

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO – A ETICIDADE CONSTITUCIONAL

Mauro Nicolau Junior¹

Célia Cristina Munhoz Benedetti Nicolau²

É onde pululam as contradições

que eu prefiro andar;

Ninguém, que curioso!, em suas lições,

Ao outro concede o direito de errar.

GOETHE³

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito fundamental de acesso à educação. 3. A democracia, a cidadania e a solidariedade entre os homens na sociedade moderna. 4. Esboço histórico da Responsabilidade Civil. 5. A responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino ante a Constituição Federal e a força normativa da Jurisprudência. 6. A possibilidade jurídica de cumulação de danos morais e danos estéticos. 7. Dano à imagem. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. Introdução.

Destina-se, o presente trabalho, à participação em obra coletiva em homenagem ao Professor AGUIAR DIAS, mentor do arcabouço da responsabilidade civil no direito brasileiro, em razão de convite que muito nos honrou, feito pelo Dr. SÉRGIO COUTO.

Coube-nos a abordagem sobre o tema da responsabilidade civil dos estabelecimentos escolares e de ensino, o que será feito focando a questão sob o ponto de vista das escolas e educandários, tanto os que albergam quanto os que não albergam os alunos e estudantes.

Na hipótese de educandários que albergam, ou seja, recebem para pernoite os alunos, estar-se-á diante de hipótese de responsabilidade civil objetiva prevista e estabelecida no artigo 932, inciso IV do Código Civil Brasileiro. Da mesma forma, segundo o sistema insculpido no artigo 37 par. 6º da Constituição Federal os danos perpetrados no interior de escolas públicas devem ser indenizados segundo o regramento da responsabilidade objetiva do Estado. Já o arcabouço indenizatório das escolas particulares encontra-se no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. E, no que se refere aos danos indenizáveis será dedicada maior atenção aos danos morais e estéticos, notadamente no que repercute no direito à imagem, verificando-se como vem se posicionando a jurisprudência.

2. O direito fundamental de acesso à educação.

Antes de abordar a matéria principal do presente estudo, há que se deixar registrada a importância e fundamentalidade do acesso ao direito à educação, como a única forma de propiciar ao país a ultrapassagem de uma situação terceiromundana para, finalmente, passar a ser o país do presente e não mais o eterno país do futuro, o que há de se fundamentar nos princípios e normas constitucionais que funcionam como marcos delimitadores e paradigmáticos dos anseios mais fortes e sensíveis da sociedade.

A Constituição Federal determina uma espécie de ruptura no imaginário coletivo. Ela assinala a esperança no porvir e a possibilidade de sepultamento de um passado que incomoda, algema e angustia, no mesmo passo em que dá origem a um futuro radiante e promissor e incumbe a todos quantos atuem em consonância com as diretrizes constitucionais, notadamente aquelas destinadas à concretização dos direitos humanos, fazê-la presente e atuante, a despeito do reconhecimento de que em países de modernidade tardia, como o Brasil, há necessidade de uma Teoria da Constituição Dirigente que, nas palavras de J.J. GOMES CANOTILHO⁴, *estará morta (...) se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de por si só, operar transformações emancipatórias*, daí a responsabilidade do intérprete e aplicador do direito na concretização e efetivação dos direitos e princípios constitucionais.

Aliás, a função primordial do intérprete e hermeneuta no Direito atual é cada vez mais relevante e mesmo essencial no sentido de que interpretar seja explicar porque determinadas palavras podem fazer várias coisas, e não outras ou, nas palavras de KARL LARENZ⁵, *interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático* e, para tanto, o saber jurídico ocupa papel de relevo, pois não se restringe a um conjunto de códigos, mas tem de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo.

A própria norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, a sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade.⁶ E, complementa-se com a idéia de interpretação trazida por PETER HÄBERLE⁷, de que *não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada* e sustenta que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública, inclusive com espaço para participação das potências públicas pluralistas, concretizando-se uma *interpretação democrática*.

Sobre essa necessária participação inter e multipessoal, diz LENIO LUIZ STRECK⁸ que *o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/pensado/apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação, seu consumo, não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua holding fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(da)s, “aparecem”, como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um “lugar fundamental”. Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio KELSEN já detectara de há muito. Por isto é necessário dizer que pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do “unívoco” ou do “correto” sentido, mas sim, a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social.*

Fica-se aqui, com o primado de PAULO BONAVIDES⁹, para quem a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição do sentido do texto viciado, obscuro ou não condizente com a realidade temporal-geográfica. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. *E, se é verdade que a Modernidade não cumpriu com suas promessas emancipatórias à civilização ocidental, cumpre verificar como podemos conviver e solucionar os impasses que se apresentam no âmbito das demandas sociais emergentes, todas dizendo respeito à necessidade de concretização dos direitos assegurados pelas Cartas Políticas vigentes*¹⁰.

Invoca-se a responsabilidade de todos nós, quer na condição de profissionais ou de qualquer outra forma, de interpretar para a concluir que num Estado Democrático Constitucional de Direito, notadamente em sistemas de cláusulas abertas¹¹ como o incorporado pela Constituição e pelo Código Civil, v.g. conceitos como “pessoa”, “direito subjetivo”, “bem jurídico”, “regular funcionamento das instituições democráticas”, etc podem se modificar, alterando todo o direito sem necessidade de se modificar a lei “positiva”¹² e, desta forma, proceder à adequação de seus textos à realidade atual e histórica vivenciada pela sociedade no momento e por ocasião de sua aplicação.

É exatamente nesse contexto que JOHN RAWLS¹³ avança com a distinção entre um conceito de justiça e as diversas concepções de justiça. As regras jurídicas, afirma, *tanto podem conter preceitos bem precisos, que não requerem nenhuma interpretação especial, posto que o seu significado é sempre o mesmo, as chamadas “concepções”, que o legislador quis que perdurassem como decisões globais de sistema, como podem incorporar ainda temas vagos, referências a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das idéias do momento, os chamados “conceitos”, que reclamam dos juizes e dos tribunais uma complementação ou concretização posteriores.*

Esta abordagem, segundo LÊNIO LUIZ STRECK¹⁴, pode também ser entendida como uma Teoria da Constituinte Adequada a Países Periféricos, devendo tratar assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito (liberdade e igualdade), revelando a função essencial a ser desempenhada pelo Estado, na garantia do núcleo de modernidade tardia não cumprida e previsto no artigo 3º da Constituição Federal. Assim, conclui afirmando que sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição¹⁵ entendido no conceito de Estado, também e por óbvio o Poder Judiciário e toda a gama de pessoas responsáveis pela interpretação e aplicação das normas, fazendo da experiência e do tempo, aliados indispensáveis.

No Brasil, meninos de rua e jovens à deriva são o resultado da pobreza em que vivem suas mães, da ausência dos pais, da violência dentro e fora de casa e do total abandono do Estado a quem dele precisa. É, sim, urgente e necessário reforçar os espaços e tempos de acolhimento de crianças e jovens pelos adultos, pais e, principalmente, pelo Estado para que não tenha, quando adultos, que puni-los e privá-los da liberdade.

O que está em questão é a articulação do mundo do trabalho e de condições mínimas de vida digna, seus espaços e temporalidade, com a vida privada, aquela que só existe na intimidade do lar, aquela que ninguém vê, mas que, se não existe, sua falta é notada principalmente na formação da personalidade, cultura e educação dos filhos, a ocultação do privado, como se ele não existisse.¹⁶

Este debate inovador e, de certa forma, desafiador faz parte de uma forma diferente de pensar o Direito, não como conjunto de regras positivadas e impositivas, aplicadas pela fórmula da subsunção, mas como forma libertadora, resultante da educação continuada. Trazendo a lume as sábias palavras de LUIZ EDSON FACHIN¹⁷, cabe recordar que, *em todo campo do saber (daí a pertinência quiçá especial com a instância jurídica), há o desafio de conhecer para transformar, pois a educação que tão-só reproduz não liberta. É pertinente invocar ainda os ensinamentos de PAULO FREIRE¹⁸ para quem: a educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa.*

De forma ácida, mas, há que se reconhecer, absolutamente real e atual, o posicionamento de MARILENA CHAUI¹⁹ quando afirma que as leis, porque exprimem os privilégios dos poderosos ou a vontade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos nem de vontades e decisões públicas coletivas. *O poder Judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso “jeitinho”).*

Como se observa, a democracia, no Brasil, ainda está por ser inventada e não há, nem nunca haverá democracia, isonomia e justiça social sem o acesso pleno à educação como único caminho a ser trilhado no sentido de ver concretizados os anseios do legislador constituinte.

3. A democracia, a cidadania e a solidariedade entre os homens na sociedade moderna.

A contribuição do direito é, exatamente, propiciar, estimular e mesmo forçar o fortalecimento do regime democrático, transpondo-o da teoria à prática, fundando novos paradigmas originados na relação sincera e solidária entre as pessoas, num espaço de diálogo e interlocução dotado de respeito e que tenha na prevalência do homem e na preponderância dos direitos a ele relativos, seu valor maior.

O civismo nasce da consciência de ser chamado ao exercício de virtudes – morais, sociais e patrióticas – que caracterizam personalidades amadurecidas. Desta forma, o civismo se opõe ao aventureirismo fácil dos que – para salvar a Pátria – apregoam fórmulas mágicas, reformas arbitrárias, subversão, planos imaginosos e sonhadores sem o apoio do testemunho, da honestidade, da ausência de corrupção. (Cardeal Arcebispo D. EUSÉBIO OSCAR SCHEID. Arcebispo da Arquidiocese do Rio de Janeiro.²⁰)

NORBERTO BOBBIO²¹ asseverou que *uma das maiores virtudes da democracia é permitir-se espaço até mesmo para aqueles que nela não crêem.*

É sob essa ótica que será desenvolvido o tema em estudo, ou seja, considerando as características da democracia, dentre elas a liberdade com responsabilidade, como ponto de partida e chegada para o pleno exercício dos direitos humanos e fundamentais, notadamente o da dignidade que se constitui na possibilidade do homem dispor, pelo menos, do mínimo existencial para a plenitude da realização de sua personalidade ou, nas palavras de MIGUEL REALE *quanto mais conquista no campo da ciência, mais se habilita o homem a realizar em sua plenitude os valores da personalidade e da cidadania* como expressamente proclamado na Constituição Federal, artigo 1º – III como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A inventiva do CONDE DELLA MIRANDOLA²², centrando a reflexão acerca do homem na liberdade, retrata a sua condição específica no mundo e a sua dignidade humana, que o eleva acima de todas as criaturas narrando de forma melodiosa e poética: *Ó Adão, não te demos um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós escritas. Tu, pelo contrário, não constrangido por nenhum limite, determiná-la hás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-se no mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.*

De que dignidade se cuida, estabelecida que foi como requisito e pressuposto da democracia? Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Mas em sentido jurídico, também se entende como a distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. No Direito Canônico, indica-se o *benefício ou prerrogativa* decorrente de um cargo eclesiástico.

NICOLA ABBAGNANO²³ diz que como princípio da dignidade humana, entende-se a exigência enunciada por KANT como segunda fórmula do imperativo categórico: *Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio.* Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade: *substancialmente, registra Abbagnano, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo.* Para KANT²⁴, *tudo possui ou um preço ou uma dignidade.* Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade.

E, conclui ABBAGNANO que *na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da dignidade da pessoa humana venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros.*

A amplitude e essencialidade verificadas à dignidade da pessoa humana impedem que seja ela reduzida a uma fórmula ou conceito, se bem que redunde numa condição real que vem sendo objeto de estudos da doutrina e de documentos como a Declaração Universal da ONU (1948) que em seu artigo 1º expressa: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.*

Daí que, reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, seu âmbito de proteção, não parece ser possível, a não ser mediante a devida análise no caso concreto e, INGO WOLFGANG SARLET²⁵ reporta-se à fórmula de G. DÜRIG, em termos da Constituição Alemã, para quem a *dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa; em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.*

Em face do exposto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente ou, nas palavras de ALEXANDRE DE MORAES²⁶ *A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* de forma que a violação a qualquer prerrogativa que possa ser considerada como integrante do núcleo dos direitos fundamentais da pessoa humana redundará na configuração de hipótese de responsabilidade civil indenizatória.

Dentre os cientistas políticos, sobressaíram-se, exatamente aqueles que souberam contornar os dilemas e resolver algumas ambiguidades teóricas e que incorporaram a teoria e a luta dos direitos humanos e civis à crítica da redução dos conflitos à *contradição principal entre classe dominante e a dominada* passando a ser considerados como fundamento das relações sociais e das instituições numa sociedade democrática onde se quer inimaginável uma situação de exclusão, de dificuldade ou impossibilidade de acesso aos meios de informação educação e cultura, o que representa, talvez, a maior das violências que se pode perpetrar contra um ser humano, ignorando e relevando a último plano a mais mínima parcela de dignidade.

Os instrumentos da violência, segundo HANNAH ARENDT²⁷, seriam mudos, abdicariam do uso da linguagem que caracteriza as relações de poder, baseadas na persuasão, influência ou legitimidade. Outras definições não fogem desse paradigma: a violência como

o não reconhecimento do outro, a anulação ou a cisão do outro, a violência como a negação da dignidade humana, como falta de compaixão, excesso de poder e, em todas elas releva-se, explicitamente ou não, o pouco espaço existente para que se manifeste o sujeito da argumentação, da negociação ou da demanda, enclausurado que fica na exibição da força física pelo seu oponente ou esmagado pela arbitrariedade dos poderosos que se negam ao diálogo.

A violência simbólica presente no institucional ou no Estado fica clara no trecho seguinte, aludindo às ideias de MICHEL FOUCAULT²⁸: *podemos, deste modo, considerar a violência como um dispositivo de excesso de poder, uma prática disciplinar que produz um dano social, atuando em um diagrama espaço-temporal, a qual se instaura com uma justificativa racional, desde a prescrição de estigmas age a exclusão, efetiva ou simbólica. Esta relação de excesso de poder configura, entretanto, uma relação social inegociável porque atinge, no limite, a condição de sobrevivência, material ou simbólica, daqueles que são atingidos pelo agente da violência.*

MARIA CELINA BODIN DE MORAES²⁹ diz que em 1911, GIOELE SOLARI³⁰ afirmava: “o direito de ser homem contém um direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar minha humanidade” e prossegue dizendo que: *a mudança de paradigma pode ser expressa através do antagonismo a esta melancólica locução, incompatível com a função atualmente atribuída ao Direito. Pretende-se hoje, ou melhor, exige-se que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade.*

Essa interação, esse ajudar mútuo, solidário e recíproco constitui-se, em verdade, num ponto de contato e similitude até mesmo entre duas formas de governo absolutamente diversas e mesmo antagônicas, como são o liberalismo e o socialismo que, na visão atualizadíssima de JOHN RAWLS³¹ consiste no fato de que: *A ideia de utopia realista reconcilia-nos com o nosso mundo social, mostrando que é possível uma democracia constitucional razoavelmente justa, existindo como membro de uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa. Ela estabelece que tal mundo pode existir em algum lugar e em algum tempo, mas não que tem de existir ou que existirá. Ainda assim, podemos sentir que a possibilidade de tal ordem política e social, liberal e decente, é inteiramente irrelevante enquanto essa possibilidade não é concretizada. Embora a concretização, não seja, naturalmente, destituída de importância, creio que a própria possibilidade de tal ordem social pode, ela própria, reconciliar-nos com o mundo social. Ela não é uma mera possibilidade lógica, mas uma possibilidade que se liga às tendências e inclinações profundas do mundo social. Enquanto acreditarmos, por boas razões, que é possível uma ordem política e social razoavelmente justa e capaz de sustentar a si mesma, dentro do país e no exterior, poderemos ter esperança razoável de que nós ou outros, algum dia, em algum lugar, a conquistaremos.*

Este, enfim, é o desafio que nos é colocado na, assim chamada, modernidade e, no que interessa diretamente ao campo de atuação profissional do Direito e da responsabilidade civil indenizatória, com muito mais razão, se nos pode mesmo ser exigido pela sociedade, atuação eficaz na concretização e efetivação dos direitos humanos fundamentais e, entre eles, o direito à plena personalidade através do acesso à educação, da forma como inserido

na Constituição Federal de 1988, temas vinculados à atuação jurisdicional, à interpretação e concretização da Constituição Federal e seus princípios, instrumentos apropriados à efetiva tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais como única forma de atingir a plenitude dos ideais democráticos de direito. Nesse sentido leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA³² que, *um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve até aqui a eficácia necessária para equilibrar a posição de inferioridade que os impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios de ordem econômica – a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.*

Para se entender o espírito que se pode considerar como ideal na leitura, interpretação e aplicação do Direito como instrumento de convivência social pacífica, convoca-se mais uma vez, e sempre, a lição de MIGUEL REALE³³ ao tentar esclarecer a relação entre o Direito e a Felicidade quando diz que *se os homens fossem iguais como igual é a natural inclinação que nos leva à felicidade, não haveria Direito Positivo e nem mesmo necessidade de Justiça. A Justiça é um valor que só se revela na vida social, sendo conhecida a lição que Santo Tomás de Aquino nos deixou ao observar com admirável precisão que a virtude de justiça se concretiza pela sua objetividade, implicando uma proposição “ad alterum”.*

Engendrando-se e acomodando-se o sistema jurídico à realidade, com os olhos sempre voltados ao valor precípuo e objetivo impostergável do direito que é a garantia efetiva dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão que tal valor passa pela consecução da felicidade, da plenitude e da realização pessoal, sem o que, haverá sempre um vazio a ser preenchido, um ponto obscuro de incerteza a acompanhar a pessoa durante toda a vida. Essa completude só se fará possível através da superação de obstáculos e dogmas ligados, normalmente, ao preconceito, ao prejulgamento e à discriminação, permitindo-se pensar num valor maior ligado ao afeto, à relação social entre as pessoas e que haverá de ser utilizado como parâmetro no julgamento das lides e na solução dos conflitos.

4. Esboço histórico da Responsabilidade Civil

No início da civilização, a ocorrência de um dano gerava na vítima uma ideia de vingança para com o agressor, ou seja, a justiça era feita pelas próprias mãos. Limitava-se a retribuição do mal pelo mal, como pregava a *pena de talião*, olho por olho, dente por dente.

Esta prática, na realidade, apresentava resultados extremamente negativos, pois acarretava a produção de um outro dano, uma nova lesão, isto é, o dano suportado pelo seu agressor, após sua punição.

Posteriormente, surge o período da composição a critério da vítima, ainda sem se discutir a culpa do agente causador do dano.

Num estágio mais avançado, o Estado toma as rédeas, e proíbe a vítima de fazer justiça pelas próprias mãos, estabelecendo a obrigatoriedade da composição, a partir de uma indenização pecuniária. Durante esse período, cria-se uma espécie de tabela que estabelece o *quantum* equivalente a um membro amputado, à morte etc.

No ano 572 da fundação de Roma, um tribuno do povo, chamado Lúcio Aquílio, propôs e obteve a aprovação e sanção de uma lei de ordem penal, que veio a ficar conhecida como *Lex Aquilia*, que possuía dois objetivos:

I.) assegurar o castigo à pessoa que causasse um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes; II.) punir o escravo que causasse algum dano ao cidadão, ou a gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado.

O Direito francês aperfeiçoou as ideias românicas e, a partir dele, foram estabelecidos certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos, tais como:

I.) direito à reparação, sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); II.) a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações), e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da imperícia, negligência ou imprudência.

Surge o Código de Napoleão e, com ele, a distinção entre culpa delitual e contratual. A partir daí, a definição de que a responsabilidade civil se funda na culpa, propagou-se nas legislações de todo o mundo.

Com o advento da Revolução Industrial, multiplicaram-se os danos, e surgiram novas teorias inclinadas sempre a oferecer maior proteção às vítimas.

Sem abandonar a Teoria da Culpa, atualmente vem ganhando terreno a Teoria do Risco, que se baseia na ideia de que o exercício de atividade perigosa é fundamento da responsabilidade civil (artigo 927 par. único do Código Civil). Isto significa que a execução de atividade que ofereça perigo possui um risco, o qual deve ser assumido pelo agente, ressarcindo os danos causados a terceiros pelo exercício da atividade perigosa.

A palavra “responsabilidade”, segundo o vocabulário jurídico origina-se do vocábulo *responsável*, do verbo *responder*, do latim *respondere*, que tem o significado de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou.

O termo “civil” refere-se ao cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.

Diante da etimologia das duas palavras acima, bem como das tendências atuais a respeito da responsabilidade civil, afirma MARIA HELENA DINIZ³⁴ que *a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.*

Portanto, verifica-se a existência de requisitos essenciais para a apuração da responsabilidade civil, como a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente causador do dano e o nexo de causalidade existente entre ato praticado e o prejuízo dele decorrente, não sendo desnecessário afirmar que, a despeito de estar se avolumando o campo de aplicação da responsabilidade civil objetiva, o Código Civil ainda prevê como regra a responsabilidade subjetiva, sujeita, portanto, à verificação de um comportamento censurável, questionável, criticável por parte do agente a quem se imputa a obrigação indenizatória.

A responsabilidade civil como categoria jurídica que é, tem por escopo a análise da obrigação de alguém reparar o dano que causou a outrem, com fundamento em normas de Direito Civil.

Os alicerces jurídicos em que se sustenta a responsabilidade civil, para efeito de determinar a reparação do dano injustamente causado, são oriundos da velha máxima romana *neminem laedere* (não lesar a ninguém).

O uso da expressão responsabilidade civil ganhou o mundo, não só porque a diferencia da responsabilidade criminal, mas também em razão de ser apurada no juízo cível. É, portanto, na esfera do Direito Civil, que se indaga, tramita, litiga e decide para que se exija a reparação civil, que vem a ser a sanção imposta ao agente ou responsável pelo dano, sem deslembrar que o Código Civil, como já o fazia o anterior, prevê que a sentença penal condenatória constitui-se em título executivo indenizatório, não sendo possível *questionar sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal* (artigo 935 do Código Civil). E, da mesma forma, é possível a composição civil no juízo criminal relativo ao Juizado Especial Criminal regulamentado pela Lei 9.099/95 e, finalmente, *faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito* (artigo 65 do Código de Processo Penal).

O Código Civil Brasileiro adotou a doutrina da culpa como princípio da responsabilidade civil no artigo 927 verificando-se a existência de quatro requisitos essenciais para a apuração da responsabilidade civil subjetiva quais sejam: a) a ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) o nexo de causalidade; d) o dano sofrido pela vítima.

Constata-se que, o dispositivo legal retrata os casos de responsabilidade aquiliana, isto é, assegura o castigo à pessoa que causa um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes.

Todavia, cabe uma análise mais detalhada de cada um dos requisitos essenciais supraditos. Assim sendo, o art. 927, quando fala em *ato ilícito*, refere-se a qualquer pessoa, isto é, por ato próprio ou ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, bem como os danos causados por animais ou coisas que lhe pertençam.

Já o artigo 186 trata do dolo quando se refere à ação ou omissão voluntária, para, em seguida, referir-se à culpa, quando fala em negligência ou imprudência, que deve ser provada pela vítima.

Em igual raciocínio, a Lei fala do nexo de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima, pois sem ela não há que se falar em obrigação de indenizar.

Finalmente, o dano deve ser demonstrado, seja ele material ou moral, pois sem sua existência o agente não pode ser responsabilizado civilmente a indenizar algo que não tenha se verificado. Inclusive nas hipóteses em que se admite a presença do dano *in re ipsa*, há a presunção de sua efetiva ocorrência.

Essa teoria adotada pelo Código Civil Pátrio, cujo pressuposto para o fundamento da responsabilidade é a culpa, denomina-se Teoria da Responsabilidade Subjetiva ou Teoria da Culpa.

No Brasil, o ilustre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, foi um dos líderes do pensamento que demonstrava a falta de sintonia entre a Teoria Subjetiva e o desenvolvimento da sociedade, haja vista que, em vários casos, a adoção da Teoria da Culpa mostrava-se inadequada para abranger todas as situações de reparação. Essa inadequação era verificada nos casos em que, a aferição das provas constantes nos autos, não eram convincentes da existência da culpa, muito embora se admitisse que a vítima foi realmente lesada e que existia supremacia econômica e organizacional dos agentes causadores do dano. Portanto, diante da exigência da prova do erro de conduta do agente, imposta à vítima, deixava-a sem a devida reparação em inúmeros casos.

Diante da situação acima cresceu no mundo, o movimento de extensão da responsabilidade, criando o esboço e estrutura à Teoria da Responsabilidade sem culpa.

A doutrina e a jurisprudência admitiram que a responsabilidade civil, baseada na prova da culpa, não oferecia réplica satisfatória à solução de inúmeras demandas.

Partindo desse ponto, surge a Teoria da Responsabilidade Objetiva ou Teoria do Risco, na qual não há que se fazer prova da culpa, mas apenas do nexo de causalidade e do dano, quando a lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal

ou *objetiva*, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria tem como postulado que todo o dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

O Professor RUI STOCO³⁵ observa o pioneirismo de ALVINO LIMA na defesa da Teoria da Responsabilidade Objetiva no Direito Brasileiro, em tese apresentada na Faculdade de Direito da USP em 1938, intitulada *Da Culpa ao Risco*, na qual além de defender a Teoria Objetiva, responde aos argumentos adversários.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, é um dos autores que nos presenteou com um excelente conceito para o risco, sendo tal exposição citada na obra do Dr. RUI STOCO³⁶: *é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos independente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta e assim se configura a teoria do risco criado.*

5. A responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino ante a Constituição Federal e a força normativa da Jurisprudência.

O brasileiro não ganhou moral com a nova ordem constitucional, é bom que fique claro. Sempre a possuiu e, no momento, descobriu, com a ajuda da mídia e das revistas especializadas, que é permitido defendê-la, reivindicando respeito social. As sentenças que estão sendo expedidas pelos Tribunais formam uma espécie de cartilha educativa, como se fossem lições de etiqueta que, corretamente observadas, difundem e incentivam a educação fundamental, base de um microsistema positivo que tende a influenciar até a economia (tese do vencedor do Nobel de Economia de 2000, o norte-americano JAMES HECKMAN).

A jurisprudência não somente humaniza ou, às vezes, remoja a lei. Ela também sacode os juízes, despertando-os do imobilismo com os gritos da multidão, que festeja a utilidade das sentenças as quais examinam o conceito de obrigação, igual ao ritmo frenético de um trio elétrico comandado pelo ilustre jurista baiano Orlando Gomes³⁷ *orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais, de cunho meramente egoístico.*

Alguns ambientes já sentiram a repercussão da jurisprudência, uma verdadeira novidade revolucionária da certeza do direito. A publicidade dos julgados outorga certeza aos homens para que ajam conscientes das consequências que se expõem fazendo ou não fazendo algo. Isso já ocorre no cotidiano vivenciado por estudantes, notadamente menores ou do ensino fundamental, provando que as indenizações por dano moral mudam a relação colégio (professor) e alunos, impedindo que traumas infantis ou de adolescência se repitam, evitando-se prejuízo, desvio ou retardo na formação de personalidade. Atitudes sábias guiam uma vida e convém conscientizar disso os educadores-empresários, embora com condenações pecuniárias motivadoras.

Um evento analisado pelo TJAC (Ap. 97.001619-0, in *RT* 754/335) é ilustrativo: uma escola foi condenada a pagar danos morais porque impediu que uma aluna saísse da sala para cumprir necessidades fisiológicas, proibição que terminou fazendo com que a adolescente *urinasse nas próprias vestes e assim permaneceu durante o período de aula, fato presenciado por colegas, levado ao conhecimento de toda a comunidade escolar e publicado em jornal local.*

Um tradicional colégio paulistano foi condenado a pagar indenização por danos morais para um aluno que fora agredido por um outro no pátio de recreação. O pagamento foi um acerto pela humilhação causada pelo recebimento de lesões leves derivadas de uma briga que deveria ter sido contida por severa vigilância aos estudantes que abusam da violência e da força física para constranger os colegas pacíficos ou de melhor índole social (Ap. 24.150-4, in *JTJ*, Ed. Lex, 207/112).

Uma terceira referência é do Rio de Janeiro. Uma aluna, menor impúbere, foi vítima de violência pelos próprios colegas, que, desconfiados de ter sido a responsável pelo desaparecimento de R\$ 1,00 de uma aluna, fizeram-lhe uma revista pessoal vexatória, com invasão de suas intimidades, sem que a professora, que a tudo assistiu, intervesse para coibir o abuso. O TJ-RJ considerou que o Colégio procedeu com culpa no dever de vigilância e disciplina na sala de aula, perdendo o controle para os próprios alunos e aplicou indenização correspondente a 100 salários mínimos (Ap. 1.476/00, Des. CARLOS RAYMUNDO CARDOSO, in *RT* 783/402).

Não se trata de episódios banais. Crianças ou jovens são estigmatizados por esses incidentes que parecem folclóricos aos mais velhos. Sendo marca ou sinal do passado difícil de se dizimar, tais episódios constroem o portador, às vezes com densidade e intensidade que mudam hábitos saudáveis para os quais ele possuía natural reserva biológica. É óbvio que com as sentenças condenatórias em série, os estabelecimentos de ensino serão forçados a prestar serviços com mais qualidade aos alunos (evitando tais infortúnios em prol da renda comercial), zelando para que o presente lhes qualifique o futuro.

Sabe-se que a responsabilidade do estabelecimento privado de ensino, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, não se apresenta mais como responsabilidade indireta do educando, mas sim, como responsabilidade objetiva direta, com esteio no artigo 14, do CDC. O dever do fornecedor (colégio) de prestar serviços seguros a seus consumidores (alunos) funda-se no fato do serviço e não no fato do preposto ou de outrem, como outrora era entendido. Desse modo, para se aferir a responsabilidade pelos danos sofridos pelo autor, faz-se premente apenas a verificação da existência de conduta, seja ela comissiva ou omissiva, donexo causal e do dano alegado, sem se perquirir sobre qualquer elemento subjetivo.

Conforme ensinamentos do Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO³⁸: *“O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu funcionamento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, §1º, do CDC). Como se vê, a responsabilidade do fornecedor de serviços tem*

também por fundamento o dever de segurança (...). Mais do que possa parecer numa primeira visão, o campo de aplicação do Código, neste ponto, é muito vasto, abarcando, na área privada, um grande número de atividades, tais como os serviços prestados pelos estabelecimentos de ensino (...)”.

Durante o período em que o aluno se encontra sob os cuidados da escola e dos educadores ocorre um hiato no efetivo exercício da guarda por parte dos pais, até porque, durante esse tempo, o próprio acesso dos pais ao interior da escola não é permitido com naturalidade e de bom grado. Dessa forma, os atos praticados pelos alunos dos quais venha a resultar danos a outrem ou, até mesmo, a outros alunos, resulta na responsabilidade indenizatória da própria escola.

A jurisprudência não se afasta deste entendimento, conforme pode ser visto, *verbis*: “(...) o aluno fica sob a guarda e vigilância do estabelecimento de ensino, público ou privado, com direito de ser resguardo em sua incolumidade física enquanto estiver nas dependências da escola, respondendo os responsáveis pela empresa privada ou o Poder Público, nos casos de escola pública, por qualquer lesão que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causada por terceiro. Fora das dependências da escola, em horário incompatível, inexistente qualquer possibilidade de se manter essa obrigação de resguardo”. (TJ de SP. Apelação Cível 41.419-5 – Fernandópolis. Terceira Câmara de Direito Público. Des. RUI STOCO, Julgado em 05.10.99).

Caracteriza-se a falha do serviço prestado pelo colégio, em decorrência de sua omissão em não valorar os efeitos danosos das corriqueiras “brincadeiras”, consistentes em agressões leves, entre os alunos, e em não agir positivamente, no intuito de instruir seus funcionários em como proceder em tais situações. Ao não minorar o problema das “brincadeiras” entre alunos, a escola acaba por permitir, negligentemente, que o ato ilícito seja perpetrado em suas dependências, caracterizado não só pela agressão física, como também pela violação da honra, da intimidade, e de outros direitos inerentes à própria dignidade do aluno e dos próprios funcionários e professores que, da mesma forma, devem ter resguardadas suas prerrogativas. Não é desconhecida de qualquer pai ou mãe o verdadeiro instinto maldoso existente em um razoável número de crianças e adolescentes que, até naturalmente, exercem discriminação e preconceito com pessoas menos dotadas de aptidões físicas, para o esporte ou aquinhoadas com grau de inteligência mediana ou quando não se enquadram no padrão estético de beleza. O que não se dirá em relação a outras crianças e até mesmo adultos, inclusive professores e funcionários que, muitas vezes, ostentam situação econômico-financeira inferior à dos alunos de classe alta.

Ainda que desconsiderado, apenas para argumentar, o regramento da responsabilidade contratual objetiva, o Código de Defesa do Consumidor, elenca entre os direitos básicos do consumidor (aluno) o direito à inversão do ônus da prova, segundo o artigo 6º, VIII, do CDC. Por conseguinte, cabe à escola em eventual ação indenizatória, provar que, de fato, não contribuiu para o incidente lesivo.

Vale notar que a repressão a condutas impróprias no âmbito escolar, pela entidade de ensino, deve ser feita de forma adequada e proporcional, com apurado exame do caso concreto. Ao cominar suspensão a alunos agressores, simplesmente *se livrando do*

problema, pode estar se desvirtuando de seu fim institucional e ignorando que a missão de uma instituição de ensino não se restringe aos limites da instrução intelectual, mas abrange, sobretudo, a transmissão dos valores de respeito e solidariedade aos estudantes, para que com a apreensão do exemplo solidificado no micro cosmos escolar, atuem de maneira condigna em sociedade.

Abaixo, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre a responsabilidade da escola para com os seus alunos:

“Responsabilidade Civil – Agressão a aluno por outro no horário da recreação escolar – ação de reparação de danos – procedência parcial – Apelação. Responde objetivamente o estabelecimento escolar, seja à luz do artigo 1521, IV, do Código Civil, seja à luz do Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, pelo dano que o aluno causar a outro em se tratando de responsabilidade contratual, os juros incidem a contar da data da citação. Recurso provido em parte”. (Apelação Cível 1999.001.21287. Quinta Câmara Cível. Des. CARLOS FERRARI. Julgado em 13/06/2000).

“Responsabilidade Civil. Estabelecimento de ensino. Pessoa jurídica de direito privado. Aluno ferido por outro, com estilete, dentro da sala de aula. Responde o educandário objetivamente, pelo dano causado, pela falha na prestação do serviço. Art. 14, da Lei n.º 8078/90 (CDC). A instituição de ensino tem dever de exercer permanente vigilância sobre seus alunos, principalmente quando se trate de adolescentes, menores de idade, vedado o ingresso no estabelecimento de qualquer instrumento que possa colocar em risco a integridade física das pessoas. Dano moral configurado. Apelação provida”. (Apelação Cível. 2003.001.24377. Sétima Câmara Cível. Des. CARLOS C. LAVIGNE DE LEMOS. Julgado em 04/05/2004).

No que diz respeito à responsabilidade de aluno que venha a praticar ato do qual resulte danos a outrem por se tratar de responsabilidade subjetiva aquiliana, mostra-se premente a verificação, em paralelo, do inserido nos artigos 927 e 186, do Código Civil.

O primeiro disciplina que: *“Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”*. Por sua vez, dispõe o artigo 186, do Código Civil: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. Por isso, para se demonstrar a responsabilidade civil subjetiva, é preciso a constatação do elemento subjetivo, qual seja, culpa ou dolo, não sendo bastante a configuração dos elementos objetivos.

Das agressões perpetradas no interior da escola podem resultar lesões de diversas ordens, de natureza material, moral e estética. Quanto à primeira, não há maiores dúvidas de que devem ser indenizados os danos emergentes e os lucros cessantes.

No entanto, a questão da responsabilidade civil subjetiva está longe de ser pacífica. Confira-se, *verbi gratia* o julgado abaixo que cuida de fato extremamente grave e que ganhou cunhos de matéria jornalística por ter ocorrido no interior de uma grande Universidade da Cidade do Rio de Janeiro tendo uma aluna ficado tetraplégica. Nessa

hipótese, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado entendeu que se cuidava de responsabilidade civil objetiva. Confirmam-se as razões:

Responsabilidade civil de Estabelecimento de Ensino. Disparo de arma de fogo. Acidente com aluno nas dependências de Faculdade. Descumprimento do dever de vigilância. Responsabilidade objetiva. Obrigação de indenizar.

Processual Civil. Ação de reparação de danos materiais, estéticos e morais. Aluna baleada em campus da Universidade. Dever de vigilância negligenciado. Responsabilidade objetiva quer em razão da prestação de serviços, daí sua responsabilidade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, quer pela condição de delegatária do poder público – art. 37 par. 6º, da Constituição Federal....; IV – Ao receber o estudante em seu “campus” assume a universidade o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. Tal como em época anterior em que a UESA suspendeu as aulas diante de ameaças de marginais, deveria fazê-lo naquela manhã. A manutenção da unidade em funcionamento, apesar de aviso recebido, caracterizou negligência, devendo responder pela indenização, mesmo porque a responsabilidade do estabelecimento de ensino é objetiva, quer por se tratar de uma prestadora de serviços, daí sua vinculação às normas do Código de Defesa do Consumidor, quer porque se trata de uma pessoa jurídica de direito privado no exercício de delegação do Poder Público, cuja responsabilidade é disciplinada pelo art. 37, par. 6º, da Constituição Federal; V – As disposições do art. 950, do Código Civil, se aplicam àquelas hipóteses em que da ofensa resulte defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho. ... VI – A pensão, na hipótese de sobrevivente, tem como termo final a morte. Do contrário sobrevivendo ao período fixado na sentença estaria ao desamparo; VII – Em que pese se constituir em uma das maiores universidades brasileiras, a instabilidade econômica que marca o nosso País, as crises que já nos sacudiram no passado, cujo futuro não nos garante estabilidade permanente porque baseada em dinheiro emprestado, impõem a constituição de capital garantidor para o pagamento das prestações vincendas. Ademais, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão através da Súmula nº 313: Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado. VIII – Embora ventilado na inicial o parágrafo único do art. 950 do Código Civil, o pedido se entremostra contraditório, devendo ser interpretado em favor da Ré, eis que também se pretendeu que o pagamento se fizesse em forma de “pensões mensais, vencidas (...)” e “pensões vincendas, calculadas nos mesmos moldes das vencidas”. O acolhimento do recurso para determinar, desde logo, o pagamento da indenização, importaria em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa; IX – O Juiz fixou os juros a partir da citação e o fez corretamente, uma vez que estamos diante de culpa contratual. Quanto à correção, o valor condenatório já representa o valor atualizado à época da sentença, não havendo que se falar em correção a partir do evento danoso; X – Se do exame das circunstâncias, do laudo pericial e demais provas existentes nos autos emerge a necessidade de imóvel adaptado que vem ao encontro do bem-estar da vítima e progresso no seu tratamento médico, sendo importante a saída do estabelecimento hospitalar, há que se ratificar a tutela antecipada deferida no sentido de

providenciar a Ré imóvel que, mediante adaptação, possibilite o tratamento da vítima na modalidade home care, de forma vitalícia; XI – O valor da indenização por dano moral, sabe-se, deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não podendo se afastar do aspecto pedagógico de que se reveste a condenação, devida a cumulação com o dano estético. (Apelação Cível 2004.001.23704, Des. Ademir Pimentel, 13ª Câmara Cível, 22/06/2005).

Por outro lado, dano verificado em escola pública e que, por esse motivo, aplicável seria, em tese, o arcabouço da responsabilidade civil objetiva, resultou em julgado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça culminando pela fixação da responsabilidade civil subjetiva em hipótese que a escola liberou aluna antes do horário normal, vindo ela a sofrer estupro já fora do ambiente escolar. Confira-se:

Administrativo e direito público. Escola. Saída de aluno. Estupro de menor em regular horário escolar. Liberação. Responsabilidade civil subjetiva do Estado. Omissão. Dever de vigilância. Negligência. Caracterização. Artigos 186 e 927 do novo Código Civil. Dano moral.

I – Mesmo diante das novas disposições do Novo Código Civil, persiste o entendimento no sentido de que, “No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva” (Resp nº 549.812/CE, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 31/05/2004). II – “..o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física...” (RE nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 02/08/96). III – A escola não pode se eximir dessa responsabilidade ao liberar os alunos, pelo simples fato de ter havido bilhete na agenda dos menores no sentido da inexistência de aulas nos dois últimos períodos de determinado dia. Liberada a recorrente naquele horário, que seria de aula regular, e dirigindo-se para casa, sem os responsáveis, culminou por ser molestada sexualmente em terreno vizinho à escola, que se sabia ser extremamente perigoso. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil (conduta culposa, nexo causal e dano).IV – Violação aos artigos 186 e 927 do Código Civil caracterizada, bem como a responsabilidade subjetiva do Estado na hipótese, devendo os autos retornarem ao Tribunal a quo, por ser a Corte competente para, diante do exame do quadro fático-probatório, fixar a indenização respectiva. V – Recurso provido. (Resp. 819789/RS, Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, j. 245.4.2006)

Professa SÉRGIO CAVALIERI FILHO³⁹ que a responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, já estava constitucionalizada desde 1946. A Constituição de 88 não somente manteve essa responsabilidade objetiva no seu art. 37, § 6º, nos mesmos moldes das Constituições anteriores, mas foi ainda além. Acolhendo reclamos de parte da doutrina, estendeu a responsabilidade objetiva do Estado às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Essa extensão funda-se em uma questão de lógica incontestável. Se o Estado, quando presta serviços diretamente, responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, por que o particular, ao prestar esses mesmos serviços, responderia subjetivamente? Não se podem socializar os riscos e privatizar os lucros; quem tem os bônus deve ter os ônus. Assim, as mesmas razões que justificam a responsabilidade

objetiva do Estado justificam também idêntica responsabilidade para os prestadores de serviços públicos. De fato, sustenta que *a partir da Constituição de 1988, portanto, a empresa pública, a economia mista e os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos, tal como as pessoas jurídicas de direito público, estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil. Deve, entretanto, ser ressaltada neste ponto a distinção estabelecida na própria Constituição entre empresas que executam atividade econômica e empresas prestadoras de serviços públicos. As primeiras – Petrobrás, Banco do Brasil, etc. -, estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, só sendo permitido ao Estado explorá-las quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Constituição, art. 173 e § 1º). As segundas, empresas prestadoras de serviços públicos – Metrô, Rede Ferroviária Federal, Transportes Aéreos, Telefonia etc. -, estão sujeitas ao regime do direito público, incidindo então o art. 175 da Constituição. É que o serviço público, embora prestado por entidade privada, preserva a sua natureza estatal; a titularidade continua sendo da entidade pública – União, Estado ou Município – que recebeu da Constituição competência para explorá-lo (arts. 21, XI e XII; 25, § 2º; 30, V). Pode-se então concluir, à luz desses princípios, que apenas as empresas prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à responsabilidade objetiva prevista no art.37, § 6º, da Constituição Federal. As demais – empresas que executam atividade econômica – respondem subjetivamente; podem responder objetivamente, não com base na Constituição, mas sim no Código do Consumidor (arts. 12 ou 14), se forem fornecedoras de produtos ou serviços e estiver em jogo relação de consumo.*

6. A possibilidade jurídica de cumulação de danos morais e danos estéticos.

Na esteira da busca da indenização o mais completo possível, ou seja, de forma a neutralizar com efetividade máxima os efeitos nefastos e danosos do ilícito sofrido é pacífico atualmente a plena possibilidade de cumulação de verbas correspondentes à indenização dos diversos danos verificados, quer sejam materiais (lucros cessantes e danos emergentes), quer sejam morais, inclusive suas diversas modalidades (ofensa à honra objetiva, à honra subjetiva, dano à imagem e dano estético).

Importante ressaltar que o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça fluminense é no sentido da possibilidade de sua cumulação de danos morais e danos estéticos, senão vejamos:

“(...) O dano estético pode ser cumulado com o dano moral, conforme precedentes no STJ e deste Tribunal. Fixação do dano moral, observando o limite do razoável e a justa medida da compensação pela dor e sofrimentos, além da prevenção, esta de caráter pedagógico. Na condenação em danos materiais e morais o arbitramento já contempla as consequências do evento danoso, inclusive a reparação de sequelas em surgindo avanço na área da medicina. O depósito em caderneta de poupança da indenização de vida a título de dano moral a menor impúbere, ainda é medida aceita pelo padrão de procedimento judicial, embora possa não ser a perfeita. Os juros são simples e correm do evento (Súmula 54 do STJ) e não compostos, estes tem caráter de punição e só devem ser aplicados a criminosos reconhecidos em sentença judicial (Sumula 186 do STJ). Desprovemento de

ambos os recursos”. (Apelação Cível 2003.001.21834. Segunda Câmara Cível. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO. Julgado em 15/10/2003).

“Responsabilidade Civil Constitucional. Instituição de ensino CDPC, acidente com menor. Cuida-se de responsabilidade civil objetiva com fulcro no art. 37, § 6º, da CRFB/88, a qual impõe o dever de indenizar às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, considerando que a apelante desenvolve atividade de ensino. Vislumbra-se, ainda, a hipótese de acidente de consumo prevista no art 14 do CPDC, tendo em vista que o evento danoso ocorreu dentro das dependências da instituição apelante, no momento em que o primeiro apelado se encontrava sob sua guarda e responsabilidade. Demais, no presente *caso*, *configura patente a conduta negligente da apelante ao deixar de adotar as providências necessárias para salvaguardar a integridade física e moral dos alunos que estão sob os seus cuidados durante o período escolar. Por outro lado, não merece reparo o decreto monocrático com relação ao arbitramento da indenização por danos morais e estéticos, considerando como parâmetros: a situação anterior (staus quo ante) o dano sofrido pelo menor consistente em duas cirurgias de emergência, bem conta o afastamento compulsório de suas atividades habituais e a reestruturação da rotina familiar entorno do acidente, o poder financeiro e econômico das pessoas envolvidas, as circunstâncias do caso e a gravidade da falta cometida pelo lesante. Em tais circunstâncias, a sanção dos danos morais, decretada no valor de R\$ 15.000,00 e danos estéticos em R\$ 10.000,00, guarda ampla compatibilidade com os princípios clássicos da razoabilidade, equidade, Justiça e de vedação do enriquecimento sem causa. DESPROVIMENTO DO RECURSO*”. (Apelação Cível 2002.001.27620. Terceira Câmara Cível. Des. ROBERTO DE ABREU E SILVA. Julgado em 11/03/2003).

7. Dano à imagem.

No que se refere ao dano à imagem muito se fala, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 como uma subespécie do *dano moral*. Este é, sem dúvida alguma, um dos temas que mais despertou interesse dos juristas e aplicadores do direito hodierno. Felizmente, já vemos no dia a dia pessoas das mais variadas classes sociais bradando, defendendo em alto e bom som aquele seu patrimônio ideal de toda sorte de ameaças e lesões. Isso significa que o constituinte não fez outra coisa, senão garantir no texto de nossa Carta Magna aspirações há muito existentes no seio da sociedade.

Inúmeras discussões a respeito do dano moral povoam livros e processos no Brasil. Problemas como a valoração desse tipo de dano, os critérios para sua devida apreciação e os efeitos a serem almejados pela condenação são apenas alguns dentre muitos que ainda não restam pacificados. Entretanto, o conceito e a abrangência desse tipo de violação já contam com um certo consenso no direito mundial e pátrio.

Entende-se como dano moral todo aquele que não venha a afetar o patrimônio material da vítima. Ou seja, abrange a dor física e psíquica, constrangimento, raiva, angústia, aflição, vergonha, sentimento de humilhação, etc. Enfim é tudo aquilo bastante o suficiente para causar uma repercussão negativa *no íntimo da vítima*.

Nossa Constituição em dois incisos de seu art. 5º trata expressamente desse tipo de dano e vai além. Inova de forma bastante salutar ao estabelecer também a indenização por *dano à imagem*. Eis o texto constitucional:

Art. 5º, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Partindo da máxima de que na exegese constitucional não se deve admitir termos desprovidos de significado efetivo ou redundantes, chega-se à conclusão que todas as normas da Lei Maior “têm que produzir algum efeito”. Assim, não há falar na inaplicação do inciso V do art. 5º da CF por qualquer que seja o motivo.

Conforme asseverado, o constituinte originário assegurou, no elenco dos direitos e garantias fundamentais, o direito das pessoas serem indenizadas por danos materiais, morais e à imagem. Surpreendentemente, não vemos em nosso cotidiano ações de reparação de danos pedindo essas três verbas distintas. Em nosso ordenamento jurídico há espaço, em sendo confirmadas as respectivas lesões, para a condenação conjunta ao dever de indenizar as três espécies de danos constitucionalmente admitidos.

O que seria então esse pouco falado *dano à imagem*? Sem nenhuma pretensão além de acalorar o debate da matéria, essa espécie de dano deve ser vista como as repercussões sociais do dano que fora tornado público e que, de forma reflexa, foram suportadas pela vítima. Destarte, podemos refletir como sendo o aspecto objetivo do dano que, de uma forma ou de outra, repercutiu para toda uma coletividade. A Constituição, ao prever a reparabilidade do dano à imagem, o faz logo após assegurar a liberdade de expressão (art. 5º, IV da CF), restando nítida a coerência do texto constitucional. Ao estabelecer que *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato* e logo em seguida assegurar, conforme já mencionado, *direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*, a Constituição claramente fez referência à uma relação de causa e efeito. Ora, direito de resposta e indenização, no tocante ao inciso V, pressupõem uma pretérita manifestação de pensamento. Assim, podemos concluir que nossa Constituição Cidadã garantiu o direito a indenização por dano à imagem como sendo um consectário da livre manifestação de pensamento mal utilizada, ou seja, geradora de conseqüências nefastas para aquele que fora alvo de tal manifestação.

Interessante notar que essas repercussões atingem *indiretamente* a vítima, porém de forma não menos danosa. O bem jurídico a ser protegido pela reparação do dano à imagem é, como o próprio termo deixa claro, a imagem, a reputação, o conceito que as pessoas fazem ou faziam do lesado. Alguém que é caluniado ou difamado publicamente com certeza terá o seu bom nome abalado diante dos seus pares e sofrerá as conseqüências conexas da sua perda de respeito e/ou credibilidade. Isso se manifesta na forma como as pessoas mudam seu comportamento, se tornando mais arredias e desconfiadas para com a vítima.

Alcançar um alto grau de estima e consideração social é tarefa para toda uma vida, tendo a pessoa que manter-se firme aos mais rigorosos padrões da ética e da moral. Antagonicamente, para acabar com tudo isso basta um único deslize, uma única mentira. A boa reputação, o bom nome, o alto conceito que alguém goza diante da sociedade é como

um belo vaso de cristal que, uma vez quebrado, por melhor que seja a restauração, sempre deixará marcas e desvalorização.

Mas será que *dano à imagem* e *dano moral* não são a mesma coisa? *Data venia*, é de se entender que não. O dano moral é uma lesão absolutamente subjetiva, atingindo apenas a vítima. É ela quem sofre diretamente no seu íntimo os respectivos efeitos. É ela quem perde o sono diante das dores, da angústia, do sofrimento. Tanto é verdade que a legitimação ativa para postular a devida reparação é única e exclusiva da vítima, não podendo qualquer outro pleitear tal direito. É necessário destacar que em caso de morte, os familiares podem entrar na justiça em nome próprio, defendendo a justa indenização pelos sofrimentos que efetivamente assolaram suas próprias vidas com a perda do ente querido. Eles não entram em nome do *de cuius* ou defendendo interesse daquele. Por sua vez, no dano à imagem a vítima sentirá os efeitos da lesão pela mudança na forma de tratamento ou até mesmo no modo de pensar de outrem. É objetivo, é externo e não menos grave. Isso para seres sociais como somos, é altamente relevante.

Para comprovar a pertinência da previsão constitucional em análise, podemos fazer um exercício mental e antever as consequências de duas ações muito semelhantes, porém com resultados claramente diferenciados: se alguém, em uma discussão privada qualquer, vem a agredir verbalmente outrem (em um quarto de hotel onde apenas estejam os dois interlocutores, por exemplo), é inegável que aquele que fora vítima das desvairadas palavras de seu agressor, sofre um abalo moral interno. Ele pode vir a ter raiva, é possível que passe mal subitamente, existe a possibilidade de um sofrimento intenso ao ver abaladas aquelas “instituições subjetivas” que o guarneciam. Isso é dano moral, o abalo surge de dentro para fora.

Bem diferente seria a situação onde as mesmas palavras fossem expressadas diante de uma multidão, no ambiente escolar, na convivência familiar, etc. Além do dano moral acima retratado, há sem dúvida alguma, a agravante de que aqueles que tomaram conhecimento da violência poderão mudar sua forma de “ver” a vítima. E diante dessa efetivação da mudança, o lesado se tornará vítima por uma segunda vez, desta feita da mudança de tratamento com a qual terá que conviver. Poderia se argumentar pela suposta falta donexo causal entre o abalo decorrente da mudança do conceito da vítima diante de terceiros e a conduta do ofensor. Entretanto, essa alteração só existiu em decorrência direta dos atos danosos praticados pelo lesante, a relação de causalidade é latente. Se o causador do dano o fez de forma pública, objetivando a potencialização de suas palavras, deve o mesmo ser responsabilizado pelos resultados gerados no contexto social.

Percebe-se com maior nitidez o dano à imagem diante das chamadas “pessoas públicas”. Um professor de boa índole, que tem sua honestidade questionada reservadamente por alguém, com certeza sofrerá como qualquer pessoa um dano íntimo (dano moral). Por outro lado, se ele vier a ser chamado da mesma forma diante de um meio de imprensa, além desse seu dano subjetivo, arcará também com a injusta reprovação social que o colocará na mesma vala dos desonestos (objetivo). Ele perderá credibilidade, confiança, respeito e, até mesmo, o próprio emprego (repercussão de natureza material). Essas consequências trazem para o ofendido danos sérios e muito relevantes, ainda que por via difusa. Dessa forma insta perceber a plausibilidade e coerência da previsão constitucional do dano à imagem.

Seguindo o mesmo caminho outrora já traçado pelo STJ que, através da Súmula de nº 227, já pacificou o entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode vir a sofrer danos morais, podemos, de igual modo, afirmar que não são apenas as pessoas físicas que podem vir a ser indenizadas por danos à imagem. Quando, utilizando da liberdade de expressão constitucionalmente garantida, alguém se extrapola aos limites do razoável e passa a tecer considerações infundadas, exageradas ou pejorativas a determinada empresa, estará sim causando danos à imagem da mesma, surgindo assim o dever de indenizar. Basta que se recorde o exemplo paradigmático da Escola Base em São Paulo cujos proprietários foram acusados em rede nacional por jornal televisivo de enorme circulação, de molestarem sexualmente seus alunos.

Alias, com a devida vênia, teria sido mais salutar que a referida súmula tratasse do dano à imagem ao invés do moral. Isto porque é sabido que a pessoa jurídica não é possuidora de honra, não sente dores, nem humilhações. É apenas uma conjugação de capital e pessoas, destinadas a um determinado fim. É uma coisa destituída de pensamentos e vontades. Ela é sim, detentora de uma imagem perante seus consumidores e a própria sociedade. Quando se desdenha uma escola, atinge-se sua imagem e não seus sentimentos, daí porque, ao nosso modo de ver, a teoria da chamada “honra objetiva” das pessoas jurídicas não é muito apropriada para o bem jurídico que se visa tutelar.

Urge, também, salientar a diferença entre o *dano à imagem* e o chamado *dano estético*, espécie de dano esta que já goza de entendimentos favoráveis junto ao STJ, quanto à diferenciação do dano moral e material propriamente ditos (RESP 84752/RJ, RESP 203142/RJ, RESP 103012/RJ). Em nada eles se confundem. Quando se fala em dano à imagem, não é imagem corporal ou estética que se deseja referir. É sim, a um determinante genérico resultante de todas as experiências, impressões, posições, conceitos e sentimentos que as pessoas apresentam em relação à uma empresa, produto ou pessoa.

Também, pode-se destacar a diferença existente entre o dano à imagem e o “uso indevido de imagem”. Este último se refere à imagem-retrato, com proteção constitucional distinta daquele que é a imagem-atributo. A proteção da imagem-retrato é prevista no art. 5, inciso X da CF: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. Em havendo o uso indevido da imagem de alguém, o usurpador será responsabilizado pelos danos que decorreram de sua conduta. Esses prejuízos se sucumbirão em um ou mais das três espécies de danos admitidos pela Constituição (material, moral e à imagem), dependendo a condenação de uma análise pormenorizada do caso concreto.

O STJ já definiu a imagem-retrato como sendo “*a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam*” (RESP 58101/SP). Nesse mesmo julgamento, também restou estabelecido que “*a sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida*”.

De igual modo, magistral é o ensinamento do douto Desembargador e Professor da Faculdade de Direito da USP, WALTER MORAES, em sua exaustiva obra “Direito à própria imagem” (RT 443/64), citado pelo responsabilista igualmente admirado RUI STOCO⁴⁰: No plano do direito da personalidade a idéia de imagem é entendida extensamente, como sendo toda sorte de representação de uma pessoa. Inclui, então, assim a figuração artística da pintura, da escultura, do desenho, etc., como a mecânica da fotografia. Compreende não apenas essas versões estáticas da pessoa efigiada, como também as formas dinâmicas obtidas pela cinematografia, pela televisão e pela representação cênica.

Assim, o dano à imagem, propriamente dito, tem concepção bastante diferenciada. Ele se refere aos atentados cometidos contra a valoração de alguém por terceiros, no que pertine as suas características subjetivas e abstratas. Trata-se de como as pessoas enxergam um indivíduo no seu ser e não com relação as suas características físicas.

8. Conclusão.

O Estado Democrático de Direito proclamado na Constituição Federal, sonhado e conquistado pela sociedade a duras penas, ainda, não foi totalmente concretizado e para vencermos esta batalha uma das principais armas é a educação que, como direito fundamental do ser humano, deve ser aprimorada e priorizada para atingir a todos e em melhor nível.

Um dos focos da educação é a instituição de ensino que deve ser aparelhada com estrutura e pessoal de boa qualidade, fiscalizada pela sociedade e respeitada pela grande importância que tem no contexto político e social do país, mas, como não poderia deixar de ser, o principal é o aluno que deve ser instigado, incentivado, trabalhado, protegido e dignificado.

No convívio escolar o aluno deve ser protegido para que não sofra qualquer dano, seja de ordem moral ou material e esta proteção tem que ser a preocupação maior da própria instituição que o abriga.

Como já dito no início deste trabalho e com fundamento na Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, as escolas públicas e privadas, bem como internatos que abrigam seus alunos com fins educacionais e lucrativos, respondem independente de culpa pelos danos por eles sofridos, enquanto estão ou deveriam estar sob suas guardas.

O dano a ser indenizado não se restringe apenas ao dano material e estético, pois as instituições de ensino não são apenas responsáveis pela incolumidade física de seus alunos, mas, também, por danos morais e à imagem de cada um deles que ali estão para se tornarem melhores, mais sábios, respeitados e dignificados e qualquer lesão praticada no ambiente escolar deve ser evitada pela escola sob pena de se responsabilizar por ela.

Verificado o dano só a falta do nexo de causalidade entre este e o dever de cuidado e educação das instituições poderia afastar o dever de indenizar. Nesse sentido, vale salientar que a defesa da instituição de ensino não se mostrará eficaz em processo que busca

reparação indenizatória se comprovar apenas que não teve culpa e não participou para o evento danoso. A eficácia de sua defesa se mostrará preponderante ao demonstrar e comprovar que não lhe era exigível conduta diversa da que teve. Tome-se como exemplo uma briga entre dois alunos no pátio da escola durante intervalo das aulas – seriam os danos dela decorrentes indenizáveis pela escola? A resposta passa, necessariamente, pela constatação da presença ou não donexo causal entre o comportamento da instituição educacional e o resultado danoso, ou seja, havia exigibilidade de que a escola tomasse cautelas e medidas de precaução que poderiam ser eficazes em evitar que a lesão ocorresse? Não se poderia esquecer que o sistema da responsabilidade civil obriga a indenizar aquele que provocou o dano, sendo a responsabilidade por ato de terceiro, excepcional no quadro sistêmico da legislação brasileira. E, nessa hipótese, estar-se-ia buscando a reparação por terceiro (escola) que não foi quem provocou o dano (perpetrado por outro aluno).

De qualquer forma, como demonstrado pelos julgados colacionados, as decisões buscam invariavelmente solucionar as lides da forma mais justa possível, característica das decisões judiciais que, juntamente com o valor “segurança jurídica” molda o modelo de justiça democrática insculpida na Constituição Federal idealizada como forma capaz de possibilitar o convívio das pessoas em sociedade através do respeito mútuo e, principalmente, pela preservação do núcleo de dignidade de cada um que deve ser reconhecido e respeitado pelo outro sem o instinto natural do mundo ocidental de submetê-lo ou destruí-lo, ao contrário, preservando a chance da aliança, do mútuo aprendizado e do diálogo.

Apenas agindo dessa forma, ética, comprometida com o outro e com o mundo, com o “cuidar” é que se pode imaginar a preservação da própria civilização. O cuidado constitui a categoria central do novo paradigma mundializado e globalizado, assumindo dupla função: de prevenção a danos futuros e regeneração de danos passados, até porque, os limites da Terra em sustentar a voracidade do crescimento mundial e o correspondente consumismo se encontram em rápida fase de esgotamento. Somos, todos, obrigados a desenvolver comportamento de ilimitada responsabilidade por tudo o que existe e vive, como condição de sobrevivência da humanidade e de seu habitat natural. Responsabilidade, assim, vem a ser a capacidade de dar respostas eficazes aos problemas que nos chegam da realidade complexa atual e tal objetivo só se possibilitará quando a sociedade se der conta da necessidade de deslocamento do eixo de competição que usa a razão calculista, para o eixo da cooperação, que usa a razão cordial, deixando para trás a economia fundada na acumulação de riqueza e abraçando a baseada na produção do suficiente e decente para todos.

Da mesma forma, a preocupação com a natureza se mostra insuperável e impostergável. Urge celebrar uma aliança de sinergia entre a utilização racional do que precisamos e a preservação do capital natural e, finalmente, quanto à atmosfera espiritual de nossas sociedades, importa passar da magnificação da violência, especialmente na mídia, para uma cultura da paz e do cultivo do bem comum.

Esse novo paradigma de convivência da responsabilidade demonstra e revela o caráter ético da pessoa. Ela se percebe co-responsável junto com as forças diretivas da natureza pelo futuro da vida e da humanidade e apenas esse comportamento ético poderá conduzir à pacificação dos conflitos. Sob este signo da implantação da figura do magistrado, do Poder

Judiciário e de todos quantos nele atuam como agentes transformadores, é que se revela a essencialidade do ser humano, como afirmado de forma absolutamente convincente por LEONARDO BOFF⁴¹ quando afirma que *nós ocidentais, somos herdeiros de um pensamento linear que trabalha constantemente com o princípio da identidade e de contradição, tardiamente enriquecido pela dialética. Nossa postura antropológica nos fez imperialistas e dominadores de todas as diferenças. Ou elas são incorporadas na mesmice ocidental ou subalternizadas e até destruídas. A sabedoria procura sempre incluir os opostos. Tal postura vem expressa pelo famoso tai-ki, o círculo dentro do qual se entrelaçam como que duas cabeças de peixe. É a presença das duas forças universais – ying e yang (céu e terra, luz e sombra, masculino e feminino) que entram na composição de todos os seres. Ying e Yang concretizam o shi, a energia primordial e misteriosa que sustenta tudo, chamada de Táo. Táo é mais que caminho é a energia pela qual fazemos o caminho e que possibilita qualquer realidade.*

E, talvez, esse seja o sentimento a animar todos quantos se tenham dado conta de que o Direito existe em função do homem, e o homem é muito mais do que matéria e patrimônio, é alma, espírito e coração, havendo assim de se iniciar (ou continuar) a séria intenção de buscar caminhos que possam conduzir à efetiva concretização dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, no interior do sistema jurídico vigente, apenas que, observado com as lentes libertadoras da Democracia, sem compromisso com a preservação daquilo que, nesse sistema, se ponha como afronta ao reconhecimento de ser a pessoa, o centro do universo, fonte e destino de todas as forças catalisadoras voltadas à sua plena realização individual, familiar, coletiva e social.

Ao romper, afrontar e ignorar tais padrões de conduta surgirá, então, de forma plena a oportunidade para aplicação das normas relativas à responsabilidade civil como forma de reparação dos danos causados e, também, que sirva de estímulo a que tanto o agente quanto terceiros, não venha a reproduzir o comportamento não legitimado pela sociedade, comportamento esse que vem positivado com força preceptiva no Código Civil quando no artigo 421 estabelece que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato* e no artigo 422 que prevê como padrão ético de conduta a boa-fé objetiva ao afirmar que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na condução o contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

Este, enfim, parece ser o norte a ser buscado, almejado e insistentemente concretizado não só nas relações sociais como, também, o fator legitimador das decisões judiciais na área da responsabilidade civil atinente ao ambiente educacional, ou seja, impor a obrigação indenizatória nos eventos e ocasiões em que uma pessoa (natural ou jurídica) demonstre padrão de conduta não condizente com aquele idealizado pelo legislador civil e constitucional de respeito, preocupação, cuidado e atenção ao outro.

Assim, não parece restar dúvidas que a Justiça se alcança através da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões e somente nessa perspectiva se pode admitir a definitividade e imodificabilidade das decisões jurisdicionais.

Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, que se positivam no artigo 1º da Constituição Federal, incorporam a ideia de segurança que, ponderada e

razoavelmente imanta a dignidade, a soberania, a livre iniciativa e o trabalho, a cidadania, o acesso à educação e o pluralismo político. Os princípios de segurança jurídica entram no jogo de ponderação com os princípios de justiça, na busca do equilíbrio, em busca da *segurança justa ou da justiça segura*⁴², tornando-se ideal ético e jurídico, com os seus reflexos sobre a ponderação entre os princípios da legalidade e da distribuição de bens.

A legitimidade (ou legitimação) se alcança através da justificação, necessariamente ligada aos fundamentos dos direitos que, na lição de RICARDO LOBO TORRES⁴³ *é um tema geral que se abre a diferentes respostas, inclusive positivistas* e, mencionando LUIS ROBERTO BARROSO⁴⁴, para quem *parece derivar do estudo do fundamento para o da legitimação*: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” afirma que a legitimidade do Estado moderno tem que ser vista sobretudo a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso.

É ainda RICARDO LOBO TORRES⁴⁵ que informa que a doutrina de Kelsen procurava superar as ideologias da legitimidade, identificando o Estado com o Direito, entendido como ordenamento coercitivo da conduta humana, sobre o qual a moral e a justiça nada têm a dizer, com o que restringia o princípio da legitimidade à questão da competência dos órgãos ou da validade da norma, sempre dependentes de uma norma superior do ordenamento.

E prossegue mencionando MIGUEL REALE⁴⁶ para quem a questão da legitimidade está vinculada à própria validade ética, entendida esta como a adequação do direito a valores e ideias aceitos pela comunidade e, citando HABERMAS⁴⁷ conclui que a distinção entre legitimidade e legitimação, em síntese, está em que aquela se apóia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais.

Conclui-se, assim, relevando a importância do julgamento, não apenas no aspecto de decisão de uma lide, mas principalmente como forma de solução definitiva de conflitos entre pessoas, legitimado não pela força, mas pela argumentação, não pela imposição, mas pelo convencimento legitimador, trazendo à colação o primado de HANNAH ARENDT⁴⁸, para quem o julgamento é uma, se não a mais importante atividade em que ocorre esse *compartilhar-o-mundo*.

9. BIBLIOGRAFIA:

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. A condição humana. 10 ed. Tradução – Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 54.

BOBBIO, Norberto. *In*. OLIVEIRA JÚNIOR, O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

BOFF, Leonardo. Sabedoria Chinesa. Jornal do Brasil, edição de 28 de maio de 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. *In Constitución y Constitucionalismo Hoy. Caracas: Fundación Manuel Garcia-Pelayo, 2000.*

CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil Constitucional. Revista da Emerj, vol. 4, n. 15.

CHAUI, Marilena. Contive à Filosofia. São Paulo: Editora Ática, 2004, 13ª ed. 2ª tiragem.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. RJ-SP: Renovar, 2000.

FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. 23ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GESTA LEAL, Rogério. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*. *Apud*. M. GIORGIANNI, O diritto privato e as suas atuais fronteiras (1961), trad. M.C. De CICCO. São Paulo: Revista dos Tribunais. 747.

GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, tradução de GILMAR FERREIRA MENDES.

HABERMAS, Jürgen. Para a Reconstrução do Materialismo Histórico. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de GILMAR FERREIRA MENDES. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KANT, Emmanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1938.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de JOSÉ LAMEGO, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

MIRANDOLA, Pico Della. Discurso sobre a dignidade do homem. Lisboa: Edições 70, 1989.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Rosiska D. de. A vida privada. Rio de Janeiro: *Jornal O Globo*, 19 maio 2003.

QUEIROZ, Cristina M.M. Direitos Fundamentais.(Teoria Geral). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002. Caderno – Teses e monografias, número 4.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. São Paulo Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22 e *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. O Direito dos Povos. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECASENS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1967, anota que *importante é certeza y seguridad en la justicia, forma integradora de ambos os valores*.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHEID, D. Eusébio Oscar. Arcebispo da Arquidiocese do Rio de Janeiro. *Jornal do Comércio*: Rio de Janeiro, de 1º de setembro de 2004. Página A-17, coluna “Opinião”.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª edição, ver. e ampl. de acordo com a nova Constituição, 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

STOCO, Rui, Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, p.66 *apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Responsabilidade Civil, Forense.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil. *In* A Constitucionalização do Direito – A Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Organização de André Andrade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

TAVARES DOS SANTOS J.V., DIDONET, B e SIMON, C(1998). A palavra e o gesto empregados: a violência na escola. *In*. Secretaria Municipal de Educação de Porto Alegre (org). Violência não está com nada, Porto Alegre: Secretaria Municipal de Educação.

TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. *in* Legitimação dos Direitos Humanos Org. RICARDO LOBO TORRES. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

1 Juiz de Direito titular da 48a Vara Cível do Rio de Janeiro, mestre em direito público e evolução social – linha de pesquisa – Direitos Fundamentais e Novos Direitos da Universidade Estácio de Sá, Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e professor da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

2 Advogada, Professora de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes, Coordenadora do Escritório de Prática Jurídica da UCAM – Nova Friburgo, Mestranda em direito público e evolução social – linha de pesquisa – Direitos Fundamentais e Novos Direitos da Universidade Estácio de Sá.

3 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo Martins Fontes, 2004, p.25.

4 CANOTILHO, J.J. Gomes. **O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida**. *In* *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 217-225.

5 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 439.

6 Nesse sentido, HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

7 HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

8 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.19.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 399.

10 GESTA LEAL, Rogério. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 156.

11 LARENZ, Karl aponta a necessidade de um pensamento orientado a valores surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo (cláusula geral), para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. *In Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego, 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 310.

12 Nesse sentido, QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais**. (Teoria Geral). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002. Caderno – Teses e monografias, número 4, p. 188.

13 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22 e *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 14.

14 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil**. *In A Constitucionalização do Direito – A Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Organização de André Andrade. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juris, 2003, p.23.

15 STRECK, Lênio Luiz, ob. cit. p. 27.

16 OLIVEIRA, Rosiska D. de. **A vida privada**. Rio de Janeiro: *Jornal O Globo*, 19 maio 2003, p. 7.

17 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. RJ-SP: Renovar, 2000, p.3.

18 FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 23a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 42.

19 CHAUI, Marilena. **Contive à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2004, 13ª ed. 2ª tiragem, p. 408.

20 *Jornal do Comércio*: Rio de Janeiro, de 1º de setembro de 2004. Página A-17, coluna “Opinião”.

21 BOBBIO, Norberto. *In*. OLIVEIRA JÚNIOR, **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

22 MIRANDOLA, Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Lisboa: Edições 70, 1989. p.38-39.

23 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

24 KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1938. p.113

25 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

26 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128-129.

27 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Tradução – Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

28 *In* TAVARES DOS SANTOS J.V., DIDONET. B e SIMON, C(1998). **A palavra e o gesto empregados: a violência na escola**. *In*. Secretaria Municipal de Educação de Porto Alegre (org). *Violência não está com nada*, Porto Alegre: Secretaria Municipal de Educação.

- 29 MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro – São Paulo: Ed. Renovar, 2003, p. 74.
- 30 G. SOLARI, **Individualismo e diritto privato.** *Apud.* M. GIORGIANNI, O diritto privado e as suas atuais fronteiras (1961), trad.M.C. De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais. 747, p. 42.
- 31 RAWLS, John. **O Direito dos Povos.** Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. p. 167.
- 32 SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6a edição, ver. e ampl .de acordo com a nova Constituição, 2a tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 661.
- 33 REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 306.
- 34 DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 78.
- 35 STOCO, Rui, **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**, p.66.
- 36 STOCO, Rui, **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**, p.66.*apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, **Responsabilidade Civil**, Forense, p. 268.
- 37 GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.1.
- 38 CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 5ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004, p. 481.
- 39 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade Civil Constitucional.** Revista da Emerj, vol. 4, n. 15, p. 45.
- 40 STOCO, Rui, **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**, p.98.
- 41 Boff, Leonardo. **Sabedoria Chinesa.** Jornal do Brasil, edição de 28 de maio de 2004, p. A-11.
- 42 RECASENS SICHES, Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho.* México: *Fondo de Cultura Económica*, 1967, p. 276, anota que *importante é certeza y seguridad en la justicia*, forma integradora de ambos os valores.
- 43 TORRES, Ricardo Lobo. **A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade.** *in* **Legitimação dos Direitos Humanos** Org. Ricardo Lobo Torres. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 397/449.
- 44 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 54, 2001.
- 45 TORRES, Ricardo Lobo. *Ob. cit.* p. 397/449.
- 46 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.
- 47 HABERMAS, Jürgen. **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico.** São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 223/224.

48 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.31.

Fonte: Revista de Direito nº 80-2009
Disponibilizado no Banco do Conhecimento em 20 de agosto de 2010