state, the investigation, impeachment and trial of President Clinton**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **The economics of justice**. Harvard: Cambridge University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Causation in a tort law: An economic Approach**. Publicado em The Journal of Legal Studies, v.12, n 1 (jan 1983) tradução de Cristiano Rodrigo Del Debbio.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. **Responsabilidade Extracontratual – Fato da Víctima**. Revista da EMERJ nº 42 , páginas 42 – 81

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed., revista e atualizada por GUSTAVO TEPEDINO, GZ Editora: Rio de Janeiro, 2012, páginas 116/117

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Almedina, 1997.

PROSSER, William. **Handbook of the Law of Torts** (4 ed. 1971)

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de Luís Greco.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

- RORTY, Richard. **Conseqüências do pragmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- SALAMA, Bruno M. (org.). **Direito e Economia - Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANCINETTI, Marcelo A. **Causalidad, riesgo e imputacion 100 años de contribuciones críticas sobre imputacion objetiva y subjetiva**. Buenos Aires, 2009. Hammurabi.
- SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. **Nexo de Causalidade e prevenção na responsabilidade civil**. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 136 – Dezembro 2014
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no código civil** – São Paulo : 2010
- SARUP, Madan. **An introduction guide to post-structuralism and postmodernism**. 2.ed. Athens: The University of Georgia Press, 1993.
- SILVA, Clovis V. do Couto e Silva. **A obrigação como processo**. Tese da Concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1964.
- \_\_\_\_\_. O direito Privado na Visão de Clóvis do Couto e Silva; org. Vera Maria Jacob Fradera. 2. Ed. Ver. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2014.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e contrato: A teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais” / Luis Renato Ferreira da Silva**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- SILVA, João Calvão. **Responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra, Almedina, 1999.
- SILVA, Rafael Pettefi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 5. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2013.
- VINEY Geneviève, **La faute de la victime d’un ccident corporel, le présent et l’avenir**, in La semaine juridique, 1984.
- VENTURINI, Thais Gouveia Pascoaloto Venturi. **Responsabilidade Civil Preventiva**. Editora Melheiros, São Paulo, 2014.
- \_\_\_\_\_. **As tendências atuais do direito da responsabilidade civil**. In: TEPETINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, página 55
- WIECKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Quarta Edição. Editora: Fundação Gulbenkian

