

HERNANI MARCHIORETTO DA SILVA

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE FINANCEIRO PELO RISCO A  
SOLIDEZ E A SEGURANÇA DE UNIDADES HABITACIONAIS FINANCIADAS  
COM RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO

CURITIBA

2010

HERNANI MARCHIORETTO DA SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE FINANCEIRO PELO RISCO A.  
SOLIDEZ E A SEGURANÇA DE UNIDADES HABITACIONAIS FINANCIADAS  
COM RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto  
Ribeiro Nalin.

CURITIBA

2010

## TERMO DE APROVAÇÃO

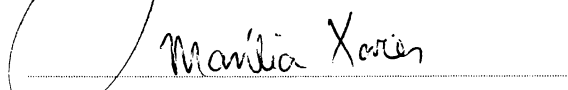
HERNANI MARCHIORETTO DA SILVA

### **A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES FINANCEIROS PELO RISCO A SOLIDEZ E A SEGURANÇA DE UNIDADES HABITACIONAIS FINANCIADAS COM RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO**

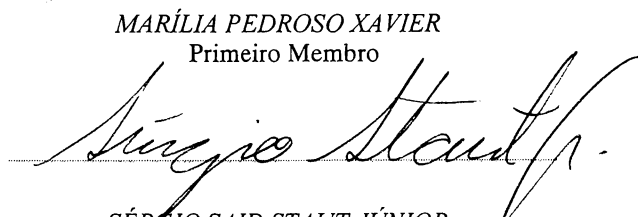
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN  
Orientador



MARÍLIA PEDROSO XAVIER  
Primeiro Membro



SÉRGIO SAID STAUT JÚNIOR  
Segundo Membro

•

Com todo o meu amor a minha avó Iracema, meus pais e meus irmãos.

## **Agradecimentos**

Agradeço, primeiramente, a minha família, que me deu o suporte necessário para conseguir ingressar no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, uma tarefa quase impossível para grande parte da população brasileira.

Em segundo lugar, gostaria de agradecer aos grandes amigos que fizeram parte desta jornada: a minha grande parceira Nataly, que me resgatou das profundezas do desinteresse, amiga do coração; aos Zeleis Marcelo, Irineu, Luiz e Alisson; ao grande amigo Rodrigo, político de primeira linha; ao amigo Diego, que apesar dos pesares foi minha dupla quando fomos campeões de sinuca em 2006; ao amigo Adérito, dono de Angola; ao amigo Guilherme, parceiro de primeiro estágio e grandes aventuras, lembro-me como se fosse hoje as piadas que fazíamos sobre o Leôncio e o Doutor Paulo; aos amigos do Partido Democrático Universitário, do qual tive a honra de fazer parte e ser eleito, no ano de 2007, vice-presidente do CAHS, ao lado da minha querida amiga Natascha, a primeira presidenta da história do Centro Acadêmico Hugo Simas.

Registro ainda o meu respeito e admiração aos professores Paulo Roberto Nalin, Rodrigo Xavier Leonardo, Luiz Edson Fachin, Abili Lázaro Ramos, Sérgio Cruz Arenhart Vera Karam, Romeu Felipe Bacelar, Ricardo Marcelo Fonseca, Jorge Azor e tantos outros, que muito contribuíram para a minha formação.

Destaco ainda a grande compreensão de minhas queridas companheiras de trabalho da CAIXA, Sandra e Mary, por suportarem meu mau humor e ansiedade, verdadeiras amigas que aprendi a respeitar e admirar, e que muito me ensinaram sobre disciplina, caráter, persistência e integridade.

De fundamental importância para a escolha do tema, foram as conversas e os problemas cotidianos enfrentados junto com o amigo Walter, engenheiro da CAIXA, com grande conhecimento na área jurídica. Graças as nossas conversas surgiu o interesse em realizar este trabalho.

Por fim, mas principalmente, agradeço a Deus por ter me dado saúde para conseguir concretizar meu objetivo, meu sonho, de um dia me formar em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

*Comece fazendo o que é necessário, depois o que é possível e de repente você  
estará fazendo o impossível.*

São Francisco de Assis

## RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a responsabilidade civil dos agentes financeiros por riscos a solidez e segurança de unidades habitacionais financiadas com recursos do sistema financeiro de habitação. A metodologia adotada parte da superação do direito civil tradicional pela doutrina do direito civil constitucionalizado. Primeiramente, aborda a passagem do direito civil Moderno, presente nos códigos civis oitocentistas, com seu individualismo e patrimonialismo nato, para outra configuração do ordenamento preocupada com a dignidade da pessoa humana. A partir dessa perspectiva constitucional e de seus reflexos sobre o instituto da responsabilidade civil e sobre a legislação civil, demonstra-se que os contratos elaborados entre o Agente Financeiro e o mutuário não devem ser vistos de forma unitária, pois o financiador ao atuar em conjunto com as construtoras no âmbito do mercado de fornecimento de unidades habitacionais, estabelece uma conexão entre os contratos, que em conjunto adquirem uma finalidade específica diferenciada dos contratos vistos de forma isolada. Tal fato denomina-se rede contratual, e nesta rede participam agente financeiro, mutuário e construtoras, com o objetivo único de fornecimento e construção de moradia. Na existência de risco a solidez e a segurança de unidades habitacionais financiadas, caberá ao ofendido acionar diretamente a empresa construtora ou o agente financeiro, com base na responsabilidade civil objetiva, pois o dever de indenizar atingirá, de forma solidária, ambos os participantes.

Palavras-chave: Constitucionalização. Dignidade da Pessoa Humana. Responsabilidade Civil Contemporânea. Agentes Financeiros.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	08
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	12
2.1. O DIREITO CIVIL CLÁSSICO E AS CODIFICAÇÕES OITOCENTISTAS .....	12
2.2. A CRISE E A SUPERAÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO CIVIL .....	15
2.3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	19
2.4. O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 .....	23
<b>3. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA CIVIL CONSTITUCIONAL</b> .....	29
3.1. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO TEMPO E NO ESPAÇO .....	30
3.2. PRESSUPOSTOS CONTEMPORÂNEOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	36
3.2.1. ANTIJURIDICIDADE .....	38
3.2.2. DANO .....	39
3.2.2. NEXO DE IMPUTAÇÃO .....	41
3.2.2. NEXO DE CAUSALIDADE .....	42
<b>4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE FINANCEIRO PELO RISCO A SOLIDEZ E A SEGURANÇA DE UNIDADES HABITACIONAIS FINANCIADAS COM RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO</b> .....	44
4.1. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO INJUSTO .....	47
4.2. O NEXO DE IMPUTAÇÃO DOS AGENTES FINANCEIROS .....	49
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	62

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia se propõe a analisar a responsabilidade civil dos agentes financeiros por riscos a solidez e segurança de unidades habitacionais financiadas com recursos do Sistema Financeiro de habitação, sob a ótica civil-constitucional, utilizando os pressupostos contemporâneos da responsabilidade civil.

Inicialmente a pesquisa aborda a mudança de paradigma do direito privado, com a crise e a superação do direito civil fundado nos pilares da modernidade, de cunho patrimonialista (inspirador dos códigos oitocentistas), para uma concepção contemporânea, de cunho ético e solidário, voltada a proteção da dignidade da pessoa humana.

No estudo da legislação brasileira, percebe-se um enfraquecimento do código civil como elemento central, integrador do direito privado. Fatores sociais obrigam o legislador a criação de novas leis, outrora não previstas no Código. Matérias privadas, antes restritas apenas as codificações civis, acabam migrando para a Constituição Federal, ocorrendo o fenômeno da publicização do direito privado.

Diante de um contexto fragmentado, com a proliferação de leis especiais e a migração de temas privados para as Constituições, os códigos perdem definitivamente o papel central no direito privado. Nesse contexto, a interpretação do ordenamento jurídico, deve ser realizada com vistas aos princípios constitucionais.

Com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado como fundamento da República, demonstrando de fato, a alteração promovida pelo poder constituinte: de uma ótica patrimonialista para uma ótica humana e solidária.

O Novo Código Civil de 2002, criado após a Constituição Federal de 1988, apresenta poucas alterações, porém importantes, que modificam o caráter tradicional até então vigente no Código Civil de 1916, com ferramentas úteis a aplicação do direito civil constitucional. Dentre as inovações trazidas destacam-se

a função social do contrato, a boa fé objetiva e a utilização das cláusulas gerais.

Em um segundo momento, o trabalho alude às alterações ocorridas no âmbito da responsabilidade civil, analisando os principais reflexos do direito civil constitucional para o instituto.

Nesse sentido, sob uma nova perspectiva, a responsabilidade civil preocupa-se mais com a vítima em detrimento da conduta do ofensor, como afirma Maria Celina BODIN DE MORAES “o foco que tradicionalmente recaia sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, desloca-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada.”<sup>1</sup>

Como afirma Silmara Juny CHINELLATO:

“O olhar atento do legislador deve considerar a evolução e as conquistas do Direito, no terceiro milênio, que advieram de longo e demorado caminho percorrido por suas diversas formas de expressão ou “fontes”, a prestigiar a vítima, o lesado, de modo a lhe assegurar a justa indenização dos prejuízos sofridos, o que se coaduna com o personalismo ético, refletido no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.”<sup>2</sup>

Por fim, com base na visão contemporânea do direito civil e nos seus reflexos na responsabilidade civil, o estudo aborda a responsabilidade civil dos agentes financeiros por riscos a solidez e segurança de unidades habitacionais financiadas com recursos do Sistema Financeiro de Habitação. Através do estudo dos pressupostos contemporâneos do dever de indenizar e de teorias contratuais modernas, em sintonia com o direito civil contemporâneo, demonstra-se a possibilidade de imputar aos agentes financeiros o dever de reparação, tradicionalmente atribuídos apenas as empresas construtoras.

---

<sup>1</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: *Direito, Estado e Sociedade*. – nº 29, julho-dezembro 2006, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito. p. 245.

<sup>2</sup> CHINELLATO, Silmara Juny. *Da Responsabilidade Civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo*. O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar: 2008. p.964.

## **2. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Ao tratarmos da construção do Direito Civil contemporâneo é fundamental compreender que não houve uma linearidade histórica que nos permita afirmar um processo evolutivo natural. Ao contrário, é possível encontrar elementos importantes para a construção da disciplina em períodos históricos dispares. Contudo, em razão do objetivo específico do trabalho, a abordagem ficará restrita ao período codificatório que se inicia após a revolução francesa.

### **2.1 O DIREITO CIVIL CLÁSSICO E AS CODIFICAÇÕES OITOCENTISTAS**

Na França do século XVIII, embora a estrutura social permanecesse aristocrática, a burguesia controlava as finanças, o comércio e a indústria. Além disso, fornecia à monarquia os quadros administrativos e os recursos necessários para o funcionamento do aparelho de Estado.

A burguesia crescia em número, em poder econômico, em cultura e principalmente em consciência de si mesma como classe social, o que explica a difusão das teorias iluministas solapando os fundamentos ideológicos justificadores da ordem estabelecida e afirmando, ao mesmo tempo, os novos valores burgueses.

Detentora do poder econômico, a burguesia necessitava de abertura política e liberdade para exercer de fato suas aspirações políticas e econômicas, ampliando os mecanismos para o desempenho satisfatório de seus negócios. Os laços de servidão eram um obstáculo ao desenvolvimento do capitalismo. As regulamentações das corporações de ofício impunham uma camisa de força ao crescimento da grande indústria.

A ordenação legal na fase pré-codificatória era essencialmente

fragmentada, e também não havia uma ordem de caráter geral a todos igualmente aplicável, com vigência num determinado espaço em virtude de um comando unitário,<sup>3</sup> fato que gerava insegurança as relações privadas, prejudicando a sociedade como um todo e, em particular, a atuação comercial da classe burguesa.

Em 1789, eclode a revolução francesa, sob os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade. Todos são iguais perante a lei, proclamam os revolucionários de 1789. Deste modo, diante da igualdade de todos perante a lei, esta deveria ser una, geral e ter como única fonte geradora o Estado.

O Estado burguês que surge, é voltado quase que exclusivamente para a proteção do patrimônio dos indivíduos, uma vez que se fundamentava na tutela da propriedade e na autonomia privada da livre realização dos negócios econômicos.

Este novo Estado, como um contraponto à estrutura despótica do *Ancien Régime* - marcado pela interferência estatal e pela arbitrariedade - pretende revolucionar a estrutura jurídica existente, marcada pela fragmentação desordenada, e criar um sistema jurídico caracterizado pela pretensão de plenitude, que tudo pretende regular, sem deixar espaços para lacunas nem para outros direitos que não os promulgados por ato de autoridade pública, unificando as fontes de produção jurídica.

Através do estabelecimento de um documento único, um código, que reunisse de forma completa todas as normas existentes, capaz de apresentar-se como sistema único e intransponível, fechado a possíveis interferências, estaria concretizado o objetivo perseguido pelo movimento decorrente da Revolução. O Código de Napoleão, outorgado em 1804, é o marco teórico, símbolo desse processo.

Nesse sentido afirma Judith MARTINS-COSTA:

“(...) o Código, um instrumento que pressupõe, como condições de sua própria efetivação, a ab-rogação de todo o direito precedente, a formulação sistematizada de leis tendentes a impedir toda a possível antinomia e a pretensão de auto-suficiência do seu sistema interno, de

---

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

modo a permitir a exclusão de todo e qualquer mecanismo de heterointegração".<sup>4</sup>

A codificação, nesse contexto, a par de representar inegável progresso sob o prisma legislativo, significou, também, a consagração ideológica definitiva dos valores da burguesia, tão temerosa quanto às pretensões intervencionistas e autoritárias do Estado absoluto.<sup>5</sup>

Como fenômeno de origem política e social, a pretensão exclusivista do movimento codificador - que se espalharia pela Europa e pela América Latina nos séculos XIX e XX - é marcada pela lógica dos princípios norteadores da modernidade, quais sejam, universalismo, racionalismo e individualismo. Os códigos resultantes desse processo marcam a tendência ideológica do seu momento, com uma vocação fagocitória e totalizadora, pretendendo atingir, com plenitude, todas as facetas da complexa e multifacetária cadeia de relações privadas.<sup>6</sup>

Quase um século após a criação do código de Napoleão, mas ainda diretamente influenciado por este, em 1916 é criado o Código Civil brasileiro, o qual traduzia a ideologia da sociedade agrária e conservadora brasileira, preocupada muito mais com o ter (contrato e propriedade) do que com o ser (direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana).<sup>7</sup>

O Código pretendia transmitir a ideia da igualdade entre os indivíduos racionais, com a utilização de categorias e conceitos abstratos, pretensamente neutros, visando assegurar o exercício pleno da autonomia das pessoas. Tutelava o sujeito, enquanto proprietário. Dava enorme liberdade ao princípio da autonomia da vontade, facilitando a transferência e o acúmulo de riquezas.

Nesse sentido afirma Gustavo TEPEDINO:

---

<sup>4</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, 177.

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral*. Ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 44.

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 44.

“O Código Civil, como se sabe, quando entrou em vigor, em 1917, refletia o pensamento dominante das elites européias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídico. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito Civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio”.<sup>8</sup>

Fundado no princípio formal da igualdade, o Código Civil de 1916 elegeu como superiores os princípios da autonomia da vontade e a iniciativa privada, prevendo em seu art. 2º: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”.

## 2.2 A CRISE E A SUPERAÇÃO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO CIVIL

A teoria clássica, fincada na ideologia liberal e nos princípios da modernidade, foi criada a partir do indivíduo racional, capaz de compreender totalmente a realidade e de manifestar suas intenções, com o exercício pleno de suas vontades, chegando a seu ápice no movimento codificatório do século XIX, conforme exposto anteriormente.

No contexto dessa proposta metodológica, acreditava-se que a somatória das razões dos seres humanos individuais, seria capaz de criar leis gerais e abstratas para tratar de forma antecipada todos os problemas que surgissem na sociedade. O direito seria capaz de abarcar em conceitos, ficções e regras todas as situações fáticas existentes.<sup>9</sup>

Desejava-se, dessa maneira, enquadrar os fatos sociais em regras jurídicas previamente estabelecidas. Ao direito privado cabia apenas garantir a plena realização da autonomia da vontade, já que a razão era plena.

---

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. RJ-SP: Renovar, 2003

<sup>9</sup> ALTHEIM, Roberto. *A Atribuição do Dever de Indenizar no Direito Brasileiro: Superação da Teoria Tradicional da Responsabilidade Civil*. Dissertação de mestrado, UFPR, Curitiba 2006, p. 15.

Afirma Luiz Edson FACHIN que:

“a noção de igualdade, liberdade e abstração, que era forjada pelas leis sobre os indivíduos, agregam a falaciosa noção de que o Direito era auto-referente e, portanto, completo, já que as leis postas seriam suficientes para que estes mesmos alcançassem seus objetivos, suas necessidades ou, em última análise, suas realizações enquanto pessoas”.<sup>10</sup>

As pessoas tinham autonomia e esta significava a liberdade de exercerem ou não as faculdades e poderes de que são titulares através da ordem jurídica, garantindo a sociedade a segurança necessária ao pleno exercício da autonomia da vontade, sem a interferência externa do poder do Estado. Ao direito cabia apenas assegurar a circulação de bens e direitos realizados por pessoas tidas como livres, racionais e iguais.

Contudo, esta estrutura discriminatória, de caráter eminentemente patrimonial, excludente e negadora de direitos existenciais e sociais, fomentou a sua própria perda de legitimidade frente às crescentes demandas e reclames de cunho tanto individuais, como sociais da população. Com o passar dos anos, tal concepção foi entrando em crise e cedendo espaço para novos conceitos e valores, como a valorização do bem comum e a justiça social.

Até esse momento, o Código Civil era visto como um sistema completo, pleno, sem necessidade de sofrer interferências de outros ramos do direito, reconhecido como a Constituição do direito privado. Mas a partir da segunda metade do século XIX, na Europa, e a partir da segunda década do Século XX, no Brasil, esse panorama começa a sofrer alterações, conforme observa Gustavo TEPEDINO:

“o declínio da era da estabilidade e segurança inicia-se na Europa, na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20, os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada

---

<sup>10</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* / Adalcy Rachid Coutinho (...) [et. AL]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 94.

vez mais acentuada".<sup>11</sup>

Em um primeiro momento, o Estado começa a legislar atendendo às demandas contingentes, visando reequilibrar o quadro social decorrente das conseqüências provocadas pela revolução liberal. Nessa perspectiva, as leis extraordinárias, apenas de maneira excepcional, contrariavam os princípios do Código Civil, sem colocar em risco o sentido de completude e exclusividade pretendido pelo Código. As leis extracodificadas eram denominadas de legislação de emergência, pois pretendiam-se episódicas, casuísticas, não sendo capazes de abalar os alicerces da dogmática do direito civil.<sup>12</sup>

No Brasil, a edição dessas leis emergenciais ocorre logo após a promulgação do Código Civil, sem, contudo, alterar a centralidade e exclusividade do ordenamento jurídico civilista. Tais leis eram vistas apenas como meras adequações pontuais, incapazes de afetar a noção de sistema unificador representada pelo Código.

Diferentemente dessa fase inicial de intervenção estatal, após a década de 30 do século XX, visando atender situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica, política e social, não previstas pelo Código Civil, e, ainda, contemporizar conflitos sociais emergentes, são criadas leis civis extravagantes, que não mantinham o caráter de excepcionalidade que caracterizou a legislação de emergência.

A disciplina codificada, nesse momento, deixa de representar o direito exclusivo e convive com a legislação extravagante que é criada para regular novos institutos decorrentes da evolução econômica. As leis extravagantes, com características de especialização, acabam sendo denominadas de direito especial, em contraposição ao direito dos códigos tratados como direito comum.

Com a proliferação de leis especiais, verdadeiros estatutos autônomos, o código civil deixa de ser o elemento central, responsável pela unidade sistemática do direito privado. Ocorre o processo denominado de descodificação, no qual

---

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, 4.

<sup>12</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Temas de Direito Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

substitui-se o monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos autônomos.

Nas palavras de Gustavo TEPEDINO:

“Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do Direito Civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizado por um conjunto de leis tidas como centros de gravidade autônomos, e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas”.<sup>13</sup>

Ocorre uma fragmentação do sistema (polissistema) o que permite a convivência de universos legislativos isolados (microssistemas autônomos) sob a égide de princípios e valores muitas vezes conflitantes entre si, sem que haja um elemento unificador.

A partir dos anos 30, o legislador brasileiro, utilizando-se de leis especiais, começou a intervir, de forma assistencialista, na realidade nacional, expressão da política legislativa do *Welfare State*, rompendo com os dogmas do individualismo e da autonomia privada, constituindo o fenômeno denominado de dirigismo contratual.

O Estado intervencionista modifica as funções do Direito Civil e a moldura individualista começa a não se enquadrar em uma sociedade que passa a exigir a permanente integração do homem. O Direito Privado se apropria de instrumentos tradicionalmente de Direito Público. As normas constitucionais passam a ter importância na aplicação direta das relações jurídicas privadas.

Nesse sentido afirma Gustavo TEPEDINO:

“Esse estado de coisas enseja uma abrangência cada vez menor do Código Civil, contrapondo-o à vocação expansionista da legislação especial. A partir do longo processo de industrialização que tem curso na primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigados pelas dificuldades econômicas, que

---

<sup>13</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Problemas de Direito Civil, Gustavo TEPEDINO (coord), Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens”.<sup>14</sup>

As matérias, antes reservadas exclusivamente aos códigos, acabam migrando para os textos constitucionais, limitando, cada vez mais, o império da vontade. Deste modo, são inaugurados lentamente os Estados Sociais nas Constituições do século XX, a exemplo de que as doutrinas apontam como sendo a pioneira a constituição de Weimar, alemã de 1919. No Brasil, como reflexo desse processo, podemos verificar na Constituição Federal de 1934, a consagração dos direitos sociais da segunda geração.

No decorrer do século XX, com a inclusão nas Constituições federais de matérias privadas, relacionadas aos direitos fundamentais dos indivíduos, que privilegiam a proteção do ser humano e de sua dignidade, a Constituição, em substituição ao Código Civil, surge como elemento central do ordenamento jurídico capaz de reunificar o sistema, antes fragmentado.

Na Constituição brasileira de 1988, percebe-se claramente a intenção do constituinte em definir princípios e valores capazes de orientar, ao mesmo tempo, o Código e a legislação civil extravagante. Exemplos disso são os princípios que tratam da função social da propriedade, dos direitos de personalidade, da política nacional das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família.

### 2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Diante da proliferação de leis especiais, por vezes tidas como microssistemas legislativos, tornou insustentável a sustentação da centralidade do Código Civil. Nesse sentido, com a necessidade de atingir uma ordem sistemática

---

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, 7.

do direito privado, o eixo do sistema jurídico desloca-se, do Código Civil para a Constituição Federal. São os valores expressos pelo legislador constituinte, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, que fornecem unidade ao sistema.

Como esclarece Gustavo TEPEDINO:

“O Direito Civil perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil. (...) O intérprete passa então a se valer dos princípios constitucionais, como normas jurídicas privilegiadas para reunificação do sistema interpretativo, evitando, assim, as antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes”.<sup>15</sup>

A Constituição adquire eficácia normativa sobre as relações privadas, afastando definitivamente a concepção da Constituição como mera carta política, endereçada exclusivamente ao legislador.<sup>16</sup> Nesse sentido, FACHIN alude que:

“A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado. Os direitos fundamentais não são apenas liberdades exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado”.<sup>17</sup>

Nesse contexto, o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, vai além, examina-se sua correspondência substancial aos valores existentes no texto Constitucional. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios. Assim, a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os

---

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. Revista Jurídica, n.º 278. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda, 2000, p. 3.

<sup>16</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A constitucionalização do direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In: *Direito, Estado e Sociedade*. – n.º 29, julho-dezembro 2006, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito, p. 233.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p.100.

diversos princípios jurídicos envolvidos.<sup>18</sup>

O efeito desta alteração é a dissipação do direito civil clássico, voltado unicamente para a proteção do patrimônio, fundado exclusivamente na tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico, ou seja, patrimonialista.

Conforme já exposto, o ordenamento encontra na Constituição sua unidade sistemática e axiológica. A suposta segurança oferecida pela estrutura milenar do direito civil, que justificaria seu predomínio sobre a instável normativa constitucional, revela-se como apenas mais um mito elaborado para a permanência dos valores individualista e patrimonialista. Ao contrário, a afirmação da democracia como fundamento de legitimidade de todo o ordenamento justifica a prevalência da Constituição, elaborada sobre a soberana assembléia nacional constituinte, com intensa participação popular, sobre a atividade regular do legislador, representante ordinário do povo.<sup>19</sup>

Por conta disso, a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição, tal como se observa na Responsabilidade Civil, tendente cada vez mais a objetivação, preocupado muito mais com a proteção do ofendido em detrimento da conduta do ofensor.<sup>20</sup>

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana atribuiu unidade valorativa e sistemática ao direito civil, contemplando espaços de liberdade no respeito à solidariedade social. Os primeiros registros sobre o tema da dignidade da pessoa humana remontam aos estóicos e ao cristianismo, com repercussão na idade média através das obras de São Tomás de Aquino. Nos séculos XVII e XVIII, destaca-se Immanuel KANT, para quem o homem é um fim em si mesmo, não podendo nunca ser coisificado ou utilizado como meio de obtenção de qualquer objetivo. Para ele as coisas, que podem se trocadas por algo equivalente, têm preço; as pessoas, dignidade.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 234.

<sup>19</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>20</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traduzida do alemão por Manuel G. Morente. Buenos Aires: Editora Espasa-Calpe Argentina, 1946, p.57.

Com os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, o pensamento Kantiano ressurgiu com extrema vitalidade, uma vez que se verificou, na prática, quais são as conseqüências da utilização do ser humano como meio de realização de interesses, sejam políticos, sejam econômicos. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na maioria das Constituições do pós-guerra, bem como na Declaração Universal das Nações Unidas (1948).

Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, passou a constituir, associada à solidariedade social (art. 3º, inc. I) e à igualdade material (art. 3º, inc. III), verdadeira cláusula geral<sup>22</sup>, apta a tutelar todas as situações envolvendo violações à pessoa, ainda que não previstas taxativamente.

Conforme alude Thaís Goveia Pascoaloto VENTURI:

“A Constituição Federal brasileira consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, passando a conceber a pessoa concretamente considerada como núcleo do sistema, impondo ao Direito Civil a relativização de sua concepção patrimonialista que cede espaço à repersonalização imposta a partir de 1988.”<sup>23</sup>

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República ocasiona, nas palavras de Maria Celina BODIN DE MORAES, uma “transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada”, determinando o predomínio das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais.<sup>24</sup>

Quanto ao conceito de dignidade da pessoa humana, Maria Celina BODIN DE MORAES, entende que “será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à

---

<sup>22</sup> Tratando das cláusulas gerais, Judith MARTINS-COSTA aduz que elas constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, das normativas constitucionais.

<sup>23</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A Responsabilidade Civil e Sua Função Punitivo-Pedagógica no Direito Brasileiro*. Dissertação de mestrado. Curitiba, UFPR: 2006.p.2.

<sup>24</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p. 234.

condição de objeto”.<sup>25</sup>

Ingo Wolfgang SARLET, tratando do conceito de dignidade da pessoa humana, afirma que:

“(…) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.<sup>26</sup>

## 2.4 O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

O Código Civil de 2002, embora criado após a Constituição de 1988, não reflete de forma plena as modificações ocorridas ao longo dos anos no Direito Civil. Houve a inclusão de institutos importantes como a função social do contrato, boa-fé objetiva e a possibilidade de Responsabilidade Civil objetiva fundada na teoria do risco, contudo outras questões importantes presentes na constituição e ainda na jurisprudência e doutrina, foram deixadas de lado.

Embora pudesse ter sido melhor elaborado, é importante reconhecer que o Novo Código Civil de 2002 trouxe avanços importantes em relação ao Código Civil de 1916.

Em sábias palavras, Gustavo TEPEDINO conclui:

“Visto de longe, o novo Código pouco difere do antigo. Examinando de perto, porém, sob a ordem pública constitucional, permite entrever a supremacia da pessoa em relação ao patrimônio. Percebe-se esta ideologia, principalmente, nas possibilidades hermenêuticas suscitadas pelas novas cláusulas gerais: o abuso de direito (art. 187), a função

---

<sup>25</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p.46.

social do contrato (art. 421), a boa-fé objetiva (art. 422), o enriquecimento sem causa (art. 884) e a Responsabilidade Civil objetiva (art. 927)".<sup>27</sup>

Segundo seus elaboradores, o Novo Código Civil brasileiro está fundamentado em três princípios norteadores. São eles os princípios da Eticidade, Socialidade e o da Operabilidade.

Nesse sentido Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO afirmam que:

"Consiste o Princípio da Eticidade na busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico. Nessa linha, um dos exemplos mais visíveis é a boa-fé objetiva. Já o Princípio da Socialidade surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais. Por isso, valores foram positivados no prestígio à função social do contrato e à natureza social da posse. Por fim, o Princípio da Operabilidade importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional. Nessa linha, privilegiou a normatização por meio de cláusulas gerais, que devem ser colmatadas no caso concreto, merecendo destaque, como exemplo, a nova regra de Responsabilidade Civil incrustada no parágrafo único do art. 927".<sup>28</sup>

As manifestações práticas dos princípios norteadores podem ser encontradas na função social do contrato, artigo 421; no princípio da boa fé objetiva, prevista nos artigos 113 e 422; e nas cláusulas gerais, ligadas a hermenêutica, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

A primeira destas manifestações práticas consiste no princípio da função social dos contratos, que tem por fundamento o art. 421 do Código Civil, e ainda, em base constitucional, na afirmação do valor social da livre iniciativa, artigo 1º, inciso IV<sup>29</sup>, e nos princípios de justiça e solidariedade social previstos no artigo 3º,

---

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil e o Direito Civil Constitucional*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378.

<sup>28</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>29</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

inciso I.<sup>30</sup>

Na perspectiva constitucional da função social, Antonio Junqueira de AZEVEDO afirma que ao jurista é imposto “a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade”.<sup>31</sup>

Nessa perspectiva, o princípio da função social do contrato não se volta apenas para as partes contratantes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros. Com efeito, função quer dizer papel a desempenhar, obrigação a cumprir, pelo indivíduo ou por uma instituição. E social qualifica o que é concernente à sociedade, relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país. Logo, só se pode pensar em função social do contrato, quando este instituto jurídico interfere no domínio exterior aos contratantes, no meio social em que estes realizam o negócio de seu interesse privado.<sup>32</sup>

Nesta concepção de função social, compreende-se que o poder individual está limitado aos princípios constitucionais da justiça social e da solidariedade social.

Nesse sentido Francisco AMARAL destaca que “o exercício da autonomia privada deve orientar-se não só pelo interesse individual mas também pela utilidade que possa ter na consecução nos interesses gerais da comunidade.”<sup>33</sup>

A ideia de justiça social se insere como categoria de justiça geral, tratando do respeito das pessoas em relação a sociedade, superando o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, tendo o contrato de respeitar os interesses do meio social onde seus efeitos irão refletir.

Através do princípio da função social, o contrato deixa de ser apenas a

---

<sup>30</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>31</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado* (parecer), RT 750. p.116.

<sup>32</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.13.

<sup>33</sup> AMARAL, Francisco. *O Contrato e sua função Institucional*. In *Studia Iuridica* – Boletim da Faculdade de Direito, vol. 48, 1999/2000, p. 380.

relação estabelecida entre os contratantes, passando a refletir positiva e negativamente, também, em relação aos terceiros. Sua eficácia, no tocante às obrigações contratuais, é sempre relativa, mas sua oponibilidade é absoluta, quando em jogo interesses de terceiros ou da comunidade. É assim que se cumprirá o princípio da solidariedade preconizado pela ordem constitucional, cuja observância toca aos contratantes, bem como a qualquer pessoa que possa influir nos efeitos da relação contratual ou suportar suas conseqüências.<sup>34</sup>

A segunda manifestação dos princípios norteadores no Novo Código Civil, consiste no princípio da boa fé objetiva. O princípio da boa-fé objetiva surgiu de fato no ordenamento jurídico brasileiro a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. Antes disso, era utilizado pelos tribunais brasileiros apenas em sua acepção subjetiva, ou seja, como sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia.

Até o ano de 2003 não havia previsão no Código Civil do princípio da boa-fé, ficando o seu uso restrito às relações de consumo, com característica marcadamente protetiva. Contudo, o Novo Código Civil brasileiro altera esse panorama trazendo, no seu art. 422, expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais.<sup>35</sup>

Em relação à função desempenhada pela boa-fé, verificam-se três principais: função interpretativa dos contratos; função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais e função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal.

A terceira e última manifestação dos princípios norteadores do novo Código Civil brasileiro remete as cláusulas gerais. As cláusulas gerais são normas jurídicas que possuem um conteúdo aberto, flexível, vago, abstrato, a serem interpretadas pelo operador do direito no momento de sua aplicação a situações concretas que se apresentem. Nessa interpretação, o operador está incumbido de

---

<sup>34</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.498.

<sup>35</sup> O art. 422 dispõe que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

atualizá-la, complementá-la ou mesmo aperfeiçoá-la de acordo com a evolução dos costumes da sociedade moderna.<sup>36</sup>

Nesse sentido, afirma Gustavo TEPEDINO que:

“Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas.”<sup>37</sup>

As cláusulas gerais, apesar de possuírem conteúdo aberto, não são destituídas de valores, elas prevêm em uma única norma jurídica, ou hipótese legal, um incontável número de situações que regulamentam padrões de conduta a serem seguidos, e apresentam, quando diante da inobservância dessa conduta, o fundamento adequado para que o juiz profira sua decisão.<sup>38</sup>

Judith MARTINS-COSTA, leciona que:

“(...) as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standarts, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.”<sup>39</sup>

O modo de legislar mediante cláusulas gerais se difundiu justamente a partir da crise pela qual passaram os códigos, com o desmoronamento da era da segurança, com a distância entre a lei e a realidade, com a constitucionalização do direito civil, sendo, portanto, resultado da construção do direito civil contemporâneo.

Note-se que para a efetividade do mecanismo é importante tanto a visão constitucional do direito civil quanto a conscientização dos operadores do direito,

---

<sup>36</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil, vol.3, t.1: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p.11.

<sup>37</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Cidadania e direitos da personalidade*. Revista Jurídica, vol. 309, 2003, p.12.

<sup>38</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. Revista Jurídica, n.º 278. Porto Alegre: Revista Jurídica editora Ltda, 2000, p.11.

<sup>39</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 274.

jurisprudência e doutrinadores, sob o risco de total ineficiência.

### **3. O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA CIVIL CONSTITUCIONAL**

Como se pode observar no capítulo anterior, a passagem do Direito Civil Clássico para o Direito Civil Contemporâneo não ocorreu de forma artificial, ou como mero processo evolutivo; ao contrário, decorreu dos contrastes existentes numa sociedade fundada em valores do individualismo liberal clássico. A crise da teoria tradicional demonstrou a insuficiência de princípios como a autonomia da vontade e a igualdade formal, geradores de injustiças e desigualdades, para dar conta das demandas sociais reclamadas pela sociedade.

Com a superação da teoria tradicional pelo direito civil constitucional, surge a necessidade de revisitar os institutos civis sob a luz dos princípios e normas fundamentais existentes na Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República.

Insculpido no art. 3º, III, da Constituição Federal, o postulado da dignidade da pessoa humana representa um novo momento para o ordenamento jurídico brasileiro, pois, ao desatrelar o nosso ordenamento das amarras liberais individualistas, tal postulado constitucional aproximou-o da consecução plena da tutela existencial dos indivíduos.

Nesse sentido, torna-se fundamental readequar o instituto da Responsabilidade Civil, superando a dogmática tradicional, com o objetivo de compreendê-lo sob as luzes do novo e atual contexto civil-constitucional.

Ao elencar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento primordial, a Constituição Federal de 1988 redimensionou a Responsabilidade Civil, enfatizando essencialmente a vítima do dano em detrimento da conduta do ofensor, contribuindo para uma maior objetivação das hipóteses de responsabilização.

### 3.1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO TEMPO E NO ESPAÇO

Para enfrentar de forma crítica e adequada o tema da evolução da Responsabilidade Civil, preliminarmente é importante perceber que tal instituto não chegou a atualidade como fruto de uma construção teórica linear. Decorre de um longo processo histórico, em que os próprios fundamentos da Responsabilidade Civil, e também do direito como um todo, vão sendo alterados em razão de fatos concretos, das alterações dos modos de produção e organização política, econômica e cultural, conforme foi possível evidenciar no capítulo anterior.<sup>40</sup>

Podemos afirmar que não existe uma teoria única que fundamente Responsabilidade Civil, o que determina a evolução do instituto, são os “ideais de Justiça vigentes em uma determinada sociedade, em um determinado momento de sua história”.<sup>41</sup>

Pode-se dizer, a partir disso, que a eleição feita pelo ordenamento jurídico a respeito de quem deve indenizar e quais danos devem ser reparados varia no tempo e no espaço, de acordo com os avanços e retrocessos de cada sistema jurídico, ao sabor de fenômenos políticos, econômicos e culturais.<sup>42</sup>

Nesse sentido Maria Celina BODIN DE MORAES afirma que:

“(...) o problema da Responsabilidade Civil não traduz outra exigência

---

<sup>40</sup> VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A Responsabilidade Civil e Sua Função Punitivo-Pedagógica no Direito Brasileiro*. Dissertação de mestrado. Curitiba, UFPR: 2006.p. 12-13.

<sup>41</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os fundamentos da Responsabilidade Civil*. In: *R.T.J.E.*, v. 93, p.32. Nesse sentido afirma a autora: “o exame procedido a partir de uma perspectiva histórica, voltada à indagação do porque do estabelecimento das variadas regras concernentes à Responsabilidade Civil demonstrará que, aos diferentes fundamentos onde radicada correspondem as bases onde ancorados os diversos tipos de sociedade, de modo a se alcançar uma visão pluralista, determinante não unitária a respeito do assunto”.

<sup>42</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986, p.15.

senão aquela de determinar – segundo critérios temporais de conveniência – as condições em relação às quais um dano deve ser suportado por um sujeito ou por outro. (...) A disciplina da Responsabilidade Civil, portanto, deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas. (...) Assim é que há danos que são passíveis de indenização em determinados países e não o são em outros, embora se trate de sistemas jurídicos da mesma família e muito semelhantes entre si.<sup>43</sup>

Feitas estas ressalvas iniciais pode-se afirmar, que a evolução do instituto da Responsabilidade Civil ocorreu em diversos níveis e dimensões, sempre considerando as necessidades de cada momento social, encontrando sua máxima síntese na idéia de equilíbrio e harmonia do ordenamento jurídico, com a tarefa primordial de restauração do equilíbrio social rompido.<sup>44</sup>

Em uma primeira fase das civilizações primitivas não se levava em conta o individuo, mas apenas o grupo era considerado. Prevalecia a vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Posteriormente evoluiu-se para uma reação individual, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei do Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal.

Após esse período surge o período da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido.

O Estado passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a Responsabilidade Civil e a penal.

Na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e de culpa, seguida de uma elaboração da dogmática de culpa, distinguiu-se a Responsabilidade Civil da

---

<sup>43</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Op. cit.*, p.20-21.

<sup>44</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. cit.*, p.13.

penal.

A inserção da culpa como elemento básico da Responsabilidade Civil foi incorporada no Código Civil de Napoleão, que influenciou, conforme visto, diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

A culpa para os legisladores franceses foi elencada como fundamento principal da Responsabilidade Civil, caracterizada como a conduta inadequada do autor por não ter se comportado como deveria. O núcleo da culpa repousa sobre a apreciação do elemento moral da conduta do indivíduo.<sup>45</sup>

O Código Civil Brasileiro de 1916, com características oitocentistas, recebeu influências diretas do Código Civil francês em relação à teoria clássica da culpa, acolhida em parte pelo artigo 159.<sup>46</sup>

O Livro das Obrigações assentava na distinção entre obrigações resultantes de contrato e de ato ilícito. As regras sobre o inadimplemento das obrigações eram manifestamente concebidas tendo em vista as obrigações contratuais. Só havia responsabilidade quando se pudesse atribuir um ato ilícito ao causador do dano, ou seja, quando se pudesse afirmar que ele procedera com culpa.

O máximo que se consentia na direção de uma responsabilidade por danos causados independentemente de culpa era a criação de diversas presunções desta, como quando se responsabilizava o dono do edifício pelos danos resultantes da sua ruína (art. 1.528).

A culpa estaria ligada a conduta causadora de um dano não qual o indivíduo poderia optar por outra forma de agir, nas palavras de Thaís Goveia Pascoaloto VENTURI:

“Assim, a ideia de culpa vinculada à apreciação moral da conduta do sujeito leva-nos à concepção da Responsabilidade Civil pautada na noção de “normalidade ou honestidade Civil”, de moralidade, de bom senso Civil, pois o que torna possível a constatação da culpa é a averiguação de que o ofensor poderia ter optado por outra forma de agir que não causasse dano, mas não o fez, agindo de modo a provocar o

---

<sup>45</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>46</sup> O art. 159 dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

evento danoso”.<sup>47</sup>

Se as codificações oitocentistas (inclua-se o Código Civil Brasileiro de 1916) condensaram uma evolução multimilenar, consagrando soluções que ao tempo eram consideradas as mais perfeitas, presente os ideais pregados pela modernidade, a verdade é que elas em poucas décadas deixaram de atender as necessidades sociais, demonstrando a necessidade de evolução do instituto, o que de fato ocorreu a partir do final do século XIX, e no Brasil no início do século XX.

A partir do final do século XX a teoria clássica da responsabilidade civil, com fundamento na culpa, entra em crise, passando a ser questionada em razão de não estar mais conseguindo atender aos ideais de justiça vigentes na época.

Dentre os fatores que contribuíram para a chamada “crise” da teoria clássica da culpa como fundamento exclusivo da responsabilidade civil, destacam-se, principalmente, a revolução industrial, as mudanças no cenário socioeconômico, a evolução técnica, crescente complexidade e periculosidade da vida social, causada pela introdução, em suas mais variadas formas, da máquina, aí se acrescentando os grandes conglomerados industriais e a concentração urbana que aproximou fisicamente os seres humanos.

A revolução Industrial consistiu na domesticação da energia motriz. Podemos apontar, dentre outras, algumas conseqüências desse fenômeno: a explosão populacional, a migração para as cidades, a destruição da família patriarcal, a concentração capitalista e o assalariamento de quase totalidade das pessoas economicamente ativas, a alfabetização das massas, em tempos mais próximos a emancipação da mulher, com o seu ingresso no mercado de trabalho e a força dos meios de comunicação para a sociedade de consumo.<sup>48</sup>

A revolução industrial trouxe ainda enorme agravação dos riscos a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles.

---

<sup>47</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. cit.*, p.26.

<sup>48</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 537.

Neste contexto a exigência de uma conduta culposa não se coaduna com a necessidade social. O direito tinha que deixar de preocupar-se apenas com o comportamento da pessoa responsável, precisava enxergar a partir da ótica do lesado, na direção da reparação dos danos.

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução das máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da Responsabilidade Civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana.

Nesse sentido, Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO afirmam que:

“A teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida em comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico. Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado”.<sup>49</sup>

Se por um lado o desenvolvimento tecnológico e industrial representou um acesso maior aos bens de consumo pela sociedade, ao mesmo tempo elevou a possibilidade de ocorrência de eventos danosos, gerando naturalmente novas perspectivas de danos no âmbito da Responsabilidade Civil.<sup>50</sup>

Mostrando-se clara a insuficiência da teoria clássica da responsabilidade civil para embasar e solucionar os novos tipos de danos emergentes do novo modo de ser da sociedade, uma nova teoria passa a ser defendida, tendo como premissa fundamental o risco de danos propiciados por certas atividades, por isso

---

<sup>49</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 65.

<sup>50</sup> VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. cit.*, p. 27.

mesmo denominada teoria do risco.<sup>51</sup>

A noção de risco prescinde da prova de culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio de que a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências.

Nesse sentido afirma Roberto ALTHEIM que:

“A teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento de responsabilidade que se ergueu a teoria do risco.”<sup>52</sup>

A valorização do ser humano, presente nas Constituições do século XX, proclamando a importância da tutela da pessoa humana e dos direitos fundamentais, foi, sem dúvida, fundamental para as transformações ocorridas no instituto da Responsabilidade Civil.

Na legislação brasileira, o primeiro caso de responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco ocorreu através do decreto legislativo 2.681/1912. Em 1919 foi promulgada a primeira lei acidentária brasileira, o Decreto legislativo n. 3.724, com base na teoria do risco profissional.

Pode se destacar ainda, dentre os casos de responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil do Estado que passou a ser objetiva a partir da Constituição Federal de 1946, fundada no risco administrativo.

Ressalta-se que há inúmeros outros casos de aplicação de responsabilidade civil objetiva que foram gradativamente sendo inseridas em nosso ordenamento jurídico, como exemplo o artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o

---

<sup>51</sup> VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. cit.*, p. 28

<sup>52</sup> ALTHEIM, Roberto. *Op. cit.*, p. 94.

responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Todavia, foi por intermédio do Código de Defesa do Consumidor, que a responsabilidade civil objetiva surgiu de forma mais intensa. O objetivo de proporcionar a defesa dos consumidores estava inserido na idéia de restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, profundamente abaladas pelo descompasso entre o social e o jurídico.

O Novo Código Civil de 2002, visando acompanhar as modificações sofridas pela responsabilidade civil ao longo do século XX, trouxe uma nova estrutura para regular o assunto. Na Parte Geral, nos artigos 186 e 187 traz as condições de ilicitude. A obrigação de indenizar ganhou autonomia sendo prevista nos artigos 917 a 943, e a temática relativa à indenização tratada separadamente nos artigos 944 a 954.

Destacam-se dessa nova estrutura: o parágrafo único do artigo 928, que estabelece o princípio da equidade na hipótese de dano causado por incapaz; o parágrafo único do artigo 944; o artigo 945; os artigos 948 a 954, que estabelecem regras especiais a certos tipos de danos e, por fim, a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco, prevista no parágrafo único do artigo 927.

### 3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

Superada a visão tradicional do Direito Civil, torna-se importante a reformulação de seus institutos sob a ótica civil-constitucional. Nesse aspecto, o estudo dos pressupostos da responsabilidade civil é esclarecedor para evidenciar a mudança de paradigmas.

De acordo com a teoria tradicional da Responsabilidade Civil, para que surgisse a obrigação indenizatória era necessária a presença dos seguintes pressupostos: conduta dolosa, culposa ou prevista em lei como responsabilidade objetiva, dano e nexos causal entre aquela conduta e este dano.

A responsabilidade objetiva ou sem culpa, não encontrava espaço na teoria clássica, a regra geral seria a responsabilidade decorrente de um ato voluntário

praticado pelo causador do dano, contrário ao ordenamento jurídico, mesmo que apenas a título de negligência, imprudência ou imperícia. Nessa perspectiva o nexo causal possui importância fundamental para a existência do dever de indenizar.

Com a superação da visão clássica, há uma releitura dos pressupostos da responsabilidade civil, agora sob a ótica do direito civil constitucionalizado.

Na teoria tradicional os pressupostos da responsabilidade civil eram pensados com um elevado grau de abstração, partindo do sistema para o caso concreto. Ao contrário, na perspectiva civil constitucional a atividade interpretativa deve partir da melhor solução para o caso concreto, tendo em vista a proteção da vítima, encontrando no ordenamento as normas adequadas em sintonia com a Carta Magna.

Nesse sentido, expõe Luiz Edson FACHIN que:

“Passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, os princípios de justiça distributiva tornam-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção bem concreta dessa coisa que se chama solidariedade social que nas modernas sociedades já penetrou profundamente na área do direito privado. No plano da responsabilidade civil, essa repercussão já deixa de lado um elevado grau de abstração para compreender soluções concretas.”<sup>53</sup>

Essa nova perspectiva assegura a proteção da dignidade da pessoa humana, rompendo com o sistema individualista, dando espaço a princípios de justiça distributiva e de solidariedade social.

De acordo com a posição adotada por Roberto ALTHEIM, apesar de haver divergências terminológicas e algumas diferenças de conteúdo na doutrina, pode-se extrair como elementos essenciais para que surja a responsabilidade civil a antijuridicidade, o dano injusto, o nexo de imputação e o nexo de causalidade.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro; Renovar, 2003, p.217.

<sup>54</sup> ALTHEIM, Roberto. *Op. cit.*, p. 113-114.

### 3.2.1 ANTIJURIDICIDADE

A idéia de antijuridicidade expressa toda situação que contrarie um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico. Pode decorrer tanto de atos humanos quanto de fatos independentes da vontade de uma pessoa.

O caráter antijurídico do fato, surge do confronto entre o fato e o ordenamento jurídico em sua totalidade, ai incluídos os princípios gerais do Direito, leis, costumes e todas as fontes de Direito reconhecidas.

Note-se que a antijuridicidade decorre tanto de atos ilícitos quanto de lícitos, verificando apenas se a situação analisada está em desacordo com o ordenamento. No que tange a responsabilidade civil, o centro de gravidade migra para o dano ao invés da conduta do ofensor.

A antijuridicidade não se confunde com a ilicitude, ou seja, não se refere ao caráter culposo ou doloso da conduta. Está presente quando o fato ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém. Assim as causas de justificação afastam a ilicitude mas não evitam a antijuridicidade se houver violação a interesses de terceiros.

Nesse sentido afirma Roberto ALTHEIM:

“Os danos decorrentes de exercício regular de um direito, legítima defesa, estado de necessidade e consentimento do ofendido não representam ilícitos *stricto sensu*. Entretanto, a partir do momento em que tais situações geram danos a terceiros, estará presente a antijuridicidade, apesar de continuar inexistindo a ilicitude em seu sentido restrito.”<sup>55</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que a antijuridicidade, no âmbito da responsabilidade civil, decorre do princípio geral *alterum non laedere* (não lesar a outrem), ou seja, da proibição de danos não autorizados.

Fernando NORONHA define quatro situações síntese nas quais podem ocorrer fatos antijurídicos:

---

<sup>55</sup> ALTHEIM, Roberto. *Op. cit.*, p. 117.

“Se quisermos fazer uma síntese das situações em que podem ocorrer fatos antijurídicos, podemos dizer que elas são pelo menos quatro: a) quando tivermos um ato ilícito, isto é, um ato subjetivamente ilícito; b) quando tivermos um ato objetivamente ilícito, praticado por inimputável ou por pessoa em situação de inimputabilidade acidental; c) quando, na realização de um ato justificado, for atingida pessoa diversa daquela que criou a situação implicativa da necessidade de intervenção; d) quando certos acontecimentos naturais atinjam um direito de alguém, desde que a ocorrência esteja ligada à atividade desenvolvida por outra pessoa.”<sup>56</sup>

Na doutrina contemporânea prevalece o entendimento de que a noção de antijuridicidade está integrada às noções de dano injusto e nexo de imputação.

Nesse sentido Fernando NORONHA afirma que:

“Se o fato, mesmo que antijurídico, não causar danos, nunca surgirá uma obrigação de indenizar, mesmo que ele possa ser relevante para outros efeitos (por exemplo, em matéria criminal ou contravencional). Por isso, muitos autores associam este requisito ao dano, falando em fato danoso.”<sup>57</sup>

A importância do tratamento da noção de antijuridicidade como pressuposto autônomo da Responsabilidade Civil, reside na possibilidade de facilitar a justificação das hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa ou dolo.

### 3.2.2 DANO INJUSTO

A partir da mudança de perspectiva vivenciada pela teoria da responsabilidade civil, que passou a se preocupar mais com a reparação dos prejuízos sofridos do que com a punição à conduta ilícita, alterou-se a ordem de importância dos pressupostos, passando o dano injusto a ocupar papel central, de forma que os outros elementos gravitam ao seu redor.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 472

<sup>57</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 469

<sup>58</sup> ALTHEIM, Roberto. *Op. cit.*, p. 123.

Segundo Fernando NORONHA, podemos conceituar o dano como “o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou que atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada”.<sup>59</sup>

Para caracterizar o dano é importante distinguir as expressões dano, bem lesado e interesse lesado. Os bens são compostos pelas coisas do mundo externo, corpóreas ou incorpóreas, e são ainda qualidades internas das pessoas. Interesse compreende a relação que liga uma pessoa aos bens, a qual pode estar ligada a objetivos econômicos ou de natureza ideal, em ambos os casos é preciso que o interesse seja legítimo. O dano é o prejuízo causado ao bem.<sup>60</sup>

Na relação entre o dano e o bem violado, o dano é a consequência prejudicial resultante da violação. A circunstância de o dano ser proveniente de um ato ou fato antijurídico é que lhe dá a condição de lesão antijurídica ou injusta.

Na relação entre o dano e o interesse afetado só interessará a responsabilidade civil o aspecto objetivo, referente a um interesse legítimo, socialmente considerado sério e útil.

A idéia de dano injusto é construída com base no dever fundamental de *alterum non laedere*. Não existe no ordenamento jurídico um rol prévio de danos indenizáveis, a determinação dos danos injustos ocorre a partir da análise dos casos concretos, partindo da injustiça do dano em si e não da análise da conduta causadora.

O dano injusto decorre de um desvalor do ato causador ou do resultado a partir de uma adequada valoração comparativa dos interesses contrapostos contidos no âmbito de proteção das normas jurídicas.

---

<sup>59</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 474

<sup>60</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 475

### 3.2.3 NEXO DE IMPUTAÇÃO

Podemos definir nexo de imputação, também denominado fator de atribuição, como o fundamento que o ordenamento considera para o momento de atribuir a alguém o dever indenizatório. Diante de um dano injusto, o nexo de imputação indica o responsável, de forma a justificar a imposição de dano a determinado agente.

Nesse sentido Fernando NORONHA afirma que:

“Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este.”<sup>61</sup>

Carlos Young TOLOMEI denomina o pressuposto como “fundamento ético do dever de indenizar”:

“É necessário, então, estabelecer a causa da responsabilidade, que deve estar num fundamento ético cuja apuração dar-se-á de forma direta ou indireta. Neste diapasão, tem-se ressaltado que, nas relações interindividuais, a aplicação da responsabilidade subjetiva é mais conveniente, ao passo que a responsabilidade objetiva tem sido aplicada às situações onde o desequilíbrio entre as partes é flagrante (como nas relações de consumo) ou quando a atividade exercida por uma das partes revela-se de elevado potencial lesivo (como a exploração da energia nuclear).”<sup>62</sup>

De acordo com a teoria contemporânea da responsabilidade civil existem diversos critérios legais de imputação do dever de reparar o dano injusto, denominados nexos de imputação.<sup>63</sup>

Através da análise deste pressuposto é possível descobrir a quem o ordenamento jurídico impõem o dever de indenizar um dano injusto, sendo

---

<sup>61</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 471

<sup>62</sup> TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.364.

<sup>63</sup> ALTHEIM, Roberto. *Op. cit.*, p. 129.

possível que o fator adotado determine atribuição do dever de indenizar a pessoa que praticou qualquer conduta com ligação causal ou não ao dano ocorrido.

Pode-se afirmar ainda, que o fator de atribuição é a razão pela qual a lei determina que uma pessoa deverá arcar pelos prejuízos ocorridos. E nesse sentido, é importante esclarecer que não há no ordenamento jurídico um rol taxativo dos fatores de atribuição da responsabilidade civil, trata-se de um conceito aberto e dinâmico, podendo ser ampliado por meio legislativo, doutrinário ou jurisprudencial.<sup>64</sup>

Enquanto prevalecia a teoria tradicional, a qual elencava a culpa como razão primordial para todas as hipóteses de indenização, não se discutia a existência de fatores de atribuição. Somente a partir da objetivação da responsabilidade civil é que começaram a surgir diferentes fatores de atribuição do dever de reparar o dano.

Na atualidade, convivem pacificamente fatores subjetivos e objetivos de atribuição da responsabilidade civil. Os fatores de atribuição ou nexos de imputação subjetivos são a culpa e o dolo. Podemos considerar como objetivos a solidariedade, seguridade social, risco criado, equidade, garantia e tutela especial do crédito, igualdade dos ônus públicos, seguro, critérios econômicos, abuso de direito e violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

Outros nexos de imputação podem ser percebidos a partir da interpretação do ordenamento, ou serem criados por lei, ressaltando que o rol exposto no parágrafo anterior não é exaustivo.

O instituto da responsabilidade civil está aberto a construção de novos nexos de imputação melhor adequados a cada situação concreta, fato que será aplicado ao tema desta monografia no próximo capítulo.

#### 3.2.4 NEXO DE CAUSALIDADE

Podemos definir o nexo de causalidade como o elo que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado. Ao

---

<sup>64</sup> ALTHEIM, Roberto. *Op. cit.*, p. 130.

contrário da teoria tradicional, que exigia o nexo causal entre uma conduta daquele chamado a indenizar e o dano sofrido pela vítima, na visão contemporânea, o nexo de causalidade presta-se apenas para delimitar o objeto da indenização devida pela pessoa responsabilizada.

A alteração do papel e importância do nexo de causalidade, pode ser constatada na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Percebe-se uma forte tendência de enfraquecimento do nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil. Nesse sentido, Anderson SCHREIBER sintetiza com precisão a matéria:

“Longe de representar um subversão acéfala da dogmática tradicional, a erosão dos filtros da responsabilidade civil explica-se, em larga medida, por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação às vítimas de um dano. A transferência ou eliminação do peso da prova da culpa e a relativa desimportância da prova do nexo causal diante da sua flexibilização vêm acolhidas na prática jurisprudencial justamente com a finalidade, ideologicamente legítima, de garantir ao ofendido alguma indenização. É evidente que, com isto, não se cancela a importância da culpa e do nexo causal na estrutura elementar da responsabilidade civil, mas tem-se, no âmbito desta mesma estrutura, um gradual deslocamento de foco – que abandona a culpa e o nexo causal em direção ao dano. É sobre este último elemento que as atenções dos tribunais vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.”<sup>65</sup>

Nesse sentido, sobrepõem-se o princípio constitucional da solidariedade social ao pressuposto do nexo de causalidade, ocorrendo uma adequação do instituto originariamente individualista da responsabilidade civil à axiologia constitucional, perseguindo a finalidade de alcançar um resultado mais justo no caso concreto, assegurando o necessário amparo a vítima.

---

<sup>65</sup> SCHREIBER, Anderson. *A responsabilidade civil como política pública*. O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 750.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE FINANCEIRO PELO RISCO A SOLIDEZ E A SEGURANÇA DE UNIDADES HABITACIONAIS FINANCIADAS COM RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO**

A Constituição Federal brasileira, por ser uma Constituição dirigente, não se limitou a editar normas programáticas, meras recomendações aos Poderes Constituídos. Ao contrário, o Constituinte de 1988 impôs tarefas ao Estado, obrigando-o a transformar as estruturas econômicas e sociais, de modo a promover a real igualdade entre os brasileiros, erradicando a pobreza e assegurando-lhes os direitos sociais previstos no artigo sexto da Carta Magna.<sup>66</sup>

Tratando especificamente do direito social à moradia, verifica-se que cabe ao Estado planejar e executar políticas públicas que permitam a todos a concretização de tal direito. Ao lado da alimentação, saúde e vestuário, a habitação ocupa lugar de relevo no contexto das necessidades mais básicas do ser humano. O direito à moradia constitui elemento consagrador do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, afirma o professor Antônio Junqueira de AZEVEDO que:

"a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1- o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2- consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; 3- respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária".<sup>67</sup>

Contudo, dentro das políticas públicas governamentais, a questão habitacional não foi e não é concebida para efetivar o direito social à moradia, previsto na Constituição Federal. Ao contrário, analisando a realidade nacional e

---

<sup>66</sup> O art. 6º da Constituição Federal dispõe: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

<sup>67</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 09, jan/mar 2002, p. 3-24.

o tratamento dispensado a matéria, percebe-se que a habitação é vista apenas como negócio, como mercadoria.

No Brasil, a questão habitacional é regulamentada através do sistema financeiro de habitação, Lei 4.380/64, uma lei ordinária concebida durante a ditadura militar, que foi recepcionada pela Constituição de 1988 com o status de lei complementar.

O Sistema Financeiro de Habitação é formado por agentes, que atuam por delegação ou credenciamento. Esses agentes são divididos em duas categorias: os agentes promotores e os agentes financeiros.

Os agente promotores são aqueles que tem a função de organizar, implantar, promover e acompanhar o desenvolvimento dos programas habitacionais, como por exemplo as COHABs, Fundações habitacionais e demais entidades credenciadas.

Os agentes financeiros são entidades operadoras de crédito no Sistema Financeiro de Habitação. Enquadram-se nesta categoria: os bancos múltiplos, as sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo, além de outras. Essas entidades atuam diretamente na concessão de financiamentos, todas subordinadas à fiscalização do Banco Central (BACEN).

O SFH possui, como fonte de recursos principais, a poupança voluntária proveniente dos depósitos de poupança do denominado Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), constituído pelas instituições que captam essa modalidade de aplicação financeira, com diretrizes de direcionamento de recursos estabelecidas pelo CMN e acompanhados pelo BACEN e a poupança compulsória, proveniente dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), regidos segundo normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, com gestão da aplicação efetuada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), cabendo a Caixa Econômica Federal o papel de agente operador.

Note-se que a origem dos recursos é pública, e tem por fim atingir um objetivo social, constitucional, promovendo a concretização do direito à moradia. Nesse contexto, cabe a instituição autorizada a operar com esses recursos, os

agentes financeiros, atuar de maneira criteriosa e com zelo.

Entretanto, não é o que vem ocorrendo na realidade brasileira. Nas relações estabelecidas entre construtoras, agentes financeiros e adquirentes de imóveis, o resultado alcançado, muitas vezes, são empreendimentos mal construídos, com o emprego de materiais de baixa qualidade, e em casos graves, cada vez mais freqüentes, a ruína total e o desabamento de prédios inteiros.

Nesse contexto, a providência habitual do lesado, quando da constatação de vícios construtivos na unidade habitacional financiada, será a de tentar responsabilizar a empresa construtora do imóvel.

Contudo, é freqüente, que na ocorrência de tais fatos, as empresas construtoras, ao serem notificadas, se neguem a atender, ou quando acionadas judicialmente, decretem falência, ou simplesmente desapareçam do mercado, abandonando a própria sorte os indivíduos moradores das unidades habitacionais afetadas.

Dentro da perspectiva da responsabilidade civil contemporânea, em que se enfatiza muito mais a proteção do ofendido em detrimento da conduta do ofensor, surge o questionamento, tema desta monografia, quanto a possibilidade de responsabilizar o agente financeiro pela obrigação de reparar danos em obras por ele financiadas.

Através da visão tradicional do direito civil, as relações jurídicas estabelecidas na aquisição de um imóvel financiado através de recursos do SFH, seriam autônomas, ou seja, não se comunicariam. O pensamento clássico indica que quando o consumidor "A" compra determinado imóvel de "B" através de financiamento concedido por "C", existem dois contratos independentes, onde a inexecução de um não afeta a validade ou eficácia do outro.

Sob a perspectiva clássica, caberia ao lesado acionar judicialmente apenas a construtora do empreendimento.

Contudo, em uma visão contemporânea e, através da teoria das redes contratuais, é possível desvelar a existência de uma única operação econômica, dentro dessa estrutura contratual bilateral, com um único objetivo, com função social específica, qual seja, o negócio da casa própria.

O reconhecimento da existência de uma única operação econômica engendrada pela complexa estrutura contratual, que envolve o adquirente, a construtora e o agente financeiro, permitirá a repercussão das peculiaridades de um contrato no conexo, havendo responsabilidade solidária entre a construtora o agente financeiro pela solidez e segurança das unidade habitacionais financiadas.

Nessa situação, o nexo de imputação que liga o dano injusto ao agente financeiro será a responsabilidade civil objetiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, que se estenderá a ele em razão da solidariedade existente com a empresa Construtora.

#### 4.1 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO INJUSTO

Este tópico tratará da delimitação do dano injusto, contido no tema da presente monografia, caracterizado pela existência de risco a solidez e a segurança dos imóveis financiados com recursos do Sistema Financeiro de Habitação.

A expressão “imóveis financiados com recursos do sistema financeiro de habitação” é auto-explicativa e não exige uma definição pormenorizada. Em linhas gerais, refere-se aos contratos de financiamento realizados sob a égide das leis e com recursos do sistema financeiro de habitação.<sup>68</sup>

Entretanto, a expressão “risco a solidez e segurança”, não possui a mesma objetividade. De forma a evitar que risco a solidez e segurança constituam quaisquer tipos de problemas constatados em uma unidade habitacional, e nesse sentido podemos citar uma intervenção irregular de um morador ou a falta de manutenção regular, utilizaremos do conceito exposto pela jurisprudência, ressaltando que a definição deverá ser elaborada sempre de acordo com as vicissitudes do caso concreto.

---

<sup>68</sup> A legislação específica do SFH compreende as leis: 4.380, 4.864, 8.004, 8.036, 8.177, 8.692, 10.150; o Decreto-Lei 2.291; e as Resoluções do BACEN: 1.980, 2.130, 2.173, 3.347 e 3.410.

Primeiramente, é fundamental ressaltar, que as expressões solidez e segurança devem ser entendidas de forma extensiva, pois uma interpretação gramatical restringiria o dano as hipóteses em que apenas houvesse risco de ruína da obra. Nesse sentido, a jurisprudência têm expandido o conceito, de modo a abranger todos os defeitos que possam comprometer a construção e torná-la, ainda que num futuro mediato, perigosa, como ocorre nos casos em que se verificam rachaduras e infiltrações.

O Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial de relatoria do Ministro Athos Carneiro, já decidiu que as expressões solidez e segurança não devem ser interpretadas restritivamente, apenas aos casos de ruína, devendo compreender, também, os defeitos que impeçam à habitabilidade, tais como infiltrações de água e vazamentos:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.882 – Rio de Janeiro

RELATOR MIN. ATHOS CARNEIRO

Sustento, destarte, que as infiltrações de água nos tetos ou paredes, por motivos de fendas ou fissuras, podem ser abrangidas no conceito de segurança do edifício, pois a segurança é também a segurança dos moradores, e os moradores não podem ser considerados seguros habitando num prédio onde a infiltração de água e umidade causam ou podem causar manifestos danos à sua saúde. É um problema de segurança, não abrangente apenas da eventualidade de desabamento do prédio, mas também das perfeitas condições de habitabilidade e de salubridade da edificação.”

No mesmo sentido, em decisão proferida no Recurso Especial 399701/PR, a terceira turma do STJ entendeu que os conceitos de solidez e a segurança não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, mas referem-se também aos “defeitos que possam comprometer, futuramente, o empreendimento, tais como rachaduras e infiltrações”.

Portanto, segundo a jurisprudência, risco a solidez compreende todos aqueles riscos que afetem ou possam afetar a estabilidade, podendo causar a ruína (destruição total ou parcial) ou criando uma ameaça de destruição da obra, ainda que não imediata, mas iminente; e risco a segurança, como conceito ligado diretamente aos moradores e as condições que comprometam a habitabilidade dos imóveis, como por exemplo infiltrações generalizadas, umidades, insalubridade, e outros, porventura, aceitos em análise ao caso concreto.

Note-se, que por não haver um conceito legal do tema, seu conteúdo é aberto, e sua construção deverá ser realizada em consonância com as vicissitudes do caso concreto e com os princípios constitucionais da solidariedade social e dignidade da pessoa humana, ressaltando que o direito social à moradia é elemento integrante da dignidade.

#### 4.2 O NEXO DE IMPUTAÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO

De acordo com a teoria contemporânea da responsabilidade civil, existem diversos critérios legais de imputação do dever de reparar o dano injusto, denominados nexos de imputação,<sup>69</sup> o qual pode ser definido como o fundamento que o ordenamento considera para o momento de atribuir a alguém o dever indenizatório.

Conforme já afirmado no capítulo anterior, na atualidade, convivem pacificamente fatores subjetivos e objetivos de atribuição da responsabilidade. Porém, outros nexos de imputação podem ser construídos a partir da interpretação do ordenamento; a responsabilidade civil está aberta a construção de novos nexos de imputação melhor adequados a cada situação concreta.

Na hipótese de existência de risco a solidez e segurança em unidades habitacionais, primeiramente, recai, diretamente sobre as empresas construtoras, o dever de indenizar os ofendidos, sob o fundamento da responsabilidade civil objetiva, em diálogo de fontes<sup>70</sup> entre o Código Civil e o Código de Defesa do

---

<sup>69</sup> ALTHEIM, Roberto. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>70</sup> A Professora Cláudia Lima MARQUES foi quem introduziu a Teoria do Diálogo das Fontes no Brasil, teoria esta idealizada pelo jurista alemão Erik Jaime. Diante da nova realidade jurídica, decorrente da proliferação cada vez maior de leis, que muitas vezes tratam da mesma matéria, surge para o aplicador do direito a dúvida sobre qual a lei que deverá ser aplicada ao caso concreto. Nesse sentido, a postura adotada pela teoria clássica do Direito Civil, que comumente define tal situação como conflito de leis no tempo, estabelece três critérios fundamentais de atuação: anterioridade, especialidade e hierarquia. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e uma lei posterior, como o novo Código Civil de 2002, estariam em conflito, daí a necessária solução do conflito através da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão da outra do sistema. A doutrina contemporânea, porém, dentro

Consumidor, ou seja, o nexo de imputação que liga o dano injusto a empresa construtora decorre da responsabilidade civil objetiva.

A Lei 8.078/90, no seu artigo 3º, define fornecedor como pessoa física ou jurídica que desempenha determinadas atividades, dentre as quais a construção.

Com isso, os contratos de construção, em que o fornecedor realiza sua atividade em benefício de outra pessoa (física ou jurídica), a qual utiliza seus produtos ou serviços como destinatária final, enquadram-se perfeitamente nas chamadas relações de consumo. Nesse sentido, o artigo 12 da Lei nº 8.078/90 dispõe que:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

Encontramos fundamento para responsabilizar as empresas construtoras objetivamente, também, no Novo Código Civil brasileiro, art. 927, parágrafo único, em razão do risco-atividade:

“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.”

Após essas breves considerações, não restam dúvidas quanto ao nexos de imputação que vincula a construtora ao dano, ou seja, ao risco a solidez e a segurança das unidades habitacionais. Trata-se de responsabilidade civil objetiva, com fundamentos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Entretanto, tal constatação não responde quanto a possibilidade de responsabilização do agente financeiro, ou seja, se é possível, dentro deste contexto, também responsabilizar o agente que financiou a aquisição da moradia.

Um argumento para tentar imputar responsabilidade, diz respeito ao fato da

---

da perspectiva civil constitucional, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, adota uma postura diferenciada, procura mais a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico do que a exclusão, evitando dessa maneira a antinomia e a incompatibilidade ou a não-coerência.

publicização realizada pelos agentes financeiros, que, mediante placas colocadas nos canteiros de obra, informam os consumidores que aquela incorporação está sendo financiada por aquela empresa, estabelecendo um explícito vínculo que poderá implicar a sua responsabilidade, fundado no parágrafo único do art. 7.º da Lei 8.078/90.

Outro argumento refere-se a utilização de recursos oriundos do Sistema Financeiro de Habitação, de origem eminentemente pública, a qual obriga o agente financeiro a fiscalizar sua correta aplicação.

Contudo, o argumento mais consistente para vincular o agente financeiro, a qual já conta com decisões jurisprudenciais, reside na responsabilidade solidária, a qual será exposta a seguir, com um acréscimo em relação a jurisprudência advindo da utilização da teoria das redes contratuais.

Através de uma visão vinculada ao direito civil tradicional, os efeitos da relação contratual existente entre o adquirente, o construtor e o agente financeiro, regem-se através do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Para a doutrina clássica, na hipótese do adquirente constatar a existência de vícios construtivos em sua unidade habitacional, deverá acionar única e exclusivamente a empresa construtora, pois os problemas advindos da relação contratual existente entre o adquirente e a construtora não se comunicam com o contrato elaborado entre o agente financeiro e o adquirente.

Porém, na visão do direito civil constitucional, com utilização da teoria das redes contratuais e da função social dos contratos, o enfoque dado a matéria é distinto.

Uma das maiores dificuldades dos diversos agentes que atuam no mercado imobiliário é a necessidade de crédito, seja em relação a construtora, no que se refere ao capital de giro necessário para a construção dos empreendimentos, seja, em relação aos mutuários, com a disponibilização do valor necessário para proporcionar a aquisição das unidades habitacionais. Assim, o crédito impulsiona a união de esforços entre os agentes atuantes neste mercado que, solitariamente, pouco resultado alcançariam.

Visando superar dificuldade e alcançar um resultado que possibilite a

consagração de um negócio único, denominado aquisição da casa própria, esses três personagens se unem: o Agente Financeiro financia o adquirente, que dessa maneira consegue realizar o sonho da casa própria, ao mesmo tempo em que a construtora obtém recursos para a execução das obras.

Demonstra-se claramente que os contratos em conjunto acabam adquirindo uma finalidade única, diversa daquela que apresentam quando visualizados unitariamente.

A técnica jurídica capaz de evidenciar está finalidade única em um contexto pluricontratual, denomina-se teoria das redes contratuais.

Rodrigo Xavier LEONARDO define assim essa teoria:

“A teoria das redes contratuais busca reconhecer que entre contratos aparentemente diversos pode haver um determinado vínculo capaz de gerar conseqüências jurídicas autônomas em relação aos efeitos tradicionais desses contratos. (...) Aponta-se, assim, para o fenômeno ocorrido em mercado da coordenação de contratos, diferenciados estruturalmente, porém interligados por um articulado e estável nexos econômico, funcional e sistemático, capaz de gerar conseqüências jurídicas particulares, diversas daquelas pertinentes a cada um dos contratos que conformam o sistema. (...) Tal como em qualquer sistema, em uma rede de contratos pode ser percebido um conjunto dotado de ordem e união. Os elementos desse sistema são, justamente, os contratos que se encontram unidos por um nexos funcional e ordenado para o alcance de objetivos próprios ao sistema. (...) A unicidade da operação econômica, que marca a teoria da rede contratual, corresponde em termos técnico-jurídicos à noção de causa sistemática, em sentido objetivo e concreto. (...) A unidade dos elementos pertencentes ao sistema criado por uma rede contratual se dá mediante a averiguação objetiva dos seguintes requisitos: a) a conexão entre os contratos; b) o surgimento de uma causa sistemática; e c) a verificação de um propósito comum.”<sup>71</sup>

As redes contratuais podem ser entendidas como sendo o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações, para atingir um fim econômico unitário. Tal conceito conjuga dois elementos comumente suscitados pela doutrina quando trata desta teoria: a pluralidade de negócios jurídicos e a unidade de operação econômica.

---

<sup>71</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A Teoria das Redes Contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça*. RT 832/100-111. São Paulo: Ed. RT, fev. 2005, p. 102-103.

A utilização desta teoria é possível em razão da existência do princípio da função social do contrato, previsto no art. 421 do Código Civil, no sentido de que há uma rede contratual quando os contratos, para além de sua função individual específica, apresentam juntos uma função ulterior de ordem supracontratual, com características e finalidades distintas dos contratos vistos sob uma perspectiva isolada.

Nesse sentido, afirma Rodrigo Xavier LEONARDO:

“A teoria das redes contratuais acaba chamando a atenção para algumas concretas construções negociais que só podem ser percebidas mediante uma perspectiva funcional. Por intermédio desta perspectiva funcional é que se pode defender uma eficácia própria ao conjunto de contratos em rede.”<sup>72</sup>

Em uma rede de contratos, a conexidade é o fator que fundamenta a existência de elementos próprios da organização contratual, dando origem a novas obrigações que se juntam aos deveres principais e acessórios das partes contratantes.

Nesse sentido, há uma troca do paradigma individualista contratual, pois os contratantes passam a perseguir um resultado negocial vinculado a uma operação econômica global, com contratos entrelaçados num único conjunto econômico, sendo que o enfoque deve ser dado ao negócio, e não mais ao contrato unitário.

Ao analisarmos o contrato de habitação, dentro do contexto das redes contratuais, percebe-se que os vínculos que se formam atuam para a formação de um único negócio: a aquisição de moradia.

Verifica-se, portanto, que a relação contratual existente entre construtor, adquirente e agente financeiro, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, atende aos requisitos de unidade de uma rede contratual, conforme doutrina do professor Rodrigo Xavier LEONARDO, pois há conexão entre os contratos, há o surgimento de uma causa sistêmica e por fim verifica-se um propósito comum:

“(…) contratos de compra e venda interligados a contratos de mútuo, funcionalizados para propiciar ao consumidor o pagamento das parcelas contratadas, a despeito da perfeita individualidade estrutural, propiciam

---

<sup>72</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 109.

uma única operação econômica, que se enquadra perfeitamente entre os requisitos de uma rede contratual: a) existência de conexão entre os elementos da rede (contrato de compra e venda e contrato de financiamento); a constituição da relação jurídica de compra e venda só ocorre à medida que são propiciadas condições de pagamento compatíveis com a realidade econômica do consumidor; b) causa sistemática: compra e venda financiada ao consumidor. A operação econômica sistemática é complexa, sendo mais ampla do que as operações econômicas singulares que são integradas; c) propósito comum: todos os fornecedores coordenam suas ações para facilitar o acesso a determinados bens cujo custo excede, em muitas vezes, a renda do público alvo, mediante oferecimento integrado do financiamento e do bem para consumo. Por meio desta união empresarial de esforços, a instituição lucra com a contratação dos serviços de crédito e o fornecedor, por sua vez, vende com maior facilidade seus produtos, sem ter que arcar, isoladamente, com os riscos de um eventual financiamento para o consumidor.”<sup>73</sup>

Note-se que o agente financeiro e a construtora constituem rede contratual para poder melhor negociar seus produtos e serviços no mercado imobiliário e de consumo, comprometendo-se a sustentar o sistema por eles mesmo criado, implicando em deveres de condutas compatíveis com a necessária estabilidade, persistência temporal e equilíbrio do sistema. Uma rede contratual é estável quando todos os integrantes do sistema atuam em conformidade com os deveres laterais de proteção àqueles que surgem no liame final do sistema (os consumidores).

Assim, quando um dos elementos do sistema age em desconformidade com estes deveres de conduta, tal com a existência de riscos a solidez e segurança em unidades habitacionais, os direitos, as pretensões, as ações e as exceções que surgem de tais fatos, podem ser opostos a qualquer dos sujeitos integrantes da rede.

Felipe KIRCHNER aponta os seguintes efeitos decorrentes das redes contratuais: a) repercussão das vicissitudes (invalidade, ineficácia e resolução) de um contrato no conexo; b) oposição de exceções; c) ação direta em matéria de responsabilidade. No caso do sistema financeiro de habitação, a partir dessa perspectiva, a existência de um vício construtivo em um determinado imóvel afetaria não apenas o contrato firmado com a empresa construtora, mas também o

---

<sup>73</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Redes Contratuais no Mercado Habitacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.187-188.

contrato firmado com o agente financeiro, visto que ambos os contratos objetivam o negócio único de fornecimento de unidade habitacional.<sup>74</sup>

No âmbito da responsabilidade civil afirma, ainda, Felipe KIRCHNER que o reconhecimento de uma única operação econômica, frente a pluralidade de contratos, permite ao ofendido manejar ação direta em matéria de responsabilidade contra todos os atores que compõem a rede.<sup>75</sup>

Nesse sentido, a jurisprudência nacional tem acolhido a tese de conexão e contiguação dos efeitos contratuais no âmbito do sistema financeiro de habitação, do que é exemplo o julgado a seguir:

“RECURSO ESPECIAL Nº 51.169 – Rio Grande do Sul (1994/0021083-3)  
RELATOR MIN. ARI PARGENDLER  
CIVIL. RESPONSABILIDADE DO AGENTE FINANCEIRO PELOS DEFEITOS DA OBRA FINANCIADA. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro nacional da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. (...) Não raro, os componentes do contrato misto encontram-se de tal modo amalgamados que se fundem organicamente numa figura nova e unitária, correspondente a interesses autônomos, a que as concepções da vida atribuem já uma certa tipicidade, diante dos elementos em que se analisa. É o que ocorreu, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, com negócios idênticos ou análogos aos comprovados no processo. Conquanto seja possível isolar cada elemento em particular, as operações básicas da construção e do financiamento não admitem cisão, porquanto perderam a autonomia e simetria completa com a tipologia usual. Elas se fundiram, sem prejuízo de certas variações, num tipo novo: o negócio de aquisição da casa própria. Assim, para estatuir a responsabilidade da Habitasul, recorro em primeiro lugar ao disposto no (...) Código Civil, segundo o qual há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou de um devedor. Se o contrato é único e infracionável, como assinalado, a posição da Habitasul, perante o creditado, não é diversa daquela creditada pelo vendedor.”

O argumento principal expresso pela decisão proferida pelo STJ reside na identificação dos contratos como coligados. Os contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação são contratos mistos, a partir dos quais diversos agentes se comprometem a uma prestação única, a de propiciar ao mutuário a aquisição do imóvel por meio de uma única contraprestação, qual seja, o

<sup>74</sup> KIRCHNER, Felipe. A conexidade no contrato de consumo financiado: a maximização da proteção do consumidor no horizonte da teoria sistêmica. *Revista de Direito do Consumidor*. V. 74 (abril/junho 2010) – São Paulo: RT, p. 87/88.

<sup>75</sup> KIRCHNER, Felipe. *Op. cit.*, 92.

pagamento das parcelas do financiamento.

Apesar de não mencionar em qualquer momento a teoria das redes contratuais, a decisão aponta para soluções que partem de seus pressupostos. O STJ reconhece a existência de uma única operação econômica levada a cabo pela cadeia de agentes, e a solução dos conflitos que neles afloram só pode ser encontrada a partir de uma perspectiva integral da operação econômica engendrada.

No mesmo sentido, a quarta turma do Tribunal Regional Federal da quarta região, proferiu decisão em que reconhece a legitimidade do agente financeiro, com fundamento na interdependência contratual:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.041748-0/RS  
RELATOR DES. HERMES SIEDLER DA CONCEIÇÃO JÚNIOR  
QUARTA TURMA

A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança, justificando a legitimidade da CEF no pólo passivo da ação de indenização por perdas e danos, em virtude de vícios constatados no imóvel, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento.

Portanto, se a partir da tradicional concepção de contrato bilateral, a obrigação de cada um dos contraentes funciona como contra-partida ou contrapeso da outra, no interior da economia negocial, fundada em uma rede de contratos, a obrigação de um dos contraentes pode funcionar não apenas como contra-partida da prestação da outra parte, mas também como contra-partida de outras partes, pertencentes a outros contratos.

O suporte legal, para a aplicação dos efeitos da teoria da rede contratual, uma vez constatada que a comunicação dos contratos atinge todos os participantes do negócio, advém de uma coordenação de fontes normativas, diálogo de fontes entre o Código Civil e o Código do Consumidor.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços. Em análise realizada sobre este artigo, afirma Rodrigo Xavier LEONARDO:

“O legislador, ao prescrever a nulidade de cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços, enunciou algo a mais do que a simples invalidade de cláusulas insertas em um singular contrato de fornecimento de produtos e serviços enclausurado na relação travada entre consumidor e fornecedor. Por cláusulas relativas ao fornecimento devem ser entendidas todas as cláusulas referenciadas à atividade econômica de fornecimento, podendo, assim ser encontradas nos contratos para consumo, nos contratos preparatórios ao contrato para consumo, ou, até mesmo, nos contratos engendrados para a produção de bens ou serviços (...) Defende-se, que o critério para controle de abusividade das cláusulas contratuais não se limita à análise o instrumento contratual firmado com o consumidor, alcançando todos os negócios interligados em uma mesma atividade econômica voltada para o fornecimento de produtos e serviços.”<sup>76</sup>

A interpretação do art. 51 proposta pelo professor Rodrigo Xavier, está em sintonia com o sistema encontrado no Código Consumerista, que estabelece a prevenção de danos, a proteção não apenas contra cláusulas, mas também contra práticas abusivas e a responsabilização não apenas do contratante fornecedor, mas de todos aqueles que contribuem para a ofensa ou dano.

Dispõe o art. 7, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor que: “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Trata-se de responsabilidade objetiva e decorre da simples colocação no mercado de determinado produto. Ao ofendido é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo no mercado.

Por meio dos mencionados artigos, percebe-se que o legislador do Código de Defesa do Consumidor fez questão de proclamar a responsabilidade de todos aqueles que atuam no mercado para consumo, tornando regra a solidariedade passiva entre fornecedores.

No âmbito do Código Civil, verifica-se o suporte legal de responsabilização solidária dos agentes financeiros, em razão dos efeitos da conexidade dos contratos, através do art. 264, que dispõe: “Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda”.

---

<sup>76</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 187.

A opção pela responsabilidade solidária entre fornecedores corresponde a visão do direito civil constitucionalizado, com vistas a proteção da dignidade humana, e, como conseqüência, adota o ideal da responsabilidade civil contemporânea, preocupada muito mais com a reparação do dano do que com a conduta do ofensor, assegurando que nenhum dano fique sem reparação.

Portanto, constatado que a responsabilidade civil da empresa Construtora, é objetiva, isto é, independe de culpa, após o estudo dos efeitos da teoria das redes contratuais, e principalmente, da solidariedade existente entre contratos conexos, conclui-se pela responsabilidade objetiva também do agente financeiro por riscos a solidez e a segurança de imóveis financiados, cabendo ao ofendido a possibilidade de ajuizar ação diretamente contra ambos os causadores dos danos.

## CONCLUSÃO

Fruto da modernidade, o direito civil clássico, de caráter patrimonialista, tinha como escopo principal assegurar os efeitos da autonomia da vontade. A razão era plena, cabia ao direito apenas garantir que as obrigações oriundas dessa vontade fossem devidamente observadas no mundo real. Nessa perspectiva havia delimitação precisa entre direito público e privado, prevalecendo o Código Civil como elemento integrador do direito civil. Nessa ótica, não caberia a imposição de valores e princípios constitucionais no âmbito das relações privadas.

Na ótica do direito civil clássico, os argumentos utilizados neste trabalho pouca utilidade teriam para fundamentar a responsabilidade civil dos agentes financeiros. A relação travada entre o agente financeiro e o mutuário seria vista com total independência em relação ao contrato estabelecido entre a construtora e o mutuário. Prevaleceria o princípio da relatividade dos contratos, em detrimento da efetivação dos princípios constitucionais, como a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana. No âmbito da responsabilidade civil, prevaleceria a subjetiva, fundamentada na idéia de culpa.

Somente através da perspectiva Civil Constitucional, torna-se possível a construção dos argumentos capazes de fundamentar a responsabilização do agente financeiro, nos moldes aqui apresentados.

Com a superação da teoria clássica, pela teoria do direito civil contemporâneo, incumbe ao intérprete reler a legislação civil à luz da Constituição, privilegiando os valores não-patrimoniais, especialmente a dignidade da pessoa humana, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Assim, os princípios da autonomia da vontade, da relatividade dos efeitos e da intangibilidade dos contratos, presentes na teoria clássica, devem ser interpretados em harmonia com a dignidade da pessoa humana, princípio máximo do ordenamento jurídico, base da Constituição da República.

A responsabilidade civil, nessa metodologia civil constitucional, deve ser reexaminada, procurando abranger muito mais o ofendido, em detrimento da conduta do ofensor. Na busca pela efetividade dos princípios constitucionais, a objetivação do instituto, é consequência elementar.

A partir desses fundamentos teóricos, foi possível concluir pela responsabilização dos agentes financeiros pelos riscos a solidez e segurança das unidades habitacionais financiadas com recursos do SFH.

A fundamentação, inicialmente, procurou identificar nos pressupostos contemporâneos da Responsabilidade Civil, ou seja, na antijuridicidade, dano, nexos de imputação e nexos de causalidade, os elementos possíveis a imputação do dever de indenizar aos agentes financeiros, ressaltando a importância do dano injusto e do nexo de imputação.

Através de um verdadeiro diálogo de fontes, com o objetivo único de proteção máxima do ofendido, num primeiro momento verificou-se a responsabilidade direta das empresas Construtoras pelo dever de indenização, com base na Responsabilidade Civil objetiva, prevista tanto no Código Civil, quanto no Código de Defesa do Consumidor.

Num segundo momento, através da teoria das redes contratuais e da função social dos contratos, foi possível desvelar a existência de uma única operação econômica na relação estabelecida entre construtores, agentes financeiros e mutuários, com um único objetivo, função social específica, qual seja, fornecimento de moradia.

O reconhecimento da existência de uma única operação econômica, possibilitou identificar a repercussão das peculiaridades de um contrato no conexo e o surgimento da solidariedade entre os responsáveis, ou seja, a possibilidade de ajuizamento de ação direta de responsabilidade civil do mutuário em face, tanto do construtor, quanto do agente financeiro.

A responsabilidade solidária, prevista no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, possibilitou o reconhecimento e a comunicação do dever de indenizar, inicialmente cabível a construtora, para o agente financeiro.

Dentro da perspectiva constitucional, esta não seria a única hipótese de fundamentação da responsabilidade civil do agente financeiro. Seria plenamente possível identificar o dever de indenizar do Agente Financeiro, com base na responsabilidade civil objetiva prevista no parágrafo único, artigo 927 do Código Civil, risco atividade, e, ainda, na legislação consumerista, no artigo 12, em razão da ADIn 2.591, que definiu pela constitucionalidade da aplicação do CDC às instituições financeiras.

A opção feita pelo fundamento exposto não exclui outras possibilidades e apenas abre espaço para a discussão do tema, tão importante numa época em que o mercado habitacional brasileiro encontra-se em forte expansão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHEIM, Roberto. *A Atribuição do Dever de Indenizar no Direito Brasileiro: Superação da Teoria Tradicional da Responsabilidade Civil*. Dissertação de mestrado. Curitiba: UFPR, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 09, jan/mar 2002.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. v. 65 (julho/setembro 1993). São Paulo: RT.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: Direito, Estado e Sociedade. – nº 29, julho-dezembro 2006, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

\_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHINELLATO, Silmara Juny. *Da Responsabilidade Civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo*. O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coordenadores). Rio de Janeiro: Renovar: 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado / Aldacy Rachid Coutinho (...) [et. AL]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. – 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, volume I: parte geral*. Ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A Teoria das Redes Contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça*. RT 832/100-111. São Paulo: Ed. RT, fev. 2005.

\_\_\_\_\_. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Clarissa Costa de. *Dos vícios do produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil*. Revista de Direito do Consumidor, n. 51. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: editora RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor, n. 45. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução à Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil / Pietro Perlingieri*; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira*. In: *Revista trimestral de direito civil*. – v.20 (outubro/dezembro 2004). – Rio de Janeiro: Padma, 2000

TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. RJ-SP: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. Revista Jurídica, n.º 278. Porto Alegre: Revista Jurídica Editora Ltda, 2000.

\_\_\_\_\_. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito Civil*. In: *Temas de direito Civil*. 3. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Código Civil e o Direito Civil Constitucional*. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Cidadania e direitos da personalidade*. Revista Jurídica, vol. 309, 2003.

TOLOMEI, Carlos Young. *A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Novo Código Civil*. In: *A parte geral do novo Código Civil / Estudos na perspectiva civil-constitucional / 3ª ed*. Revista – Gustavo Tepedino (coordenador). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VINEY, Geneviève. *As Tendências atuais do Direito da Responsabilidade Civil. In: Direito Civil Contemporâneo: Novos Paradigmas à Luz da Legalidade Constitucional*. Gustavo Tepedino (organizador). – São Paulo: Ed Atlas S.A., 2008.

VENTURI, Tais Goveia Pascoaloto. *A Responsabilidade Civil e Sua Função Punitivo-Pedagógica no Direito Brasileiro*. Dissertação de mestrado. Curitiba, UFPR: 2006.