

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

GABRIEL PARANHOS COUTO DA COSTA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA: Análise do instituto aplicado ao
fornecimento de serviços por hospitais particulares.**

Uberlândia/MG

2017

GABRIEL PARANHOS COUTO DA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA: Análise do instituto aplicado ao fornecimento de serviços por hospitais particulares.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia/MG

2017

GABRIEL PARANHOS COUTO DA COSTA

RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA: Análise do instituto aplicado ao fornecimento de serviços por hospitais particulares.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia, ____ de ____ de 2017.

Banca Examinadora:

Fernando Rodrigues Martins (UFU/MG)

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pois Sua multidão de misericórdias me sustentaram até aqui.

A minha mãe que foi esteio em momentos difíceis. Ao meu pai que foi chamado ao Lar antes que pudesse ver este momento, mas que me educou até o último instante. A minha irmã que esteve na sua própria luta acadêmica e que, comigo, perseverou na esperança de dias melhores.

Aos meus tios (Aleter, Tânia, Júlio, Vera, Simei, Marael, Mizant, Moacir) pelo apoio prestado, ainda que alguns a 3000 km de distância. E, por fim, aos meus avós (Mizael e Maria, Edna e Iracy) pelo cuidado e esforço desde o início para proporcionar aos filhos e netos as melhores condições para nosso futuro.

RESUMO

A pós-modernidade trouxe consigo novos desafios que demandam novas soluções por parte do Direito. Novos valores são protegidos e, por outro lado, novos danos são possíveis de serem produzidos. Neste sentido, o instituto da responsabilidade civil deve se reformular para que cumpra seu papel de efetiva tutela de direitos fundamentais e, por isso, deve superar sua função meramente indenizatória e assumir um papel primordialmente preventivo. Isso, quando estudado sob a perspectiva dos direitos dos consumidores que recebem serviços de nosocômios particulares, torna-se extremamente relevante já que os direitos em jogo são a saúde e a vida os quais, em regra, não podem ser reparados quando sofrem danos.

Palavras chave: responsabilidade, civil, prevenção, consumidor, hospital

ABSTRACT

The post modernity brought with itself new challenges that require new solutions by the Law. New values are protected and, on the other side, new damages can be produced. In this sense, the institute of civil responsibility have to reshape itself so it can fulfill its role for the efective protection of fundamental rights and, therefore, it has to surpass its merely reparatory function and take on a primaraly preventive role. This, when studied under the perspective of the rights of the consumers who receive services from private hospitals, becomes extremely relevant since the matter revolves around the right to health and the right to life, which usually can't be repaired when damaged,

Key words: responsability, civil, prevention, consumer, hospital

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO	8
2- BREVE ESCORÇO SOBRE A HISTÓRIA GLOBAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.2. Da função preventiva da responsabilidade na pós contemporaneidade.....	18
3- DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA	23
3.1- Aspectos iniciais	23
3.2 – Definições e pressupostos da responsabilidade civil preventiva.	28
3.3 – A responsabilidade civil preventiva contratual.....	33
3.3- A responsabilidade civil preventiva extracontratual	34
4 - APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA NO CONTEXTO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS POR HOSPITAIS PARTICULARES.....	36
4.1 – A tutela inibitória como mecanismo da responsabilidade civil preventiva em hospitais particulares.....	41
4.2 – As multas civis como instrumento de consecução da responsabilidade civil preventiva.....	44
4.3. Da atuação dos órgãos de proteção do consumidor	46
5 – O CASO PARADIGMA: A INTERDIÇÃO DO HOSPITAL SANTA CATARINA EM UBERLÂNDIA/MG.	49
6 – CONCLUSÃO.....	53
7- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA	58

1- INTRODUÇÃO

A pós-modernidade é fruto de diversas transformações políticas e sociais. Tal afirmação é reiterada nos numerosos livros e manuais jurídicos e servem de ponto comum de partida para denotar as mudanças ideológicas, políticas e sociais experimentadas com maior profusão no decorrer do século XX. A construção jurídica, em especial, no período posterior à 2ª Guerra Mundial trouxe novos axiomas que regem, até os dias atuais, o ordenamento jurídico.

Neste diapasão, é possível se afirmar que a pessoa humana e a proteção à sua dignidade e integridade são valores quase sagrados e esses axiomas são o norte que guia os institutos jurídicos tanto do Direito Público quanto do Privado.

Por isso que, atualmente, há profuso rol de direitos e garantias que estão positivados em nível constitucional como fundamentais, consolidando os valores de solidariedade e dignidade tão caros para esta sociedade pós-moderna.

Tais direitos são tutelados por mecanismos jurídicos e políticos que visam garantir a incolumidade desses bens jurídicos.

Um desses mecanismos é a responsabilidade civil, instituto que é fruto de complexa construção histórica e que, em uma perspectiva tradicional, consolida um pensamento disseminado na sociedade humana desde tempos remotos de quem causa um mal deve repará-lo.

Este instituto tem, como a diretriz clássica, a mitigação de danos causados por ações e omissões em geral mediante o retorno ao *status quo ante* daquele prejudicado nesta relação jurídica.

Neste sentido, a responsabilidade civil trata de um *respondere* jurídico no qual há que se atribuir ao causador do dano o dever de repará-lo. Esta atribuição surge a partir da própria noção de justiça do meio social regrado, revelando-se como algo que é inseparável da natureza humana¹

Percebe-se que a concepção transcrita traz a ideia de que ao sujeito que causa dano é imposto o dever de recompor aquilo que foi perdido, numa lógica quase matemática, baseada na Teoria da Diferença, atribuída à Friedrich Mommsen.

¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Em resumo, a resposta do Direito ao dano seria no sentido de restabelecer a igualdade daquele que se tornou desigual, ou seja, aquele que sofreu o dano, transferindo o ônus deste para aquele que o causou de forma a restabelecer o equilíbrio vilipendiado pela ação danosa.

No entanto, a partir do conceito acima transcrito, é possível se identificar uma problemática: conforme já afirmado, a contemporaneidade trouxe consigo profuso rol de bens jurídicos que são considerados fundamentais por se tratarem da essencialidade humana e que, quando são danificados não podem restabelecidos de forma suficiente ou satisfatória simplesmente através do pagamento de uma monta em dinheiro.

Tais danos são difíceis e, por vezes, impossíveis de serem reparados, o que impossibilita o retorno ao *status quo ante*. Geralmente nesses casos, aquele que tem seu bem jurídico essencial vilipendiado não é satisfatoriamente indenizado, pois as consequências do dano são de tamanha proporção que afetam o resto da vida do indivíduo.

Denota-se assim, uma crise caracterizada pela insuficiência da responsabilidade civil em seu viés preponderantemente reparatório para resguardar os bens jurídicos constitucionalmente tutelados. A crise paradigmática é de certa forma “agravada” pelo fato de que como hoje há abundante rol de direitos constitucionalmente tutelados, também há copioso número de danos sendo causados a esses direitos em função da atividade humana cada vez mais audaciosa e tecnológica.

Danos à vida, à saúde, ao meio ambiente, à moral, cuja proteção é, atualmente, de cunho constitucional, compõem os chamados “novos danos” os quais geram efeitos nocivos que uma simples monta de dinheiro não é capaz de mitigar.

Questiona-se como a concepção clássica e mais consagrada da responsabilidade civil de punição e reparação de danos seria capaz de mitigar lesões irreparáveis e tutelar o ser humano de forma eficaz a fim de que ele nem chegue a se tornar vítima.

A prevenção e a precaução parecem dar as melhores respostas para esta indagação já que visa a não consolidação dos supracitados danos, preservando a incolumidade do bem protegido. A princípio, portanto, verifica-se a necessidade de incorporação destes valores ao instituto da responsabilidade civil

Tal solução pode ser contraposta a partir da afirmação de que não caberia à responsabilidade civil a prevenção de danos. Entretanto, diante do atual paradigma que

preconiza uma robusta tutela à pessoa humana através dos mais variados mecanismos, a incorporação da prevenção e a precaução a responsabilidade civil parece ser mais adequada para proteger a integridade e inviolabilidade dos direitos essenciais contra os “novos” danos que produzem efeitos nefastos e antes inimagináveis ao indivíduo e à sociedade em geral.²

Portanto, há que se erigir o estudo da responsabilidade civil em seu viés preventivo, isto é, em uma modalidade que, preponderantemente, visa ao evitamento dos danos aos bens e direitos, inclusive priorizando-o. Isso pois, apesar da prevenção já ser objeto de estudo e utilização no âmbito da responsabilidade civil, ela tem sido relegada a uma função secundária, reflexa ou eventual ou, ainda, como forma de agravamento da indenização devida em função dos danos, nos moldes do modelo de *punitive damages* e *exemplary damages* americano.

Neste sentido, a chamada “punição pedagógica”, embora útil para o reforço e consolidação da prevenção no âmbito da responsabilidade civil, não pode ser considerada isoladamente pelo que é insuficiente para o fim proposto de evitar a ocorrência de danos. Há que se utilizar outros mecanismos inibitórios para a consecução deste fim.³

Ainda, é certo que a função preventiva da responsabilidade civil já é familiar aos juristas, pois decorre diretamente do princípio do *neminem laedere* o qual prescreve a todos o dever de não lesionar o direito de outrem. Entretanto, persiste o ideário meramente reparatório relegando ao Direito a mera regulação dos danos causados.

Nem mesmo a responsabilidade civil objetiva é capaz de tratar da problemática aqui suscitada, uma vez que, apesar de ter origem na necessidade de se responsabilizar aquele que, mesmo agindo sem culpa, causa danos a outrem com base na teoria do risco, o instituto possui a perspectiva *ex post* ao dano. Trata-se, aqui, primordialmente, da não configuração do dano.

Enquanto, no âmbito da responsabilidade objetiva, o risco é utilizado para permitir a imputação daquele que causa o dano embora não ter agido com culpa, o risco,

² VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. 338f. Tese (Doutorado em Direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p.53

³ Ibidem, p. 44

no âmbito da responsabilidade preventiva, é utilizado no sentido de se antecipar a eles de forma a gerenciar, avaliar e erigir formas de evita-lo.⁴

Em especial, busca-se evitar que bens jurídicos considerados essenciais e de difícil reparação na hipótese de dano sejam expostos a condutas danosas, estimulando, ao contrário, atitudes que diminuam consideravelmente os riscos que naturalmente já existem.

Nesta linha, restringe-se a análise à responsabilidade civil preventiva inserta no fornecimento de serviços hospitalares em nosocômios particulares. Isto pois, é notável os riscos dessa atividade, os quais envolvem nitidamente direitos básicos à saúde e à vida cuja proteção é robusta no ordenamento jurídico pátrio.

Além disso, é também abundante os casos em que danos aos pacientes se configuram pela não adoção de práticas preventivas mínimas no fornecimento do serviço.

No entanto, é patente que existem possibilidades de prevenção dos riscos mediante condutas profiláticas estabelecidas em normativas próprias, as quais tem o condão de salvaguardar a incolumidade daquele que utiliza o serviço mitigando os riscos inerentes a esta atividade. Sobretudo porque a atividade é regulada por normas de direito do consumidor notavelmente protetivas.

Dessa forma, como será exposto, a responsabilidade civil preventiva trará meios para o evitamento de danos aos direitos em jogo através de mecanismos jurídicos que absorvem os princípios de prevenção e precaução.

Num primeiro momento, ao se debater sobre o tema, corre-se o risco de limitar a discussão aos aspectos formais (estruturais) da responsabilidade civil ou até mesmo se ater à exposição histórica das diversas facetas que o instituto teve, o que não deixará de ser exposto pela sua patente importância.

Entretanto, a ênfase deve restar nos diplomas legais já existentes que consolidam ideários de prevenção ou precaução e que oferecem respaldo suficiente para se propor um novo escopo de responsabilização preventiva, em especial dos fornecedores de serviços hospitalares na área privada, como forma de concretizar a efetiva tutela dos direitos fundamentais mediante evitamento de danos irreparáveis.

⁴ DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 110, p. 765-817, mar 2016. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511/113092>>. Acesso em: 29 abr 2017, p. 07

Por fim, é necessário se ressaltar que o objetivo não é construir um contraponto à responsabilidade civil entendida sob o viés reparatório, afinal de contas, o instituto está alicerçado em anos de estudo e construção doutrinária.

No entanto, o paradigma atual preza pelo diálogo⁵ cujo objetivo principal é a construção de um sistema coeso e justo o qual permite a coexistência de instrumentos tanto repressivos quanto preventivos para consubstanciar a plena proteção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa.

O Direito é a ciência da realidade e, apesar de ser uma árdua tarefa, deve acompanhar as transformações sociais com o fim de promover a paz social. Diante disso, é notável a movimentação, seja doutrinária ou jurisprudencial, em efetivar a tutela da pessoa humana e protegê-la de forma racional e completa, inclusive, com preferência sobre o patrimônio, a propriedade, etc.

Assim, o paradigma individualista, tão disseminado anteriormente, não encontra sustentáculo na atualidade e, por conseguinte, é exigido um paradigma novo que concretize o fim almejado por esta sociedade pós-moderna, qual seja, a concretização dos direitos e garantias fundamentais sem os quais a busca pela dignidade humana não passa de retórica⁶.

É por isso que, diante do exposto, é necessária a reinterpretação e refundamentação como forma de estimular a responsabilidade civil preventiva a fim de que sejam efetivamente protegidos os bens jurídicos fundamentais e, conseqüentemente, a própria dignidade humana, em especial no âmbito consumerista aqui delineado.

2- BREVE ESCORÇO SOBRE A HISTÓRIA GLOBAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A investigação histórica de qualquer instituto jurídico é de extrema importância, pois, no Direito, as construções doutrinárias de séculos atrás influenciam diretamente o pensamento atual, seja aproveitando os méritos seja superando-as completamente.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord). Diálogo das fontes : do conflito À coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁶ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato. Op., cit, p. 13

Ainda mais quando se investiga um novo paradigma que é erigido como forma de mitigar as insuficiências de seu antecessor.

No que tange à responsabilidade civil não é diferente. A construção de seu conceito e estrutura partiu de extenso trabalho histórico, perpassando séculos da evolução humana e, notadamente, foi influenciada pelas concepções sociais das mais variadas épocas.

Entretanto, em que pese a verificação de institutos semelhantes à responsabilidade civil em sociedades primitivas, a sua estruturação nos moldes do que se vê hoje é construção relativamente recente, tendo como marco histórico as inovações trazidas pelo Direito Francês no seu período revolucionário. Apesar disso, é preciso que se investigue, também, como as sociedades primitivas lidavam com responsabilização ou o dever de reparar, para que se note as semelhanças e diferenças entre elas e os contemporâneos.

Assim, para se parta a análise de um conceito de responsabilidade civil preventiva na prestação de serviços nos hospital particulares nos dias atuais, é preciso que se inicie de uma análise histórica, pois, como assevera Angel M. López e Lopez: “nos hace um poco menos pobres a la hora de entender el presente, y nos hace libres del vicio del dogmatismo, que tan profundamente ha impregnado generaciones enteras de reflexiones dos civilistas”⁷.

Notadamente, o conceito jurídico de responsabilidade civil, até os dias atuais, está intrinsecamente atrelado à ideia de reparação por um dano causado através de uma conduta culposa, objetivando reparar a repercussão maléfica que referido dano traz para a harmonia social e restaurar o equilíbrio:

Em síntese, ou em linhas gerais, é possível dizer que a concepção jurídica de responsabilidade civil – sem falar na responsabilidade penal, que está na origem dessa concepção – terá como fundamento a concepção de um ato inadequado que merece o estigma da culpa, e como horizonte, o desejo de uma compensação que purga a culpa, mas não apaga a memória do ilícito. O cidadão, posto que humano, é um ser condenado à imperfeição, por mais que se tente remediar. Para tais autores, no caminho do homem sempre haverá o destino de erros a purgar. Em consequência, a justiça a ser reclamada tem por perfil aquele traço mais comum, vulgar ou singelo que é considerado por todas as tradições humanas: o equilíbrio na esfera individual da vítima e a

⁷ LÓPEZ, Angel M. Lopez y. *Prologo para Civilistas (set.1991)*, que fez à obra de GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades*. Madrid: Editorial CIVITAS,1992 apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005, p. 11 : (... nos faz um pouco menos pobres na hora de entender o presente, e nos faz livres do vício do dogmatismo, que tão profundamente tem impregnado gerações inteiras de reflexões dos civilistas) (tradução livre)

harmonia social que se encontrarão restabelecidos depois que ação injusta for penitenciada por alguma forma de compensação.⁸

Interessante citar que, com brilhantismo, Giselda Hironaka⁹ divide a história da responsabilidade civil em nove blocos, no que denomina de “história externa” da responsabilidade civil, sublinhando as concepções pré-jurídicas do instituto, demonstrando que tão antiga quanto a presença do homem na Terra é a ideia da reparação por um mal causado.

De acordo com a autora, no Período do Talião, marcado por um estado primitivo da evolução humana e suas instituições, as nuances da responsabilidade repousavam na ideia de castigar o indivíduo por um mal causado mediante a autotutela. Esse castigo, que era permitido pelas autoridades políticas e religiosas da época, deveria ser proporcional ou maior do que o mal perpetrado.

O Código de Hammurabi, documento jurídico mais antigo de que se tem notícia, sistematiza o pensamento vigente no Período do Talião, delimitando quais hipóteses em que a responsabilização será aplicada, amparando, através da lei escrita, a ideia de vingança pessoal por um mal causado.

O Código de Manu trouxe uma sistematização mais pacifista da reparação do dano, pois foi diretamente influenciado pelos princípios e costumes religiosos do hinduísmo e budismo. Neste esboço, o Código determinava que a reparação pelo dano causado fosse feita mediante pagamento de quantia em dinheiro e não pela retribuição de um mal equivalente.

Já na sociedade grega, a responsabilização é influenciada fortemente pelo direito natural fundado na ideia da existência de um princípio de justiça no “*kosmos*”. Ou seja, a Natureza seria regida por leis e ordens equilibradas que manteriam indefinidamente a sua existência.

O homem, em contrapartida, romperia com esse equilíbrio com seus institutos e costumes e, por conseguinte, a reparação para os gregos era a volta ao equilíbrio. Neste esboço, cabe citar que, de acordo com essa sistemática, a concepção de condutas danosas ou benéficas parte do entendimento de que todo o ser age com uma finalidade natural, ou seja, conforme assevera com brilhantismo Giselda Hironaka:

Em suma: o que leva os homens à ação, para os gregos, é o fato de que intentam uma finalidade, desde o início. Mas nem todas as ações são válidas;

⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005, p. 18

⁹ Ibidem, p. 44

ao contrário, somente são válidas aquelas que não apenas levam à realização da finalidade, como também não causam dano ao agente. Assim, por exemplo, de nada me adianta dominar outra pessoa para que seja meu escravo, se isso não me traz nenhum benefício e, também, se trouxer danos a outrem. Se assim for, o cálculo do não é, no universo grego, um cálculo movido especialmente pela ideia de finalidade natural. De maneira que, mesmo em caso exemplificativo como esse, da escravidão, só serão tidos tais atos como válidos, ou justos, ou lícitos, ou benéficos se – e somente se – constituírem o instrumento para realização de um fim e, principalmente, se não constituírem uma ação contrária à natureza do agente, ou das pessoas, ou coisas envolvidas, isto é, se não forem danosas. Exatamente porque, se houver dano, por força da ocorrência dessa violência à natureza de alguém – seja a minha própria natureza, quando ajo, seja a natureza de outrem, que sofre por conta da minha ação – será necessário, por força da ordem emanada do direito natural principalmente, que se dê o restabelecimento do equilíbrio original.¹⁰

Adiante, a partir do brilhante texto de HIRONAKA, é ponto comum dos juristas encontrarem no Direito Romano o antecessor mais distante daquilo que hoje se denomina responsabilidade civil. De fato, é a sociedade romana que produziu a famosa *Lex Aquilia de Damno* que, em síntese, estabelecia em seu bojo três capítulos os quais dispunham:

a) o primeiro, que quem mata escravo ou animal alheio, que vive em rebanho, está obrigado a pagar ao dono o valor máximo alcançado pelo escravo ou pelo animal, no ano anterior ao da morte; b) o segundo, que o *adstipulator*, que em fraude contra o credor (o *stipulator*) extingue o crédito mediante a *acceptilatio*, fica obrigado a pagar o seu valor (*quanti ea res est*) a este; e c) o terceiro, que quem causa qualquer espécie de dano a coisa alheia animada (exceto a morte, caso a que se refere o capítulo primeiro da Lei Aquilia) ou inanimada, está obrigado a indenizar¹¹

Assevera a autora que a inovação trazida por esta fase histórica resta na causalidade, entendida aqui como condição fundamental para a configuração da obrigação de reparar, a qual, por sua vez, é uma obrigação civil (pelo que “garantida” pelo *imperium*). Ou seja, o cidadão que sentisse lesado gozava agora da força da imposição da lei romana para que pudesse auferir sua reparação.

Sobre esse aspecto, cabe um último comentário sobre a questão da culpa que, aqui, era elemento acidental¹² na configuração da responsabilidade o que, segundo a autora, serve para diferenciar a culpa entendida pelos romanos com a culpa presente nos dias atuais fruto da concepção francesa. Como dito, o que se perfazia fundamental

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005, p. 51

¹¹ Ibidem, p.53

¹² VILLEY, Michel. *Esquisse historique sur le mot “responsable”*. Archives de Philosophie du Droit, n.22, Paris, Sirey, 1977, p. 50-52 apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005, p. 56

era o estabelecimento da causalidade representada pela necessidade de demonstração que foi o agente que efetivamente provocou o dano e, é a partir disso, que seria configurada a obrigação de reparar.

Como exemplifica Hironaka:

[...] quando eu atravesso sem querer o terreno de outro cidadão e acabo com minha travessia, danificando o terreno ou, diferentemente, quando atravesso o terreno de outro cidadão e acabo, com minha travessia, danificando sem querer o terreno, qual a minha culpa, tanto num caso como no outro? No primeiro caso (onde a travessia, pelo menos, é involuntária), cabe verificar se a produção do dano o é ou não, pois em caso negativo, de nada tenho culpa, ainda que sem mim nenhum dano viesse a ser causado; no segundo caso (a produção do dano é que é involuntária), cabe saber se haveria alguma causalidade inevitável entre minha travessia (talvez voluntária) do terreno e a produção de danos, e se isso seria de minha parte previsível, pois em caso negativo, de nada eu poderia ter culpa apesar de, novamente, eu mesma ter sido elemento necessário da produção do dano¹³

Posteriormente, o denominado “Direito Cristão” também exerceu profunda influência no que se conhece por responsabilidade civil, em que pese não ter havido um Estado Cristão per se. Ocorre que, o período medieval foi marcado pela ampla influência da Igreja Católica nos setores sociais, em especial, no político e no jurídico.

Importa ressaltar, conforme a Giselda Hironaka, que a criação do termo *responsabilitas* se dá nesta época. Diante disso, é possível se notar que a culpa neste contexto, caracterizadora do dever de ressarcir, era atrelada a ideia de conduta contrária à obrigação moral de respeito às práticas cristãs, à ideia de “homem justo”.

Prosseguindo para a fase moderna, aponta-se uma forte influência do racionalismo, em especial, manifestado pelo francês Jean Domat que, através de seu racionalismo sistêmico¹⁴, deu origem ao princípio do qual não há responsabilidade sem culpa, embora, para o autor, a culpa não seja suficiente para a imputabilidade. Em outras palavras, porquanto a culpa seja elemento essencial do dever de reparação, este só será devido em função da existência do dano.

Nesse período, a criação do Código Civil Napoleônico (1804) consolidou esse ideário da responsabilidade dependente da culpa, bem como, delineou a separação da responsabilidade contratual e extracontratual, inaugurando, por fim, a fase contemporânea deste escorço histórico.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005, p. 55

¹⁴ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, 2. Ed. Paris : Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1980, p. 11-12

No Direito Contemporâneo, houve a plena consolidação da responsabilidade civil como instituto jurídico e, no Brasil, é possível se perceber tal fato através do Código Civil de 1916 que foi diretamente influenciado pelo Código Civil Napoleônico. Em que pese as diferenciações estabelecidas por HIRONAKA, a inspiração do diploma foi essencialmente *aquiliana*, por ter a culpa, novamente, como essencial para a percepção da responsabilidade.

Aqui cabe tecer o comentário de que os anos de debate do Código Civil de 1916 serviram para consolidar a tradição francesa no ordenamento jurídico pátrio, porém não introduziram as ideias de risco e “responsabilidade sem culpa” emergentes na época. Dessa forma, houve extensa contribuição da doutrina e da jurisprudência para adequar a responsabilidade civil à realidade já que seu nascedouro, no diploma civilista de 1916, era, de certa forma, anacrônico:

A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e aplicação da boa justiça.¹⁵

Adentra-se, por derradeiro, no período atual da história denominado de pós-modernidade ou pós-contemporaneidade, pelo que presentes características sensivelmente distintas do período anterior, em especial, a intensa propagação de tecnologias de informação, a globalização, diminuição de distâncias pelos avançados meios de comunicação e de transporte e complexidade das relações sociais.

Atualmente no Brasil, as teorias que sustentam tanto a responsabilidade civil subjetiva quanto a objetiva se encontram perfeitamente assimiladas, sendo regradas, de forma geral, pelo Código Civil e outros diplomas que regem determinados microssistemas como o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nesse âmbito, cabe ressaltar, também, a perceptível criação novos riscos e elevação dos já existentes pela atividade humana cada vez mais audaciosa e pela utilização de novas tecnologias que superam obstáculos dantes intransponíveis e que agora têm o condão de afetar todo o planeta e não só uma pequena comunidade.

Diante desse paradigma e, também, pela clara influência do ideário que fundou o chamado Estado Social, no período pós-guerra, o qual abriu espaço para aceitação de uma responsabilidade civil baseada no risco de uma atividade (objetiva), e

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 10 ed, p. 362

não somente na culpa (subjativa) como sedimentado anteriormente, a responsabilidade civil preventiva ganha contornos cada vez mais concretos.

Nas palavras da brilhante Keila Pacheco Ferreira:

Corresponde à pós-modernidade, no âmbito da responsabilidade civil, a *teoria da argumentação*, oportunidade em que os princípios (no caso, da precaução e da prevenção) ganham projeção através da *evitabilidade* de danos geralmente irreversíveis, tanto do ponto de vista existencial, como da perspectiva patrimonial. Neste caso, o que se busca é a maior densidade valorativa, bem como eficácia normativa.¹⁶

Nesta fase histórica, busca-se o diálogo que aufere dos diversos campos do conhecimento os instrumentos necessários para a consecução dos fins propostos pelo Direito, a partir de um sistema aberto que se beneficia das experiências das áreas supracitadas.

A eficácia da responsabilidade civil nos tempos atuais, de certa forma ameaçada pelos novos desafios que demandam uma solução diferente, deve buscar novas bases principiológicas e éticas alterando sua visão para se adequar as demandas sociais.

2.2. Da função preventiva da responsabilidade na pós contemporaneidade

A função preventiva da responsabilidade civil tem como escopo a tendência global da valorização do princípio da solidariedade, desenvolvido no período posterior à 2ª Guerra Mundial, no qual se observou a criação de um Estado Social mais voltado a efetivação da proteção humana. Além disso, a função preventiva ganhou bastante espaço diante da insuficiência da função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil conforme se verá.

A solidariedade como princípio reitor não é novidade para o Direito, porém ganhou forças no período pós-guerras como resposta aos horrores vivenciados e gerou notáveis efeitos jurídicos:

[...] embora sua percepção não seja nova, pois, na Grécia, já se cogitava a solidariedade como amálgama para a formação da sociedade, na Revolução Francesa a fraternidade constituiu um dos seus ideais, e, após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos colocou o homem e seus direitos como membro da sociedade no eixo de sua aceção. No Brasil, somente a partir da Constituição de 1988 houve uma preocupação direta em adotar tal valor como premissa maior de toda a ordem jurídica e

¹⁶ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27102016-092601/>>. Acesso em: 29 de abr de 2017, p. 12-13

social, fulcrada, por sua vez, na afirmação da dignidade da pessoa humana como valor fonte de todo o sistema jurídico.¹⁷

Tal princípio atualmente se encontra positivado na Constituição da República de 1988, em seu artigo 3º que dispõe: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.¹⁸

A mudança de perspectiva trazida pela solidariedade trouxe um ideário menos individualista e patrimonialista, característicos do Estado Liberal e, por conseguinte, profundas transformações ocorreram.

Primeiramente, o reconhecimento da força normativa da Constituição, bem como, constitucionalização do Direito Civil permitiram mudança de interpretação e aplicação das normas, valorizando a força dos princípios constitucionais protetivos e efetivando sua aplicação no Direito Privado que anteriormente cuidava apenas interesses individuais e particulares

Neste sentido, a atualidade propõe a releitura dos institutos civis de forma a adequá-los aos interesses sociais e consolidar a proteção máxima da pessoa humana em diversos aspectos, superando-se o liberalismo com ênfase patrimonialista. Neste sentido:

A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial do adimplemento.¹⁹

Noutro contexto, o surgimento da responsabilidade civil objetiva e a socialização de riscos também marcaram esse período, demonstrando a relativização dos critérios para configuração deste instituto, pelo que admitida a existência de uma responsabilidade civil independentemente de culpa e consolidada a distribuição do ônus trazidos pelo risco criado através da atividade humana.

Outro exemplo da consolidação desse ideário é a enunciação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º inciso III da Constituição Cidadã de 1988.

¹⁷ CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. Revista Direito Mackenzie v.6, n.1, , 2012, p. 25

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República **Federativa** do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

Cabe aqui citar as palavras de TEPEDINO:

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim um processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado²⁰.

Diante do referido quadro histórico, a ênfase na tutela da pessoa humana permitiu que se reconhecessem danos de natureza externa ao patrimônio. É que a perspectiva clássica orientava o entendimento no sentido de afirmar que o dano é um prejuízo causado eminentemente ao patrimônio.

No entanto, à luz do novo ideário protetivo às pessoas, o dano se reveste de concepção mais ampla e abrangente de forma a operacionalizar referida proteção. Assim, conquanto o direito tutele um interesse o dano o irá vulnerar e:

Em consequência, o objeto do dano em sentido jurídico se configura como mais limitado em relação ao objeto do dano entendido genericamente, pois que o objeto do dano genericamente entendido é qualquer situação favorável que se não se refira a todos seres humanos, objeto do dano em sentido jurídico não pode ser mais que um interesse jurídico tutelado. Certamente também, a reação jurídica encontra sua razão de ser tão somente frente ao dano ocasionado à aquilo que o direito tutela e, portanto, apenas o interesse humano pode receber a tutela do direito.

Em outras palavras, porque o Direito passou a tutelar uma série de novos bens jurídicos, voltados à proteção da pessoa humana, “novos” danos passaram a ser reconhecidos. Certamente, esse novo desafio demanda uma solução diferente pelo que a tutela foi reconhecida em sede constitucional.

Resumidamente, a pessoa humana goza, na atualidade, de status quase sagrado, sendo sua proteção o fim para o qual os institutos jurídicos devem estar voltados. Por isso, no campo da responsabilidade civil não poderia ser diferente, se falando, inclusive, não de uma responsabilidade da pessoa, mas uma responsabilidade para com a pessoa²¹.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil* – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342

²¹ MONIER, Jean Claude. *Personne humaine et responsabilité civile. Droit et Cultures*, n.º 31, 1996-1. Paris: L'Harmattan, 1996, p. 52 e 59 apud VENTURI, THAIS GOUVEIA PASCOALATO. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. 338f. Tese (Doutorado em Direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, p. 67

Além disso, é certo que o ônus causado pelo dano é agravado pelo alto custo do sistema indenizatório, pois para que se efetive o ressarcimento todo o aparato Judiciário deve se movimentar e, conseqüentemente, percebe-se que parte do valor indenizatório é perdido nas custas, honorários, no tempo gasto, entre outros.²²

Contudo, o ponto nodal que iniciou os questionamentos acerca da fragilidade da função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil pode ser comprovado pelo reconhecimento de sua função compensatória. Ou seja, admite-se que é justo atribuir uma certa quantia à vítima, por danos extrapatrimoniais, não obstante serem estes insusceptíveis de avaliação pecuniária, e, como tal, não terem a aplicação da teoria da diferença para o cálculo do valor da indenização. A admissão da necessidade de compensar a vítima permite, portanto, um desvio em relação ao escopo unicamente reparador. E a partir do momento em que a avaliação do montante compensatório dos danos não se ajusta ao critério clássico de determinação, qual seja, a diferença no patrimônio, foi necessário se admitir a adoção de critérios que já não diziam respeito à vítima, mas sim ao autor do dano, e ao seu grau de culpa.²³

É exatamente neste contexto que exsurge a função preventiva da responsabilidade civil que se configura como o meio adequado para tratar sobre a proteção humana diante desses “novos” danos, buscando sua mitigação em vista da “irreparabilidade” deles.

O que se pretende dizer é que se a lesão aos direitos disponíveis permite um tratamento eminentemente repressivo e reparatório não se pode falar o mesmo da lesão aos direitos indisponíveis²⁴.

A proteção preventiva se consubstancia muito mais conveniente, satisfatória e adequada na órbita dos direitos indisponíveis, pois a própria significação da palavra nos demonstra que não há espaço para a disposição, bloqueios, óbices, danos.

Percebe-se que a função preventiva da responsabilidade civil recebe uma valorização notável no contexto da pós-contemporaneidade e, em que pese a continuidade da eminência do binômio dano-reparação, esta função já está incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio em diversos dispositivos.

A título de exemplo, cita-se o art. 927 § único do Código Civil, bem como a interpretação dada pelo Enunciado 446 da V Jornada de Direito Civil que dispõem:

[Código Civil] Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

²² HERRERA, Edgardo Lopéz. La función preventiva de la responsabilidade civil y su relación con las otras funciones. Revista de Derecho de Daños – 2: prevención del daño. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2008. p. 195.

²³ ETTORRE NANNI, Giovanni ; RODRIGUES MARTINS, Fernando (Org.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p.707

²⁴ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato. *Op., cit.*

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.²⁵

Enunciado 446 da V Jornada de Direito Civil Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.

Portanto, há uma ampliação do enfoque da responsabilidade civil no atual período histórico valorizando os aspectos preventivos para que se evite a consecução dos danos. Com clareza solar, DEL MASTRO tece o seguinte comentário:

O escopo protetivo da responsabilidade civil intensifica-se. Na passagem da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva, visou-se a uma facilitação da responsabilização e, por conseguinte, das indenizações às vítimas, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelas vítimas no paradigma da culpa. Agora, o foco não é simplesmente fornecer uma compensação do dano, mas permitir que a sociedade não sofra qualquer espécie de prejuízo atrelado a um dano. Nesta tarefa contemporânea da responsabilidade civil, os princípios da prevenção e da precaução serão aplicados.²⁶

Neste sentido, não se pode olvidar os princípios da prevenção e precaução os quais têm papel importante para a consolidação da função preventiva. O princípio da prevenção é erigido para o evitamento dos danos conhecidos, ou seja, aqueles que já podem ser previstos de acordo com o decorrer natural da atividade que impõe o risco.

Já o princípio da precaução, originariamente construído no âmbito do Direito Ambiental, tem por escopo a busca pela não ocorrência de danos hipotéticos. Ou seja, quando há o risco embora este não possa ter seus limites definidos cientificamente.

Com clareza solar, explica Teresa Ancona Lopez:

Princípio da precaução é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza.²⁷

Ambos os princípios coadunam com a diretriz do princípio da solidariedade que visa à consolidação da proteção humana. Também exemplificam como o diálogo entre as diversas áreas pode ser benéfico a consubstanciação da tutela da pessoa, uma

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 fev. 2017.

²⁶ DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, p. 765-817, mar 2016. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511/113092>>. Acesso em: 29 abr 2017, p. 07

²⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010 p. 102.

vez que, a precaução tem origem no Direito Ambiental e exala benesses para outros ramos do Direito.

Por fim, é importante ressaltar que a função preventiva da responsabilidade civil se difere daquilo que se chama de responsabilidade civil preventiva. Embora ambas se valham de mecanismos preventivos, é possível se dizer que a responsabilidade civil preventiva é muito mais abrangente que a função preventiva da responsabilidade civil.

A função preventiva da responsabilidade civil é corriqueira na prática forense, porém, tem sido relegada a uma função secundária, ou mesmo simplesmente para majoração do valor indenizatório.

Muito mais do que enxergar nas regras de responsabilidade civil uma mera função preventiva que acaba sendo tratada no mais das vezes como simplesmente acessória, eventual ou circunstancial, constituindo simples reflexo da função reparatória classicamente idealizada, busca-se demonstrar que a prevenção de danos, para além de função, deve ser compreendida como verdadeiro *fundamento* do instituto.²⁸

Entretanto, a responsabilidade civil preventiva tem viés prospectivo²⁹ e baseia uma análise *ex ante* viabilizando diversos mecanismos jurídicos, como tutelas inibitórias, com o objetivo principal de evitar a ocorrência do dano previsível ou hipotético (prevenção/precaução), como será detalhado a seguir.

3- DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

3.1- Aspectos iniciais

A exigência de uma responsabilidade civil preventiva resta clara, pois o paradigma no qual se desenvolveu o instituto clássico e que lhe deu a característica eminentemente reparatória não é capaz de atender as novas demandas sociais.

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos

Num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais

²⁸ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato. op. cit., p.63

²⁹ FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27102016-092601/>>. Acesso em: 29 de abr de 2017, p. 5

vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se “desnaturalizar” ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexecutáveis.³⁰

Assim, é possível tratar com tranquilidade esta transformação, pois com a mesma naturalidade em que a sociedade se transforma e deixa para trás dogmas dantes intocáveis, aceitando outros, os institutos jurídicos também se transformam, adequando-se conforme o tempo.

Num ordenamento jurídico que parece estimular a eficácia dos direitos que positiva como fundamentais, respondendo um anseio social de solidariedade e proteção, é possível se afirmar que o fundamento da responsabilidade é transformado, adquirindo características de cuidado para com o outro.

A partir daí, a “absorção” de um ideário de prevenção e precaução pelo ordenamento jurídico é patente e provoca a construção, ainda que gradativa, de um sistema voltado para a proteção da incolumidade dos indivíduos para que estes não tenham de suportar o ônus de um dano. Neste sentido, é importante citar as palavras de Iturraspe e Piedecabras:

A doutrina mas recente percebeu a enorme importância da prevenção ou evitamento do prejuízo, das ações positivas orientadas a que o dano não se produza, afetando pessoas ou bens, ou bem, se já foi causado, a diminuir seus efeitos ou fazê-los cessar. O dito popular “prevenir é melhor que remediar” tem recebido aceitação pelo Direito³¹

Torna-se jurídico um dever que é, ou deveria ser, comum para os indivíduos em comunidade: “a responsabilidade é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a um outro ser, que se torna ‘preocupação’ quando há ameaça à sua vulnerabilidade.”³²

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p. 186.

³¹ Iturraspe, Jorge Mosset; PIEDECABRAS, Miguel A. *Responsabilidad por daños: actualizacion doctrinaria u jurisprudencial de los donos I a X*. Santa Fe: Rubinza-Culzoni, 2009 p.21 apud FERREIRA, Keila Pacheco, op. cit., p. 4: La doctrina más reciente ha caído em la cuenta de la enorme trascendencia de la prevención o evitación de perjuicio, de las acciones positivas orientadas a que el daño no se produzca, afectando a personas o a bienes, o bien, si ya se ha causado, a disminuir sus efectos o hacerlos cesar. El adagio popular: prevenir es mejor que curar ha recibido la aceptación del derecho

³² JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC – Rio, 2006, p. 352.

Assim, com o passar dos anos, o Direito parece internalizar o conceito de proteção e cuidado pela prevenção e precaução. Exemplo marcante é proveniente do Direito Ambiental, cuja proteção repousa em bem jurídico extremamente caro para a humanidade, o meio ambiente, o qual, nas recentes décadas, tem sido analisado com preocupação em vista do profundo impacto que a atividade humana causa sobre ele.

Dispõe a Constituição de 1988, em seu art. 225 §1º inciso:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade³³

O texto constitucional determina com rigidez que é vedada a atividade que sequer coloque em risco a fauna e a flora, não fazendo qualquer menção ao dano para haja a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos aptos a inibir a prática arriscada.

No supracitado dispositivo, é possível se notar a consolidação do cuidado e proteção dantes mencionados pelo que, constitucionalizando a prevenção/precaução, o texto constitucional veda a criação ou ampliação do próprio risco e busca, por conseguinte, que o dano sequer se configure.

É possível se notar também aspectos preventivos que auxiliam na delimitação da responsabilidade civil preventiva no art. 5º da Constituição Federal que, em seu inciso XXV, estabelece que não serão excluídos de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão ao direito.

Tal artigo, estabelece o famigerado “direito de ação” e é de extrema relevância, pois além de ter status fundamental, o direito se consubstancia antes mesmo da geração do dano ao direito como se depreende da expressão “ameaça de lesão ao direito”.

Além disso, os art. 186 e 187, ambos do Código Civil, estabelece dever geral de prudência em qualquer atividade humana, impondo sanção as atividades que, embora lícitas, extrapolam os limites determinados pelos fins econômicos e sociais, a boa-fé e os bons-costumes. Embora o alto grau de abstração, esses princípios dão o norte daquilo que se considera um comportamento preventivo.

³³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

Outros diplomas, em especial os que regulam microssistemas como o Código de defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81) também estabelecem tutelas preventivas de seus respectivos objetos de regulação. Sobretudo, o diploma consumerista trará arcabouço normativo valioso para os fins do estudo aqui proposto

Desse exposto, chega-se à conclusão de que em virtudes das razões acima elencadas que a concepção clássica de responsabilidade civil, entendida sob uma perspectiva de Direito de Danos, não se perfaz suficiente de acordo com principiologia do presente século nem serve para atender as novas necessidades sociais. Tal conceito tem escopo reducionista e limita aplicação da responsabilidade civil para o momento posterior ao dano.

Ovídio Batista tece crítica a esta visão reducionista tracejando a incoerência de se pensar que o direito subjetivo nasceria após sua violação, o que limitaria seu conteúdo e obstaculizaria as possibilidades de tutela preventiva.³⁴

Neste sentido, cabe citar:

Construído como um direito de reparação de danos, o direito da responsabilidade civil também confere aos indivíduos um certo *status*, vis-à-vis do governo e dos outros cidadãos. A responsabilidade civil envolve um literal fortalecimento das vítimas – confere-lhes legitimidade para exigir uma resposta para o seu maltratamento. Nesse sentido, ela afirma suas condições de pessoas que têm direito de não ser maltratadas pelos outros. Ela também afirma que uma vítima é uma pessoa que tem o direito de fazer exigências ao governo. Uma vítima requerente pode insistir que o governo proporcione a ela a oportunidade de prosseguir uma reivindicação para a finalidade de defender interesses básicos, mesmo que funcionários do governo não estejam inclinados a fazê-lo. *Ex-ante* regulações de proteção, muito embora possam proteger os indivíduos dos riscos de serem injustamente prejudicados, não conferem o mesmo tipo de legitimidade. Com efeito, possíveis beneficiários de tal regulação normalmente não têm o direito de exigir que a regulação seja aplicada em seu benefício, ou mesmo que as regulações existentes sejam impostas. Assim, a responsabilidade civil contribui para a legitimidade política. Como um fórum que é, em princípio, disponibilizado para qualquer pessoa que tenha sido vítima de uma certa maneira, a responsabilidade civil demonstra aos cidadãos que o governo tem um certo nível de preocupação por suas vidas, liberdades e perspectivas.³⁵

³⁴ Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva “o direito subjetivo surigiria somente depois de a norma ser violada. Este modelo de compreender o que denominamos «direito material», além de restringir-lhe o conteúdo, ainda suprime as formas de tutela preventiva. A violação da norma era pressuposto para que o conceito de «direito subjetivo» se compusesse”. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 170.

³⁵ GOLDBERG, John C.P. The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs. *The Yale law journal*, n. 115, 2005, p. 607, apud VENTURI, THAIS GOUVEIA PASCOALATO, op. cit., p. 157

A ampliação do escopo do conceito da responsabilidade civil se perfaz com a absorção dos mecanismos preventivos possíveis aumentando, por conseguinte, a eficácia do instituto adequando-o às novas necessidades.

Aqui, é necessário tecer alguns comentários:

Nota-se que a insuficiência da responsabilidade civil em seu viés reparatório tem marcado profundamente a sociedade e criado a cultura da lógica custo-benefício por parte daqueles que exercem atividades que impõem riscos. Isso porque, é impossível que a responsabilidade civil clássica ofereça resposta adequada aos “novos danos” pela dificuldade de se fixar uma indenização apropriada para a violação dos interesses extrapatrimoniais com base apenas no princípio do *restitutio in integrum* ou pela Teoria da Diferença³⁶.

Isso acarreta em uma atividade jurisdicional voltada para a aplicação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, como forma de estancar a sangria e fortalecer o instituto, consistente em majorar o quantum indenizatório em função da gravidade do dano.

Procura-se ao mesmo tempo punir o ofensor e evitar que novos danos se configurem e, neste sentido, seria possível se confundir isto com um viés preventivo:

A razão de ser da expansão da tese punitiva em nosso ordenamento, em sua origem, talvez possa ser conjecturada no fato de que, anos atrás, o pagamento pela dor sofrida era, com frequência, considerado imoral (o chamado “dinheiro da dor”), de modo que foi preciso encontrar outra motivação para evitar que as condenações pela lesão a direitos extrapatrimoniais continuassem a ter caráter meramente simbólico. Nesta ordem de idéias, considerou-se que a estrutura de pena privada seria fundamento bastante aceitável diante de certas categorias de danos extrapatrimoniais.³⁷

No entanto, tal perspectiva não pode ser confundida com prevenção. Primeiramente, porque o fim o qual se propõe a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil não é alcançado, especialmente no que tange em reprimir novos danos, pois os infratores agem dolosamente ponderando o lucro a ser auferido com a atividade e eventuais indenizações a serem pagas. Quando o primeiro é notavelmente superior ao segundo, a suposta repressão não gera efeitos.³⁸

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitives damages e o Direito Brasileiro). Revista CEJ. N.º28, jan./marc., 2005, p. 21

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. Revista Trimestral de direito civil. V. 18, abr./jun., Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 52

³⁸ Idem.

Em segundo lugar, utilizar a indenização pelo dano configurado como forma de evitar outros danos se demonstra incoerente e insuficiente, pois o que se necessita, o que se clama, é a não configuração do dano em primeiro lugar.

Portanto, a responsabilidade civil preventiva não é idealmente operacionalizada dessa forma, embora, a função punitivo-pedagógica poderia ser mais efetiva através da multa-civil a qual, conforme se verá, é capaz de estimular condutas preventivas *a priori* ao dano.

3.2 – Definições e pressupostos da responsabilidade civil preventiva.

A responsabilidade civil preventiva pode ser definida a partir dos princípios da prevenção e da precaução que, conforme já afirmado, são frutos da pós-modernidade e possuem ramificações em diversas áreas do ordenamento jurídico. Há que se destacar, novamente, que a esta responsabilidade está direcionada à tutela de bens e direitos fundamentais.

Por sua vez, os princípios da prevenção e da precaução impõem deveres fundamentais a serem respeitados pelos particulares como forma de consecução da responsabilidade civil preventiva numa sociedade marcada pelo risco e pelo medo.

Nesse contexto, é possível delimitar o art. 12 do Código Civil como uma cláusula geral da responsabilidade civil preventiva pelo que a mera ameaça a direito da personalidade gera direito subjetivo em provocar os meios cabíveis, sobretudo o Judiciário, para evitar a consecução do dano.³⁹

Keila Pacheco, com didática que lhe é própria, leciona que o dano neste âmbito pode ser entendido como: a) o risco que não pode se tolerar; b) o vilipêndio da paz e causador da ansiedade desnecessária na vítima; e c) como despesa de prevenção.⁴⁰

Em outras palavras, a aferição do dano no contexto da responsabilidade civil preventiva é feita numa perspectiva prévia ao dano que se quer evitar. Ou seja, a atividade é danosa, por exemplo, ao sossego e a paz da vítima, pois tem o condão de gerar um efeito posterior não querido ou não desejável: o dano que se deve evitar.

É por isso que a mera perturbação ao sossego e a paz da vítima, pelo que se depreendem da iminência do dano irreparável, já gera o direito de pleitear tutela protetiva capaz de mitigar os riscos criados ou aumentados.

³⁹ FERREIRA, Keila Pacheco, op. cit., p. 05

⁴⁰ Idem

Posteriormente, a brilhante autora traça duas definições, de acordo com o escopo de análise, ao definir os pressupostos da responsabilidade civil preventiva a partir do princípio da prevenção e da precaução:

Os pressupostos da Responsabilidade Civil Preventiva pelo princípio da prevenção são: a) ameaça de lesão ou lesão de execução continuada (fator conhecido pela vítima); b) nexó de causalidade a partir de ação direta ou imediata ou de presunção de liame; c) resultado dano provável no futuro com a eventualidade de danos de turbação, danos de ansiedade e despesas de prevenção. [...]

A seu turno, os pressupostos da Responsabilidade Civil Preventiva, pelo princípio da precaução, são: a) produto ou atividade geradora de incerteza científica; b) nexó causal presumido; c) riscos intoleráveis a direitos difusos ou à equidade intergeracional.⁴¹

No primeiro caso, a responsabilidade preventiva repousa nos mecanismos capazes de evitar a configuração do dano indesejado ou da mitigação dos que já estão em desenvolvimento. Por outro, lado a função reparatória não deixa de tomar parte caso da prevenção seja mal sucedida. No segundo caso, a responsabilidade civil preventiva se dará no intuito de evitar riscos de grande repercussão tanto à coletividade quanto ao indivíduo.

Em que pese a aparente rigidez e a possível alegação de que a responsabilidade civil preventiva seria capaz e engessar o desenvolvimento humano, cabe ressaltar que toda atividade neste contexto deve ser ponderada à luz da necessidade natural do desenvolvimento social, humano e tecnológico, pautando-se sobremaneira pelo princípio da proporcionalidade que balizará as tutelas evitando eventuais excessos.

Das definições acima propostas, percebe-se um caminhar natural a uma responsabilidade civil prospectiva, ou seja, que busca ver adiante prevenindo os danos que são passíveis de ocorrência a partir das lesões às esferas do sossego e da paz da vítima.

Nota-se, também, a diferença que se pleiteia demonstrar entre a responsabilidade civil preventiva e a função preventiva de papel, muitas vezes, secundário à função reparatória.

Há, neste âmbito, a ponderação estabelecida por Catherine Thibierge que analisa o tema sob o escopo das necessidades de conceituação dos institutos dentro do Direito, trazendo à tona a demanda pela reestruturação conceitual da responsabilidade civil diante da imposição de se proteger interesses coletivos.

⁴¹ FERREIRA, Keila Pacheco, op. cit., p. 13

A autora afirma que essa necessidade impõe a construção de uma responsabilidade que extrapola os limites de uma qualificação meramente penal, civil ou administrativa. Trataria-se de uma *responsabilidade jurídica* que não estaria limitada por fronteira temporais ou espaciais e que estaria voltada para o futuro, a partir de instrumentos preventivos⁴².

Alguns autores perceberam, desde o fim do século passado, a emergência de um terceiro tempo da responsabilidade: de uma responsabilidade sancionatória, fundada sobre a imputação de uma culpa e centralizada sobre o autor e seu comportamento danoso, dominante no século XIX, repassada – mas não substituída – por uma responsabilidade-indenização, fundada sobre o risco e centralizada sobre a vítima e sobre o dano sofrido, que marcou o século XX, estaria em vias de suceder – certamente sem substituir às duas precedentes –, uma responsabilidade-antecipação, fundada sobre a prevenção dos riscos mais graves e sobre a preservação dos interesses ambientais e bioéticos, e centralizada sobre as gerações atuais e futuras e, mais genericamente, sobre a vida. A questão de saber se nós possuímos juridicamente a capacidade de responder aos desafios atuais relacionados aos interesses essenciais da humanidade, elaborando uma responsabilidade jurídica do futuro, trata-se de questão de pura técnica. A imaginação dos juristas e as evoluções do direito da responsabilidade ao longo da história em geral e do período contemporâneo em particular, predignosticam sua capacidade de evolução e de responder às novas necessidades da sociedade tecnológica. Teremos politicamente, coletivamente, a vontade de fazê-lo? Tal questão, por mais que diga respeito à toda a coletividade humana e transpasse a esfera nacional, pode começar a encontrar resposta nessa escala.⁴³

Não obstante, verifica-se a responsabilidade civil preventiva construída sobre os seguintes conceitos: conduta ilícita que, através de um liame causal, gera dano o qual é entendido sob a perspectiva do risco criado de geração de um dano indesejado e irreparável.

O primeiro pressuposto, a conduta ilícita, merece ser definida com mais cautela pelo que geralmente está associada ao conceito de culpabilidade. Isto é, a construção de uma responsabilidade civil eminentemente punitiva/reparatória fez com que a idéia de ilicitude fosse entendida sob a perspectiva de um comportamento intencional (culpável) do agente. Tal postura é reproduzida pelo art. 186 do Código Civil que estabelece mistura os conceitos de ilicitude e culpabilidade na definição do ato ilícito.

Entretanto, para a análise de uma responsabilidade civil preventiva, se faz necessária a revisão deste conceito, que vale citar iniciou-se com a ampliação dos

⁴² VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato, op. cit., p. 152

⁴³ THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la responsabilité, responsabilité d'avenir*, Recueil alloz. Chronique, Paris, n. 9, mars, 2004, p. 21-22

sistemas objetivos de responsabilidade civil⁴⁴, no intuito de dissociar a ilicitude da culpabilidade.

San Tiago Dantas afirma que: “O ilícito é a transgressão de um dever jurídico. Não há definição mais satisfatória para o ilícito civil.”⁴⁵. Neste sentido, é possível se estabelecer uma divisão de acordo com o escopo que se observa seja objetivo seja subjetivo, respectivamente: a) ilicitude *lato sensu*, que é a conduta que fere o Direito; e b) ilicitude *strictu sensu*, pela qual a ilicitude é definida como a conduta intencional (culposa ou dolosa) do agente imputável.

Segundo Sergio Cavalieri:

“a ilicitude possui um duplo aspecto: no seu aspecto objetivo, leva-se em conta a conduta contrária à norma jurídica, negando os valores e os fins da ordem jurídica; e no seu aspecto subjetivo, a conduta decorre da vontade do agente, isto é, quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposos.”⁴⁶

A partir do exposto, percebe-se uma maior adequação conceitual de ilicitude sob a perspectiva objetiva, ou seja, de conduta que transgredir o Direito, quando se trata de responsabilidade civil preventiva. Isso porque o instituto está essencialmente ligado a condutas que criam e ampliam um risco desnecessário sobre o bem jurídico essencial e, portanto, o conceito de ilícito não pode estar restrito a uma conduta culposa do agente.

Ademais, a ilicitude pode também estar associada ao conceito de dano, na perspectiva clássica, pois o paradigma patrimonialista reproduz a ideia de que a responsabilidade civil seria implementada para inibir condutas ilícitas que gerem danos ao patrimônio alheio. Este dano seria mensurável em pecúnia permitindo a posterior indenização.

Vivendo a “lógica proprietária” e o patrimônio constituindo a categoria central do direito civil clássico, a doutrina elaborou a Teoria dos Atos Ilícitos em obediência à tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual: assim se estabeleceu a distinção entre o ilícito contratual, ou relativo, e o ilícito extracontratual (absoluto), sintetizado, este último, na expressão *neminem laedere* – ambas as noções sendo construídas a partir da noção de dano e de responsabilidade (contratual e extracontratual) patrimonial⁴⁷

⁴⁴ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato, op. cit., p.167

⁴⁵ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978, p. 345.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas eruptivas em torno do art. 187*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoesacerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 20/04/2017.

Tal orientação permite subsumir que a inibição do ilícito pela responsabilidade civil só seria possível quando as consequências da conduta fossem de ordem patrimonial e, por conseguinte, não seria possível quando as implicações fossem de cunho extrapatrimonial.

No entanto, há que se destacar, novamente, que o dano é o que se espera ser evitado quando se fala de prevenção, bem como, este âmbito trata mais de questões extrapatrimoniais (pelo que juridicamente são direitos e garantias fundamentais) do que patrimoniais.

A partir disso, é possível citar a mudança doutrinária que, separando os conceitos de ilícito e dano, constrói a técnica da tutela inibitória (originariamente italiana⁴⁸), prevenção por excelência, que visa a remoção da conduta ilícita per si, independentemente da produção do dano.

Reduzir a atuação jurídica aos casos em que já e produziu o dano é desvirtuar o sentido da própria ciência, pois é notavelmente mais correto se valer dos mecanismos que evitam o próprio resultado nefasto, inibindo a própria conduta ilícita que por si só já é a transgressão do Direito (sentido objetivo).

Contudo, o incorreto não é só ligar o ilícito à indenização pecuniária, mas associar o ilícito com o fato danoso, ainda que ele seja suscetível de ressarcimento na forma específica. A associação de ilícito e dano deriva da suposição de que a violação do direito somente pode exigir do processo civil tutela contra o dano – na forma específica ou pelo equivalente monetário-, mas jamais uma tutela voltada a remover o ilícito (independentemente de ele ter provocado dano). Ou ainda: tal associação se funda na falsa premissa de que o processo civil não pode impedir a violação de um direito sem se importar com a probabilidade de dano. Frise-se que inibir a violação não é o mesmo que inibir o dano. Além disso, do ponto de vista probatório, é muito mais fácil caracterizar o ilícito ou sua ameaça do que precisar o dano ou sua probabilidade”.⁴⁹

Dessa forma, a conceituação dos elementos que compõe a responsabilidade civil sofre a “atualização” doutrinária e principiológica para adequar-se à mudança dos tempos aqui caracterizada pela absorção dos elementos de prevenção pelo ordenamento jurídico.

⁴⁸ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 33 e segs apud VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato, op. cit., p. 234

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159

3.3 – A responsabilidade civil preventiva contratual

A academia costuma ensinar seus pupilos a clássica diferenciação entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, esta última comumente denominada responsabilidade *aquiliana*, em que pese o alerta de HIRONAKA ao afirmar que a responsabilidade atual não se confunde com a contida na *Lex Aquilia de Damno*.⁵⁰

Didaticamente, Carlos Roberto Gonçalves define:

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. [...]

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.⁵¹

No que tange à reponsabilidade contratual, é possível se notar que o vínculo travado entre as partes é submetido a deveres principiológicos e normativos com o objetivo de proteger a incolumidade dos atores. Em especial, neste aspecto a boa-fé se insere como princípio reitor soberano e se adequa, perfeitamente, à proposta de um comportamento preventivo das partes.

Neste sentido, é importante citar que o Código Civil estabelece, em seu art. 422 que, “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”⁵² A partir disso, a boa-fé e seus deveres laterais carecem de serem observados em toda a existência do contrato, desde sua concepção até a sua conclusão e, inclusive, posteriormente ao findar do vínculo.

A cooperação, lealdade, informação, esclarecimento são exemplos do que necessita estar presente na relação contratual, mas sobretudo, os deveres de proteção e cuidado dão as nuances da prevenção neste âmbito, reclamando tutela caso não sejam observados.

⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005, p. 30

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43

⁵² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25/02/ 2017

O dever de cuidado e proteção, além de imporem condutas positivas das partes na consecução do contrato, também pedem por tutela antes mesmo da consolidação do dano caso sejam violadas, pois existem desde o nascimento da relação contratual.

Ademais, para os fins do estudo aqui proposto que está intimamente ligado com a proteção consumerista, uma vez que, a relação entre o paciente e o hospital se adequam à regulação do Código de Defesa do Consumidor, cabe citar o notável art.51 do diploma que estabelece diversos direitos entre eles:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; [...]⁵³

Por suposto, os contratos de consumo têm evidente aversão a cláusulas ou práticas que colocam em perigo direitos básicos das partes. Ainda mais, quando se trata de relação entre o hospital e o paciente, na qual está em jogo direitos fundamentais à vida e à saúde, intimamente ligados à dignidade da pessoa humana fundamento da República Brasileira (art. 1º da Constituição da República).

Portanto, a boa-fé ganha contornos mais importantes nas relações de consumo impondo deveres de proteção, cuidado e, por conseguinte, prevenção às partes que travam a relação.

3.3- A responsabilidade civil preventiva extracontratual

Mesmo no campo da ética ou da moral, a ideia de um dever de não ferir o próximo parece estar disseminado na sociedade. Em que pese as cotidianas violências, o senso comum entende que a “normalidade” reside na preservação da incolumidade de todos, de forma com que os desvios que acontecem ainda rechaçados como imorais pelos indivíduos ainda que aconteçam com maior frequência nos dias atuais.

⁵³ BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 maio 2017.

O dever se torna jurídico através do princípio do *neminem laedere* que impõe a todos a obrigação de não se causar prejuízos a ninguém. De origem, romana o princípio parece nascer de um Direito Natural, conforme afirma DONINNI:

O preceito *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (“a ninguém ofender”, “não lesar a outrem”) demonstra, com clareza, a filosofia de Epicuro, que considera o resultado de um compromisso de utilidade, com o escopo de os homens não se prejudicarem uns aos outros. Trata-se de uma regra de direito natural. Enquanto os estoicos determinavam como regra de vida a observância à razão e à natureza, assim como à virtude, o Epicurismo propõe a felicidade, no sentido de bem-estar individual e coletivo⁵⁴

A responsabilidade civil preventiva extracontratual, conforme definição anteriormente trazida por Carlos Roberto Gonçalves, decorre desse dever acarretando na obrigação de não causar danos a outros mesmo que não haja uma relação contratual prévia entre as partes.

Por conseguinte, diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio absorvem o ideário e regulam, de forma concreta, a aplicabilidade deste princípio para a sociedade. Notavelmente, o Código Civil, em seu art. 186, define o ato ilícito como: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

Além disso, o art. 187 do mesmo diploma estabelece o ato ilícito com base no abuso de direito caracterizado pela ultrapassagem dos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Porém, de acordo com o supracitado, também os instrumentos de responsabilidade extracontratual absorvem (ou devem absorver) a prevenção diante do quadro delineado de insuficiência dos viés meramente repressivo para tutela adequada dos direitos fundamentais da atualidade.

Em que pese as nuances preventivas que já foram “absorvidas”, especificamente a “função punitivo-preventiva” que acarreta na majoração do quantum indenizatório com o objetivo de prevenir futuras condutas, é necessário no âmbito da responsabilidade civil extracontratual a sua refundamentação com base na prevenção, conforme leciona Thais Gouveia:

⁵⁴ DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: DONNINI, Rogério & NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana, p. 486-487

O que se pretende demonstrar presentemente ultrapassa a mera e atualmente notória constatação da assunção de uma *função* preventiva da responsabilidade civil. Sustenta-se a necessidade de uma possível sistematização da prevenção no campo da responsabilidade civil, o que só nos parece viável a partir do reconhecimento de que, muito mais do que funcionalizar o instituto, a prevenção na verdade o refundamenta, legitimando-o no contexto da sociedade atual⁵⁵.

Novamente, a boa-fé estabelece uma baliza para o entendimento da atuação positiva dos indivíduos na sociedade que, aliado ao arcabouço suscitado anteriormente, indicam que a responsabilidade civil preventiva é existente e exigível. E, por fim, associado ao dever de não causar dano, compõe pauta comportamental preventiva a ser respeitada pelos indivíduos

4 - APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA NO CONTEXTO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS POR HOSPITAIS PARTICULARES

Em consonância com as ponderações anteriormente suscitadas, é preciso agora se deter na aplicabilidade dos mecanismos preventivos provenientes da responsabilidade civil capazes de tutelar os direitos fundamentais envolvidos na relação de consumo entre o paciente e o hospital particular.

Pois bem, a princípio, a aplicabilidade da proteção consumerista neste âmbito salta aos olhos. O Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo a delimitação conceitual para sua incidência ao definir que é consumidor aqueles que utilizam produtos ou serviços como destinatários finais (art. 2º) e que é fornecedor é a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Assim, o paciente que utiliza o serviço fornecido por um nosocômio está protegido pelas normas de direito do consumidor e, por estar sob a égide do diploma, é considerado vulnerável. Tal vulnerabilidade é reconhecida pelo próprio Código Consumerista (art. 4º inciso I) e decorre de duas premissas: de ordem técnica, pelo que o fornecedor tem o controle sobre o produto no que tange as informações relativas a ele,

⁵⁵ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato, op. cit., p. 178

seu controle, entre outros; e de ordem prática, pelo que não raro o fornecedor detém capacidade econômica superior ao consumidor.⁵⁶

A vulnerabilidade se torna hipervulnerabilidade no caso em estudo, ou seja, na relação entre pacientes e hospitais, diante da excepcional situação fática em que aquele se encontra perante este. Neste sentido:

[...] a consolidação da noção de vulnerabilidade agravada, que o Código já mencionava nos arts. 37 §2º (crianças), e 39, IV (“fraqueza [...] tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social), agora sob a denominação única de hipervulnerabilidade, consolidada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “os hipervulneráveis [...] são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados. Mais sofrem com massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. [...] Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.”⁵⁷

Ainda em virtude da aplicação do CDC para o limite conceitual proposto por este trabalho, é importante ressaltar que a defesa do consumidor é de cunho constitucional, sendo baliza, inclusive, para o regimento da ordem econômica (art. 170 inciso V da Constituição Federal). Ou seja, aqueles que exercem a atividade econômica devem pautar sua atuação pela a proteção da incolumidade (saúde e vida) do consumidor.

Doutra feita, é importante notar que a relação jurídica estabelecida entre o paciente e o hospital goza de peculiaridades, em virtude da importância dos bens jurídicos em jogo.

Neste sentido, conforme já exposto anteriormente, os direitos fundamentais tomam novo espaço na atualidade ao se construírem a partir da proteção da pessoa humana que é o centro do ordenamento jurídico. Dessa forma, a eficácia dos direitos fundamentais, não só no âmbito público, no qual se fala, inclusive, de um dever estatal de proteção da pessoa contra si mesma, tem ramificações no âmbito privado ao reger as relações com base no conteúdo indisponível dos direitos cujo núcleo é a dignidade humana.⁵⁸

⁵⁶BATISTA, Germano de Sordi . *A vulnerabilidade do consumidor e a inversão do ônus da prova no CDC*. 2004. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4787,41046-A+vulnerabilidade+do+consumidor+e+a+inversao+do+onus+da+prova+no+CDC>>. Acesso em: 19 mar. 2017

⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima . **Contratos no Condigo de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 360

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas*. In A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos específicos, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel

Trata-se do mínimo existencial a ser considerado na relação contratual que diz respeito às necessidades básicas de uma vida digna, o qual, por sua essencialidade, gera um dever proteção e respeito por parte dos indivíduos⁵⁹. Consequentemente, o dever de prevenção também pode ter base aqui.

Por suposto, com clareza solar, Teresa Negreiros explica:

Os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma.⁶⁰

Dessa forma, diante do paradigma da essencialidade, o Estado, através dos mecanismos que lhe são próprios, tem o dever de tutelar as relações em voga. Isso pois, há que se reafirmar os bens jurídicos em questão nas relações entre paciente e hospital: vida e saúde. Além disso, o particular deve balizar sua conduta a partir da necessidade de se proteger os bens jurídicos em questão.

Tais bens, de salutar importância, estão intimamente ligados pelo que sem saúde não há vida e, sobretudo, não há vida digna. Outrossim, aquele que busca o serviço de um hospital quer salvaguardar ou um ou outro.

Isto posto, a essencialidade dos direitos à saúde e à vida em um contrato de prestação de serviços hospitalares é patente e, sobretudo, requerem uma proteção preventiva já que, caso haja danos aos bens em voga, a indenização pecuniária resta insuficiente.

Diante do exposto, como indenizar ou compensar alguém que, ao utilizar o serviço hospitalar, adquiri uma infecção porque o hospital não possui medidas adequadas de higiene e esterilização de equipamentos? Ou como indenizar/compensar uma família que perde seu parente neonato por ausência de médico apto a tratá-lo em uma emergência? Ainda, como quantificar danos causados pela inobservância de regras básicas emitidas pelas Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pelo Ministério da Saúde ou outros órgãos competentes, que submetem o paciente a riscos desnecessários podendo, inclusive, agravar seu já frágil quadro clínico?

Sarmento (coord), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 353 apud MARTINS, Fernando Rodrigues . *Princípio da justiça contratual*, p. 228

⁵⁹ *Idem*

⁶⁰ Teresa Negreiros, Teoria dos contratos: novos paradigmas, p.453 apud MARTINS, Fernando Rodrigues . *Princípio da justiça contratual*, p.228

Seria possível citar a solução dada, por exemplo, pelo Código Civil que quantifica a indenização a partir da extensão do dano (art. 944), bem como, estabelece que:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Ou se poderia invocar a solução dada pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece extensa responsabilidade objetiva pelos danos causados no oferecimento de produtos e serviços no mercado, bem como, impõe a reexecução dos serviços sem custo adicional (art. 20 inciso I), a restituição da quantia dispendida sem prejuízo de perdas e danos (art. 20 inciso II) ou o abatimento proporcional do preço (art. 20 inciso III).

Tais soluções não prezam pela tutela dos direitos indisponíveis em jogo e, inclusive, configuram-se extremamente insatisfatórias para as vítimas dos supracitados danos. Além disso, quebra a legítima confiança depositada tanto no prestador do serviço (hospital/médico) que detém a superioridade do conhecimento técnico sobre o paciente, bem como, nos órgãos públicos que, como visto, tem o dever de tutelar os direitos essenciais.

O dano aqui se mostra demasiadamente nefasto, com implicações incontáveis (o estio familiar que morre deixando a prole sem auxílio financeiro, a incapacidade laboral permanente que impede a importante participação social do trabalhador) e, por isso, deve sobretudo ser evitado.

Assim, com base na relação jurídica travada entre o paciente e o hospital, a responsabilidade civil preventiva se consolida e se constrói a partir dos princípios protetivos de precaução e prevenção, boa-fé e deveres anexos, que permeiam o contrato estabelecido.

Não obstante, é notável que o nosocômio particular oferece seus serviços no mercado e, por conseguinte, diversos consumidores são potenciais utilizadores do estabelecimento hospitalar. Afinal de contas, o consumidor não é senhor da sua própria

saúde e as intempéries da vida que levam o indivíduo a necessitar de cuidados médicos, em geral, são incontáveis.

Assim, o princípio do *neminem laedere* ressalta um verdadeiro dever jurídico dos fornecedores do serviço de se comportarem de forma preventiva, em virtude dos incontáveis consumidores que potencialmente podem ser tornar pacientes. Ressalta-se a expressão dever jurídico, posto que:

Se, por um lado, a responsabilidade civil repressiva constitui categoria de obrigação derivada do interesse do credor na reparação de danos sofridos, por outro a responsabilidade preventiva não deve ser encarada como obrigação propriamente dita, senão, como um verdadeiro *dever jurídico*, seja ele compreendido como instrumental, lateral ou acessório no intuito de proteger o adimplemento contratual (no campo da responsabilidade negocial), seja ele compreendido como originário, decorrente do princípio *neminem laedere* (no campo da responsabilidade extracontratual).⁶¹

Em regra, esse dever jurídico é caracterizado por disposição geral que obriga o indivíduo a praticar condutas, *in casu* preventivas, ou se abster de práticas que criem riscos desnecessários, em favor da tutela dos interesses indisponíveis dos outros, podendo ser garantido por medidas coercitivas.

A partir desta consideração, é possível identificar no Código de Defesa do Consumidor importante disposição que denota a importância deste dever jurídico. O art. 6º do diploma estabelece que é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos causados⁶².

Interessante ressaltar que o dispositivo legal traz o termo “efetiva” qualidade da efetividade, assim definido pelo dicionário Michaelis como: “[...] Capacidade de concretizar-se em efeitos reais. [...] Atividade ou existência real; realidade passível de verificação⁶³.

Portanto, não só a relação contratual entre o paciente e o hospital é capaz de denotar a responsabilidade civil preventiva. O fato de que o serviço hospitalar é oferecido no mercado e que um número incontável de consumidores potencialmente utilizará deste serviço enseja a tutela preventiva para que os possíveis danos não se consumem e se tenha a efetiva concretização de efeitos reais de prevenção, conforme supracitado.

⁶¹ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato, op. cit., p.183

⁶² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

⁶³Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=efetividade>>. Acesso 05 de abr. 2017

4.1 – A tutela inibitória como mecanismo da responsabilidade civil preventiva em hospitais particulares.

É importante denotar que a responsabilidade civil preventiva é, essencialmente, aplicada *ex ante* devido ao fim a que se propõe. Ou seja, é necessária a atuação dos órgãos competentes antes que o dano se consume e para que não se consume.

Neste diapasão, o ordenamento jurídico pátrio oferece importantes instrumentos para efetivação do ideário de prevenção, os quais são gradativamente criados conforme a notável absorção das mudanças trazidas na pós-modernidade, primordialmente, a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

A tutela inibitória é, aqui, valoroso mecanismo pois atinge a própria conduta que, contrariando o estabelecido pelo Direito, gera o risco desnecessário de dano.

A priori, insta ressaltar, conforme lições de Keila Pacheco, em que pese a mencionada ênfase na reparação dos danos, a responsabilidade civil possui antiga função orientada para a prevenção dos danos: a de cessação do ilícito. A autora, citando tese de doutorado defendida por Cyril Bloch, afirma que:

Para Cyril Bloch, a responsabilidade civil teria uma vocação geral e subsidiária de autorizar a pronúncia de medidas corretivas para restabelecer o retorno da legalidade. Menciona, ainda, que a “cessação do ilícito” é provavelmente uma das funções mais antigas conhecidas pelo direito civil, embora negligenciada pela doutrina, que deve estar presente em face de uma conduta passível de repreensão que está preste a se concretizar, ou que já se encontra em curso. Aduz que é medida elementar de bom-senso que se determine a cessação do ilícito antes mesmo de investigar sobre suas consequências ou de punir o seu autor. E defende que ao reconhecer o ato ilícito o juiz deveria orientar a sua cessação, independentemente do requerimento do lesado.⁶⁴

Tal característica permite o vislumbre dos aspectos preventivos. No entanto, a autora pondera que o direito processual clássico da ação de indenização, originado no Estado Liberal, não é construído para que se internalize referida função de cessação do ilícito já que é orientado para a quantificação do dano e, conseguinte, fixação de indenização em sentença condenatória.

⁶⁴ Renan ; ETTORE NANNI, Giovanni ; RODRIGUES MARTINS, Fernando (Org.), op. cit., p.713

Não obstante, ainda segundo Keila Pacheco, é possível se vislumbrar tutelas processuais que são voltadas a evitabilidade do dano. Aqui é necessário citar que existem três tipos de tutela referentes à responsabilidade civil.

A primeira é a clássica tutela reparatória comum nas ações indenizatórias nas quais se aplica uma sanção cominada em função da extensão do dano causado.

A segunda é denominada tutela de remoção do ilícito que age sobre a conduta ilícita praticada ou em prática como forma de evitar a produção do dano. Em outras palavras, previne-se a produção do dano retirando a conduta contrária à norma.

Em terceiro lugar, tem-se a tutela inibitória que está voltada para evitar a conduta contrária ao direito, mediante mecanismos coercitivos ou estimuladores de condutas voltadas à prevenção dos danos.

Notável a importância da tutela inibitória, em especial, no que tange à proteção de direitos fundamentais que, idealmente, não comportam tutela repressiva. No âmbito dos direitos da saúde e da vida, a proteção se vale muito deste tipo de tutela:

A tutela inibitória é a mais idónea das tutelas no domínio dos direitos da personalidade, por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso técnico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas e publicitárias, domínio em que a importância e a natureza pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcidora. Tutela inibitória cuja actuação a sanção pecuniária compulsória pode incentivar, pela pressão que exerce sobre o autor da ofensa ou da ameaça, o que atesta bem a importância, no direito moderno, esta técnica compulsória na defesa da pessoa humana.⁶⁵

Em matéria processual, a tutela inibitória possui ampla guarida com diversos dispositivos capazes de serem suscitados para a aplicação em matéria na proteção dos direitos à saúde e à vida dos consumidores que gozam dos serviços de hospitais.

O revogado Código de Processo Civil de 1973 trazia em seu bojo o art. 461, o qual prescrevia que na ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer o juiz teria a possibilidade de conceder tutela específica para garantir o resultado prático equivalente, inclusive em sede liminar, quando o fundamento fosse relevante e houvesse justificado receio de ineficácia do provimento final (§1º).

Em que pese tal artigo não ter sido reproduzido no novel Codex Processualista de 2015, há que se destacar que a norma contida no art. 84 do CDC, fiel

⁶⁵ SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 469.

reprodução do transcrito acima, continua perfeitamente vigente, podendo ser aplicada aos casos concretos.

Dessa forma, esta tutela representa importante instrumento já que a promoção de condutas positivas (obrigação de fazer) ou negativas (obrigação de não fazer) pode ser viabilizada com mais celeridade através da medida liminar que o artigo fala, quando se trata de tutelas inibitórias que visam proteger a saúde e a vida nas relações entre paciente e hospital

Isso porque, o relevante fundamento é, via de regra, demonstrado pela natureza fundamental (constitucional) dos direitos em voga, bem como, a ineficácia do provimento final é caracterizada pela a iminência de consecução de danos o que faz com que não se possa esperar pela natural demora do processo judicial brasileiro.

Neste sentido:

o fundamento substancial da tutela inibitória genérica, no direito brasileiro, reside no direito ao cumprimento específico da obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, que tem por consectário o direito à inibição do ato violador de direito, estando consagrado nos arts. 461 e 461-A do CPC, normas estas que são tanto de direito processual quanto de direito material⁶⁶

Doutra feita, o CPC/2015, em que pese não ter reproduzido o art. 461 e 461-A, trouxe em seu bojo inovador sistema de tutelas de urgência as quais podem, inclusive se concedidas em caráter antecedente (art. 303 e ss; art 305 e ss). Tais mecanismos, permitem certa celeridade nas tutelas preventivas, o que é ponto chave para que não se configure o dano não quisto.

Não obstante, é importante ressaltar que, aliado às tutelas de urgência, o CPC permite que o juiz, ao julgar ações que tenham por objeto obrigações de fazer ou de não-fazer, possa utilizar da prerrogativa do art. 497, a qual permite a concessão de tutela específica e todas as providências necessárias para assegurar a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente.

É possível perceber que os artigos estão orientados para o fim de garantir a eficácia da tutela jurisdicional a ser concedida, seja dando celeridade a sua concessão quando há patente risco, seja permitindo que o juiz conceda as medidas necessárias para que o resultado útil aconteça sem, no entanto, restringi-las a um rol taxativo. Consolidasse, assim, o ideário da eficácia dos princípios da prevenção e da precaução.

⁶⁶ SPADONI, Joaquim Felipe, op. cit., p. 47

4.2 – As multas civis como instrumento de consecução da responsabilidade civil preventiva

Em palavras simples, a responsabilidade civil preventiva deve orientar-se para inibir condutas que impõem desnecessário risco de danos aos direitos, fazê-las cessarem ou mitigar os nefastos efeitos que já estão se desenvolvendo.

Neste âmbito, como visto, a tutela inibitória cumpre importante papel em consolidar referido ideário. Porém, em vista da necessidade contemporânea em garantir a ampla tutela dos direitos fundamentais, através de medidas que realmente assegurem sua eficácia, é necessário que outros mecanismos atuem junto com a tutela inibitória para que, de fato, haja a prevenção dos danos.

Destaca-se que, na relação travada entre paciente e hospital, a abrangência dessa tutela dos direitos em jogo é, de certa forma, viabilizada pela ampla proteção dada pela Constituição e pelo prolixo sistema construído já que, além de estar regida pelas normas de proteção do consumidor, a atividade está submetida à fiscalização de órgãos como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Procons, Ministério Público, dentre outros.

Para além deste controle fiscalizatório, há que se ressaltar, ainda, o sistema de multas civis que propugna-se à otimizar, notoriamente, a responsabilidade civil preventiva para inibição de condutas que podem causar danos. Neste sentido:

Como já sustentado *supra*, o próprio processo de constitucionalização do Direito Privado parece impor uma tal transformação da responsabilidade civil, predispondo-a à implementação de mecanismos que propiciem a adequada tutelados direitos fundamentais, individuais e metaindividuais, o que certamente não é possível apenas mediante a técnica reparatória. Assim, antes de ser consideradas contrárias ao sistema sancionatório civil, ou, mesmo, paradoxais quanto à sua predisposição de “*ameçar punir ou punir para prevenir*”, as multas civis podem e devem ser compreendidas não apenas como necessárias (em determinados campos relacionados com fundadas e graves ameaças de violação de direitos fundamentais), como também mais um símbolo de uma profícua inter-relação funcional entre os sistemas de responsabilidade, imprescindível para torná-los mais eficientes. Nesse sentido, a previsão da incidência de multas civis, por si só, parece concretizar o ideal de “*prevenir para não precisar punir*”⁶⁷

Esse mecanismo apresenta certa aproximação com o sistema reparatório da responsabilidade civil mediante sanção pecuniária, porém não se confunde com esta. Trata-se de mecanismos coercitivos que incidiriam sobre a atividade, seja promovendo uma conduta positiva, seja inibindo uma conduta negativa, ou mesmo, impondo sanções

⁶⁷ VENTURI, THAIS GOUVEIA PASCOALATO, op. cit., p. 270

com características exemplares antes que o dano ocorra para coagir os outros indivíduos.

Em outras palavras, a multa civil, neste caso, não apresentaria característica de uma sanção *a posteriori*, ou seja, de indenização por um dano causado. Pelo contrário, a sanção, entendida em sentido *lato sensu*, possui notável função *a priori* (preventiva). Neste sentido:

Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de fazer, caso se trate de obrigatórios, e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuindo-lhes determinadas conseqüências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar – não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações super-rogorias).⁶⁸

Desse exposto, é possível notar uma função múltipla da multa no ordenamento jurídico pátrio, em virtude de seu conteúdo econômico⁶⁹. Funcionaliza-se, em princípio, a prevenção, uma vez que, a gravidade pecuniária é capaz de dissuadir comportamento não quistos pelo Direito. Por outro lado, a reparação viabilizada pela multa também não pode ser relegada, pois é função mais conhecida e utilizada.

Thais Gouveia alerta para a necessidade de criação de um sistema de multas civis que, aliada as tutelas inibitórias, serviriam para a consolidação da prevenção a violação de direitos fundamentais.

Em sua tese, a autora demonstra a verídica mutação que ocorre dentro do Direito Privado em função do fenômeno da constitucionalização desse ramo, alertando que as multas civis não são estranhas ao ordenamento jurídico pátrio. Podem ser citadas: a multa prevista no art. 42 do CDC que impõe o dever do fornecedor de devolver o dobro do valor cobrado indevidamente; a multa prevista no art. 12 da lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) que é utilizada para punir e prevenir condutas ímprobis; a multa prevista no art. 939 do Código Civil que incide sobre a cobrança antecipada de dívida não vencida, entre outros.⁷⁰

Diante do exposto, assevera a autora:

Assim, antes de ser consideradas contrárias ao sistema sancionatório civil, ou, mesmo, paradoxais quanto à sua predisposição de “ameaçar punir ou

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri/SP: Editora Manole. 2007, p. 14.

⁶⁹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 209.

⁷⁰ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato, op. cit., p. 271/273

punir para prevenir”, as multas civis podem e devem ser compreendidas não apenas como necessárias (em determinados campos relacionados com fundadas e graves ameaças de violação de direitos fundamentais), como também mais um símbolo de uma profícua inter-relação funcional entre os sistemas de responsabilidade, imprescindível para torná-los mais eficientes. Nesse sentido, a previsão da incidência de multas civis, por si só, parece concretizar o ideal de “*prevenir para não precisar punir*”⁷¹

A realidade de um sistema de multas civis para dissuadir violações aos direitos fundamentais possui seus méritos comprovados já que a práxis revela que as multas são importantes instrumentos para mitigar condutas indesejadas, como, por exemplo, a previsão da cláusula penal contratual que consubstancia um elemento contratual de dissuasão ao inadimplemento.

4.3. Da atuação dos órgãos de proteção do consumidor

A importância da atuação de órgãos extrajudiciais de proteção ao consumidor é ressaltada quando se sopesa que, na maioria das vezes, a necessidade de mitigação de uma conduta que potencialmente causará danos deve ser célere.

Em que pese as possibilidades que o ordenamento jurídico dá para garantir a referida celeridade, constata-se que o Judiciário continua enfrentando o desafio de oferecer tutela rápida diante da quantidade de trabalho e da falta de uma estrutura proporcional.

Dessa forma, os órgãos de proteção ao consumidor oferecem solução mais rápida para a prevenção de danos. Por procedimentos administrativos próprios, os Procons estaduais e municipais, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, o Ministério Público e demais órgãos de defesa do consumidor atuam dissuadindo as condutas potencialmente lesivas.

A atuação é ampla e viabilizada pelos instrumentos preventivos concedidos pela legislação como: multas administrativas, fiscalizações, interdições, entre outros. Neste sentido, é importante ressaltar o Decreto 2181/ 97 que regulamenta o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O decreto, já em seus primeiros artigos, atribui aos órgãos de defesa a competência de celebrar Termos de Ajustamento de Conduta ou TAC (art. 6º), mediante o qual se inibi uma conduta através de um mecanismo pacífico de solução de conflitos. Importante notar que os TACs são títulos executivos extrajudiciais quando o

⁷¹ Ibidem, p. 270

instrumento for referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal (art. 784 inciso IV do CPC/2015) e, por conseguinte, podem ser executados caso o compromitente não cumpra o acordado.

Não obstante, o Decreto 2181/97 lista algumas penalidades possíveis de serem aplicadas na hipótese de violação tanto de suas normas quanto dos dispositivos contidos no CDC. Para o âmbito do estudo aqui proposto, lista-se algumas delas:

Art. 18. A inobservância das normas contidas na Lei nº 8.078, de 1990, e das demais normas de defesa do consumidor constituirá prática infrativa e sujeitará o fornecedor às seguintes penalidades, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas: [...]

I - multa; [...]

VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;

VII - suspensão temporária de atividade; [...]

IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI - intervenção administrativa;⁷²

Além disso, na linha do que foi sustentado no capítulo anterior, o art. 22 estabelece um sistema de multas aplicadas aos fornecedores que desrespeitam deveres de prevenção. *Ipsis litteris*:

Art. 22. Será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento, e especialmente quando: [...]

IV - estabelecer obrigações consideradas iníquas ou abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]

XIII - infringir normas ambientais ou possibilitar sua violação; [...]

XV - restringir direitos ou obrigações fundamentais à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual;

XVI - onerar excessivamente o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares à espécie;⁷³

Não cabe aqui esgotar os diversos órgãos competentes para agir nesses casos. Entretanto, considerando o objeto de estudo, qual seja os serviços prestados em hospitais particulares, é importante ressaltar dois órgãos: a ANVISA e os Procons.

⁷² BRASIL. Decreto nº 2181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁷³ Idem

No que tange à ANVISA, em que pese não compor exatamente os sistema de defesa do consumidor, realiza importante papel na proteção que aqui se estuda. É interessante citar que, na lei que a institui, é possível vislumbrar a seguinte disposição: Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária: III - normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde; VII - atuar em circunstâncias especiais de risco à saúde;⁷⁴

Nota-se, novamente, que o risco à saúde é repudiado pelo ordenamento jurídico viabilizando a atuação da autarquia. Mais a frente, é possível citar outro importante dispositivo:

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: XIV - interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;⁷⁵

Aqui, destaca-se o mecanismo da interdição o qual é importantíssimo para a responsabilidade civil preventiva. Medida extremamente gravosa, seja socialmente seja economicamente, a interdição deve ser sopesada com a realidade fática que a enseja, pois a cessação do ilícito viabilizada por ela pode gerar, em contrapartida, alguns problemas.

De fato, os hospitais particulares são empresas que visam lucro e a interdição de um de seus “estabelecimentos” gera impacto econômico inquestionável que poderá levar a bancarrota a atividade econômica. Além disso, o impacto de “menos um hospital” diante do quadro gritante de superlotação dos nosocômios, inclusive os da rede privada, não pode ser esquecido, pois gera consequências a todo um Município e, em alguns casos, para toda uma região.

Por outro lado, a violação de regramentos básicos expedidos pela ANVISA fere o ideário suscitado nos capítulos anteriores, em especial, o dever de não lesionar os outros. Dessa forma, a conduta crassa e patentemente contrária ao disposto pela autarquia em seus regramentos deve ser tratada com rigidez para que os direitos em jogo, saúde e vida, não sejam danificados.

Adiante, os Procons são órgãos de fiscalização e execução de normas de proteção ao consumidor e possuem organização própria em cada Estado e Município.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 9782, de 26 de janeiro de 1999. Lei. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

Importante ressaltar que, em Minas Gerais, há o Procon Estadual vinculado ao Ministério Público.

A Resolução (Resolução PGJ nº 33, de 16 de maio de 2008) que o define estabelece suas competências e os mecanismos de atuação, em especial, a abertura de processo administrativo para apurar infrações à legislação consumerista.

Neste diapasão, a possibilidade de fiscalização *in loco* pelo Procon é de extrema importância já que permite um contato direto com as problemáticas que ocorrem dentro dos hospitais. Além disso, ressalta-se que o Procon de Minas Gerais possui formulários próprios de fiscalização os quais, mediante o despacho da Promotoria competente, pode autorizar interdições, apreensões e outras medidas para evitar a consolidação de danos.

5 – O CASO PARADIGMA: A INTERDIÇÃO DO HOSPITAL SANTA CATARINA EM UBERLÂNDIA/MG.

Ao se propor algo novo no âmbito jurídico quase sempre se encontra alguma resistência. A mudança é sempre recebida com ressalvas por parte dos pensadores e criadores de opinião. No entanto:

As mudanças sociais decorrentes da Revolução Industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionalmente repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação dos indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea, caracterizando o chamado Estado Social.⁷⁶

Assim, em que pese as oposições a responsabilidade civil preventiva, há que se firmar inquestionável que o Direito deve se “atualizar” conforme as necessidades sociais, ainda mais na égide de um Estado Social que busca o bem estar de seus administrados.

Além disso, conforme suscitado nos capítulos anteriores, a prevenção já se encontra perfeitamente internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio diante dos novos riscos que a pós-modernidade impõe ao ser humano, abundando os dispositivos que permitem uma atuação *ex ante* ao dano.

⁷⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

Percebe-se que, de um lado há a enunciação de copioso rol de direitos fundamentais e de outro há necessidade de se criar mecanismos que os garantam já que a mera enunciação não é suficiente para que haja sua concretização.

Nas palavras de BOBBIO: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”⁷⁷

Dessa forma, a responsabilidade civil preventiva exsurge como um sopro de ar fresco (*breath of fresh air*) para mitigar algumas das problemáticas suscitadas neste trabalho. Ainda mais, quando se olha para os obstáculos que existem na saúde privada, na qual, muitas vezes, a ganância do mercado se sobrepõe aos direitos fundamentais à vida e à saúde, fazendo com que a necessidade de prevenção de danos se consubstancie como essencial.

A atividade de hospitais particulares de fornecimento de serviços aos consumidores é muito influenciada pela perspectiva mercadológica, afinal de contas, a atividade é privada e busca primordialmente o lucro. No entanto, apesar do legítimo objetivo de se granjear o lucro, não se pode olvidar a essencialidade dos bens que são afetados em caso de má conduta por parte dos administradores do nosocômio.

Dessa forma, para dar liga e consolidar tudo o que foi dito anteriormente sobre a responsabilidade civil preventiva, há que se descrever um caso emblemático ocorrido no Município de Uberlândia sobre a interdição do Hospital Santa Catarina.

A intervenção, que envolveu o órgão municipal de vigilância sanitária e o Procon Estadual de Minas Gerais, originou-se de auto de infração protocolada por aquele no qual se constatou sérias violações as normas sanitárias.

Verificou-se que o nosocômio não possuía documentação necessária para atividade, bem como, violava regras de biossegurança como: ausência de escala médica para as Unidades de Terapia Intensiva (UTI), inexistência de equipamentos necessários como gerador de marcapasso externo em algumas UTIs, entre outras problemáticas.

O órgão da Vigilância Sanitária Municipal também constatou violações as disposições da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 07/2010, emitida pela ANVISA, que regula os pressupostos mínimos das Unidades de Terapia Intensiva, a saber:

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

Art. 14 Além do disposto no Artigo 13 desta RDC, deve ser designada uma equipe multiprofissional, legalmente habilitada, a qual deve ser dimensionada, quantitativa e qualitativamente, de acordo com o perfil assistencial, a demanda da unidade e legislação vigente, contendo, para atuação exclusiva na unidade, no mínimo, os seguintes profissionais:

I - Médico diarista/rotineiro: 01 (um) para cada 10 (dez) leitos ou fração, nos turnos matutino e vespertino, com título de especialista em Medicina Intensiva para atuação em UTI Adulto; habilitação em Medicina Intensiva Pediátrica para atuação em UTI Pediátrica; título de especialista em Pediatria com área de atuação em Neonatologia para atuação em UTI Neonatal [...]

Art. 18 Devem ser garantidos, por meios próprios ou terceirizados, os seguintes serviços à beira do leito: [...]

XXIII - serviço de laboratório clínico, incluindo microbiologia e hemogasometria; [...]

A partir disso, foi instaurado também Procedimento Administrativo junto ao Procon estadual, no qual foram confirmadas as infrações transcritas nos autos municipais, bem como, foram constatados a ausência de serviços de pronto-socorro e não fornecimento de exames de imagem.

Assim, foi determinada a interdição do Hospital Santa Catarina para que não houvesse a admissão de novos pacientes, encaminhando os que já estavam internados para nosocômios alternativos.

Percebe-se a necessidade de cessação do ilícito concretizado pela patente violação das normas sanitárias vigentes. O risco aos pacientes era claro já que faltava os requisitos mínimos para o serviço.

Assim, a responsabilidade civil preventiva *in casu* se consubstanciou na imposição da cessação da atividade que importava em risco incalculável a população, mediante a interdição do estabelecimento, o que preservou a vida de muitos consumidores a época.

Para fins de debate, não se pode olvidar a seguinte situação: o Hospital Santa Catarina era o único nosocômio conveniado à assistência médica-hospitalar oferecida pelo Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais (IPSEMG) no Município de Uberlândia. Com a interdição, milhares de servidores estaduais ficaram sem a assistência apesar de terem descontados mensalmente de suas folhas de pagamento o valor correspondente ao custeio do serviço.

A questão acima transcrita deságua na ponderação de valores. A princípio, tem-se a violação dos direitos fundamentais à saúde e vida consubstanciada pela criação de risco desnecessário pela administração do nosocômio a toda população uberlandense e, por outro lado, o problema criado pela interdição no que tange à ausência de hospitais para atender os beneficiários do IPSEMG.

A questão é difícil de resposta, entretanto, parece que a urgência trazida pelo conduta contrária as normas sanitárias e básicas de atendimento importa em se priorizar a solução que primeiro a trate para que os danos, patentes e não hipotéticos, não se consubstanciem, inclusive, para aqueles que utilizam da assistência fornecida pelo IPSEMG.

O caso do Hospital Santa Catarina em Uberlândia/MG permite a percepção do ideário a ser concretizado pela responsabilidade civil preventiva: não se pode aguardar que os danos aconteçam para que o Direito ofereça resposta para a conduta que o contraria.

Não se pode negar a importância da materialização dos princípios prevenção e da precaução demonstrada no caso concreto já que os danos que poderiam ocorrer na saúde e na vida dos que utilizavam o Hospital Santa Catarina não poderiam ser remediados a partir de um quantum indenizatório.

Assim, a interdição realizada buscou preservar a incolumidade dos consumidores veiculando o ideário que aqui se defende: a prevenção e a precaução, nos dias atuais, deve ser garantida de forma ampla diante dos “novos danos” da pós-modernidade.

6 – CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos e científicos trazem enormes benefícios e facilitam a sobrevivência humana no planeta. Inovações científicas criam produtos e serviços capazes de remediar necessidades básicas do ser humano de forma otimizada e célere.

Novos medicamentos, equipamentos, tecnologias são, na atualidade, indispensáveis para existência e manutenção da vida humana no planeta criando uma relação quase simbiótica entre o homem e a tecnologia.

Tal quadro reflete a pós-modernidade na qual a humanidade atinge um novo passo na sua evolução. Entretanto, há um custo para tamanho avanço que geralmente é cobrado dos mais vulneráveis na sociedade.

Ao mesmo tempo em que o progresso humano traz relativo conforto com os seus aparatos avançados, é notável que novas problemáticas são trazidas à tona pela atividade humana cada vez mais audaciosa. Em resumo, é criada uma sociedade na qual o risco faz parte do cotidiano das pessoas.

Não que nas sociedades antigas o risco não existia. Porém, atualmente, verifica-se a existência de novos riscos provenientes deste novo paradigma tecnológico, no qual os danos possíveis são capazes de atingir um número incalculável de pessoas mais rapidamente.

Esses riscos estão por toda parte: na Internet, na economia, nos alimentos, nos medicamentos e nas mais variadas formas de interação humana na contemporaneidade⁷⁸. Consolida-se o brocardo cunhado por Lucien Febvre: *peur toujours, peur partout*⁷⁹.

De fato, o medo está presente na sociedade todos os dias e em toda parte, na suas mais variadas formas, e geram o anseio por solução, por uma resposta apta a mitigar as nefastas consequências dos riscos.

Neste quadro, o Direito como ciência jurídica que visa reger as relações sociais organiza instrumentos capazes de tratar destes problemas⁸⁰ e, por conseguinte, os reflexos no direito da responsabilidade civil são profundos.

⁷⁸ LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 15

⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Tradução de Carlos Alverto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 8 apud LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 22

⁸⁰ ANCONA, Teresa, op. cit, p.15

A responsabilidade civil, na sua forma clássica, é entendida como um direito de danos e se estrutura a partir da repressão e reparação da lesão aos bens configurada. Em outras palavras, a responsabilidade civil se insere como o instrumento do qual a vítima de um dano se vale para obter seu ressarcimento.

A tutela viabilizada por essa concepção é pautada por um ideário quase matemático de retorno ao *status quo ante*, ou seja, a indenização do qual faz jus a vítima deve proporcionar a restauração do equilíbrio afetado pelo dano para que a parte volte ao estado que estava antes da conduta lesiva do agressor.

O referido conceito claramente foi cunhado sob a égide de um Estado Liberal que pautava suas instituições a partir da proteção do patrimônio entendido na sua forma mais restrita.

Ocorre que, esta concepção já passou por diversas alterações ao longo dos anos. Desde que foi originariamente estabelecida, a responsabilidade civil passou de um aspecto mais subjetivo (pautado na culpa do agressor) para um aspecto mais objetivo (pautado na teoria do risco).

Já foi reconhecida notadamente diversas outras funções dentro instituto para além de função clássica de compensação de danos, a saber: a) função sancionadora, ou seja, de punir o causador do dano; b) função de adjudicação ou demarcatória, a qual serve para a repartição dos prejuízos por critérios jurídicos ou econômicos; c) função reparatória, que proporcionaria a vítima a possibilidade de superar o dano que sofreu mediante uma compensação e; d) função preventiva, orientada para mecanismos que evitem a consecução do dano⁸¹.

Em que pese essas modificações, ainda a responsabilidade civil é primordialmente tratada sob seu esboço reparatório e, em virtude dos “novos danos” trazidos pela pós-contemporaneidade, essa forma tradicional de resposta do Direito não parece acudir as necessidades sociais.

Isso pois os danos causados aos direitos fundamentais, essenciais e indisponíveis não apresentam conteúdo patrimonial e, por vezes, são impossíveis de serem reparados. É o caso do dano à saúde e à vida causado no âmbito do fornecimento de serviços hospitalares.

Nem mesmo, o reconhecimento da função preventiva da responsabilidade civil é capaz de trazer resposta satisfatória para problemática, pois ela é relegada a uma

⁸¹ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. op. cit, p. 110

função secundária e, geralmente, utilizada apenas para agravamento do quantum indenizatório de um dano já ocorrido visando dissuadir futuros outros.

Como reparar uma família que perde seu ente querido pela ausência de requisitos mínimos para o fornecimento de um serviço hospitalar? Ou como fixar um quantum indenizatório para alguém que adquire sequelas irreparáveis em virtude da ausência de atendimento correto?

A resposta para estas indagações escapam do escopo da responsabilidade civil reparatória e clamam por uma solução que preza pela antecipação ao dano e mitigação das condutas que o causam.

Nesse diapasão, exsurge a necessidade de refundamentação e reestruturação da responsabilidade civil, agora sob um viés preventivo, para que a instituição jurídica ofereça um retorno adequado para o anseio social.

Por isso, a prevenção e a precaução assumem na atualidade papel central como princípios regradores desta “nova” responsabilidade civil. A precaução teve origem no Direito Ambiental, na década de 70, e consagrou-se como princípio da Declaração do Rio de Janeiro em 1992 (Eco-92)

Em resumo, o princípio da precaução estabelece a ideia de que qualquer incerteza deve ser acompanhada de uma medida de salvaguarda, ou seja, por mais remoto que seja a mera cogitação do risco enseja a adoção de condutas que o mitiguem ou diminuam o dano potencial⁸². Portanto, o princípio da precaução está voltado ao evitamento de danos hipotéticos.

Por outro lado, o princípio da prevenção já preza por condutas que mitiguem danos cientificamente comprovados. Ou seja, trata-se da adoção de medidas que garantam a não ocorrência de um dano certo e determinado.

Tais princípios, associado a tendência pós-contemporânea de positivação de profuso rol de direitos fundamentais, trazem força para a propositura de uma responsabilidade civil preventiva.

Além disso, o ordenamento jurídico claramente parece ter internalizado os princípios, em especial, para os fins do tema aqui proposto, no Direito do Consumidor. Não poderia ser de outra forma, já que o microssistema visa proteger parcela social que goza de status de vulnerabilidade (art. 4º inciso I do CDC).

⁸² NETO, José Cretella. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio*. Rio de Janeiro: Forense 2008 apud LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 100

Ainda mais, quando os consumidores estão insertos na relação jurídica paciente-hospital, na qual é possível se verificar uma vulneração ainda maior, já que o indivíduo está fragilizado por estar doente, ou por ser idoso, ou por ser criança. Assim, a consolidação de danos é repudiada neste âmbito já que seus efeitos nefastos são, em regra, irreparáveis.

Exemplificando a referida internalização dos princípios da prevenção e da precaução, é possível se citar que o CDC dá ao consumidor como direito básico a proteção da sua vida e saúde frente aos riscos criados no fornecimento de produtos e serviços considerados nocivos (art. 6º inciso I), efetiva prevenção e reparação dos danos (art. 6º inciso VI), o acesso ao Judiciário e a órgãos administrativos com vistas a prevenção e reparação dos danos de qualquer natureza causados (art. 6º inciso VII).

Neste sentido, a responsabilidade civil preventiva pode decorrer tanto da relação contratual travada pelo paciente e o hospital quanto do viés extracontratual. Em relação ao primeiro, é possível citar que o princípio da boa-fé e seus deveres anexos é de extrema importância para balizar a conduta das partes, uma vez que, além de impor o dever de cooperação, cuidado, informação, entre outros, este princípio é aplicável em todos os momentos da relação contratual (antes, durante e depois), conforme estabelece o art.422 do Código Civil.

Assim, a boa-fé fundamenta de forma clara a prevenção e precaução em seu aspecto contratual, possibilitando tanto condutas positivas das partes para que guardem os supracitados princípios quanto a viabilidade de intervenção dos órgãos públicos quando os princípios são desrespeitados.

Por outro lado, num viés extracontratual, a prevenção e a precaução podem ser auferidas do princípio do *neminem laedere* o qual impõe que ninguém pode causar dano a outrem. Assim, mesmo não havendo relação contratual, ao fornecedor dos serviços hospitalares é imposto o dever de agir positivamente para que sua atividade não cause danos aos consumidores

Portanto, apesar da resistência de alguma parcela doutrinária, é perceptível que a responsabilidade civil preventiva já pode ser fundamentada pelo próprio ordenamento jurídico atual que preza pela proteção da pessoa humana sobretudo.

Neste sentido, conforme já exposto, podem ser citados alguns mecanismos jurídicos que consolidam o ideário de prevenção e precaução e viabilizam na prática a responsabilidade civil preventiva.

Entre eles está a tutela inibitória que, por excelência, busca mitigar condutas que imponham desnecessário risco e, por conseguinte, evitam a ocorrência do dano. A própria Constituição estabelece que não pode ser afastado do Judiciário sequer a ameaça de lesão ao direito (art. 5º inciso XXXV) e para tanto a tutela inibitória assume papel fundamental.

Associado a isso, o Código de Processo Civil atual estabelece notável rol de tutelas de urgência capazes de implementar seja a inibição da conduta seja a remoção do ilícito de forma mais célere, garantindo que o risco não desague no dano. Além disso, o próprio diploma estabelece que o juiz poderá conceder tutela específica ou tomar providências que garantam o resultado prático do processo (art. 497).

Ademais, como assevera Thais Gouveia⁸³, a criação de um sistema de multas civis para dissuadir condutas que violem direitos fundamentais pode complementar a proteção trazida pela tutela inibitória e sua implementação não deve causar estranheza já que o ordenamento jurídico admite em outras hipóteses esta sanção, como nas cláusulas penais. Por suposto, sua eficiência em dissuadir condutas não quistas está comprovada pela prática.

Por fim, no âmbito da responsabilidade civil preventiva na prática, há que se ressaltar a atuação dos órgãos de proteção do consumidor que são autorizados legalmente a agir quando há violações de normativas básicas de prevenção fazendo com que esta conduta cesse e, por conseguinte, evitando a consolidação do dano.

As resistências que existem, naturais em um processo de renovação de qualquer instituto jurídico, são mitigadas pela necessidade de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial na proposta aqui apresentada, a saúde e a vida, sem os quais a tábua constitucional se perfaz letra morta.

No caso concreto apresentado, a conduta violadora de normas sanitárias básicas impunha um risco desnecessário e repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio, ensejando a atuação dos órgãos públicos de imediato. Não se podia esperar que os danos a saúde e a vida se consolidassem para que houvesse uma resposta do Direito que se resumiria no pagamento de indenização

Portanto, na pós-contemporaneidade, era na qual o ser humano assumem papel central no Direito, a responsabilidade civil preventiva assume importante papel na consecução da proteção humana.

⁸³ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato, op. cit, p. 276

7- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Da estrutura à função*. Barueri/SP: Editora Manole. 2007.

BRASIL. Decreto nº 2181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 de fevereiro 2017.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 9782, de 26 de janeiro de 1999. **Lei**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. *Revista Direito Mackenzie* v.6, n.1, , 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.

DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110,

p. 765-817, mar 2016. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511/113092>>. Acesso em: 29 de abril 2017.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: DONNINI, Rogério & NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27102016-092601/>>. Acesso em: 29/04/2017

GOLDBERG, John C.P. The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs. *The Yale law journal*, n. 115, 2005

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GOUVEIA PASCOALATO VENTURI, T. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. 2012. 338f. Tese (Doutorado em Direito das relações sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

HERRERA, Edgardo López. La función preventiva de la responsabilidade civil y su relación con las otras funciones. *Revista de Derecho de Daños – 2: prevención del daño*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad por daños: actualización doctrinaria u jurisprudencial de los donos I a X*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC – Rio, 2006.

LÓPEZ, Angel M. Lopez y. *Prologo para Civilistas (set.1991), que fez à obra de GROSSI, Paolo. La propiedad y las propiedades*. Madrid: Editorial CIVITAS, 1992
apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOTUFO, Renan ; ETTORE NANNI, Giovanni ; RODRIGUES MARTINS, Fernando (Org.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima . *Contratos no Condigo de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord). *Diálogo das fontes : do conflito À coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues . *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitives damages e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*, n.º28, jan./mar., 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas erupturas em torno do art. 187*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoesacerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em 20 de abril 2017.

MONIER, Jean Claude. *Personne humaine et responsabilité civile. Droit et Cultures*, n.º 31, 1996-1. Paris: L’Harmattan, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de direito civil*. V. 18, abr./jun., Rio de Janeiro: Padma, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NETO, José Cretella. *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 10 ed, apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey, 2005.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense,

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas*. In *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos específicos*, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

SILVA, Ovídio Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In: _____. *Temas de direito civil* – tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 342

THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la responsabilité, responsabilité d'avenir*, Recueil alloz. Chronique, Paris, n. 9, mars, 2004.

VILLEY, Michel. *Esquisse historique sur le mot “responsable”*. Archives de Philosophie du Droit, n.22, Paris, Sirey, 1977, p. 50-52 apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: del Rey

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, 2. Ed. Paris : Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1980, p. 11-12