

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO



YANNE ANDRADE DE ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL: DE ONDE VIEMOS, ONDE ESTAMOS E PARA
ONDE VAMOS?
REFLEXÕES ACERCA DOS NOVOS PARADIGMAS DO INSTITUTO**

Rio Grande/RS
2014

YANNE ANDRADE DE ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL: DE ONDE VIEMOS, ONDE ESTAMOS E PARA
ONDE VAMOS?
REFLEXÕES ACERCA DOS NOVOS PARADIGMAS DO INSTITUTO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito na Universidade Federal do Rio Grande, sob a orientação do Professor Dr. Ênio Fernandez Junior.

Rio Grande/RS
2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

YANNE ANDRADE DE ALMEIDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL: DE ONDE VIEMOS, ONDE ESTAMOS E PARA
ONDE VAMOS?
REFLEXÕES ACERCA DOS NOVOS PARADIGMAS DO INSTITUTO**

Monografia apresentada perante Banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio Grande, de de 2014.

Dr. Enio Fernandez Junior

(Orientador - FURG)

Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira

(Membro da banca - FURG)

Prof. Me. Valdenir Cardoso Aragão

(Membro da banca – FURG)

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia a duas pessoas, que desse mundo já partiram, mas continuam a influenciar a minha vida:

Ao meu avô, Henrique Luiz, pelo companheirismo e amizade, por seu amor e proteção. Por suas peraltices, por me chamar carinhosamente de “rainha da senzala”, pelas gargalhadas sem fim e por me ensinar a levar a vida com bom humor. Pelo abraço carinhoso, pelos inúmeros passeios, pelos jogos de xadrez. E, principalmente, pelo incentivo ao estudo e à leitura, por me mostrar o valor da honestidade, pelas sábias lições de vida e por sempre confiar em mim. Espero constantemente honrar o teu nome.

À minha dinda, Marlene, por sua dedicação e zelo, por seu amor e carinho. Pelo seu sorriso doce, pelas torradas de presunto levadas na cama, por fazer de mim a sua “porcaria”. Pelo exemplo de mulher forte, sensível e caridosa. Por saber exatamente como acalmar meu coração, por me fazer sentir acolhida, por estar sempre ao meu lado e fazer de mim sua terceira filha. Por me mostrar que todas as batalhas da vida podem ser vencidas, com o suor do trabalho e com o coração puro. Estarei sempre olhando a nossa Lua.

Amarei vocês eternamente!

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Jorge Luiz e a minha mãe Maria das Graças. Injusta é a tarefa de agradecê-los, pois nunca terão palavras suficientes que possam demonstrar o quanto sou grata pela vida que vocês me deram. Obrigado pelos valores que vocês constantemente me ensinam. Ao pai pelas nossas conversas, tão valiosas pra mim; à mãe pelas nossas risadas, nossos momentos de carinho. Ao pai por ser um homem digno, honesto e carinhoso; à minha mãe por ser uma mulher sincera e bondosa. Eu amo vocês.

A minha irmã Débora, meu exemplo. Obrigado pelo apoio e incentivo. Eu te amo muito. Aos meus afilhados, Manuella e Lorenzo, pela alegria que enche o meu peito ao vê-los sorrir. A avó Lenira por sua força e a avó Terezinha (in memoriam) pela doçura.

Aos meus amigos pela torcida e por entender a minha ausência;

Ao Luciano, pelo amor.

À Ana Maria, por me honrar com a sua companhia, não somente durante todos os anos da faculdade, mas principalmente por todos esses anos fora dela. Obrigado pelos mates, por estar comigo, por me amar. Te admiro, te adoro, te amo.

Ao Ênio Fernandez Junior, por aceitar a orientação deste trabalho. O convite veio no fim do ano passado, mas a escolha foi feita em 2011. Obrigado pela confiança e pelo carinho.

Conhecer o humano não é separá-lo do Universo, mas situá-lo nele. [...], todo conhecimento, para ser pertinente, deve contextualizar seu objeto. “Quem somos nós?” é inseparável de “Onde estamos, de onde viemos, para onde vamos?”. Pascal já nos havia situado, corretamente, entre dois infinitos, o que foi amplamente confirmado no século XX pela dupla evolução da Microfísica e da Astrofísica. Conhecemos hoje nosso duplo enraizamento: no cosmo físico e na esfera viva. Claro, novas descobertas ainda vão modificar nosso conhecimento, mas, pela primeira vez na história, o ser humano pode reconhecer a condição humana de seu enraizamento e de seu desenraizamento.

A cabeça bem feita – Edgar Morin

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo fazer uma análise do instituto da Responsabilidade Civil com o intuito de perceber se ela corresponde, ou não, satisfatoriamente, às demandas atuais da sociedade. A metodologia utilizada foi a dedutiva explicativa, tendo por bases obras jurídicas, artigos e jurisprudência. No primeiro momento foi analisado como ocorreu o surgimento do instituto, a partir da investigação de suas premissas. Em seguida, enfrenta-se a problemática da função reparatória da responsabilidade civil como ferramenta única em face da constitucionalização do direito civil e do aumento quantitativo e qualitativo dos danos. Por fim, diante da sociedade de risco e da gravidade dos danos que dela decorrem, apresentar as funções punitiva e preventiva do instituto, apontando-as como soluções possíveis para as novas demandas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Função Preventiva. Função Punitiva.

ABSTRACT

This monograph aims to make an analysis of the Institute of Civil Responsibility in order to understand whether or not it corresponds adequately to the current demands of society. The methodology used was deductive explanatory, with the legal bases, articles and case law works. At first it was considered as the emergence of the institute came from the research of its premises. Then, facing the problem of remedial function of tort law as the only tool in the face of constitutionalization of the civil law and the quantitative and qualitative increase of damage. Finally, due to the risk society and the severity of the damage it entails, present the punitive and preventive functions of the institute, pointing them out as possible solutions to the new demands.

KEY WORDS: Civil Liability. Preventive. Punitive. Function.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DE ONDE VIEMOS?	14
2.1 BREVE HISTÓRIA DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA CIENTÍFICA PARA COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E SUA FALÊNCIA COMO SISTEMA ÚNICO	17
2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SEUS RISCOS	21
3 ONDE ESTAMOS?	25
3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
3.1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	27
3.1.2 ...E SEUS REFLEXOS NO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
3.2 A CONSEQUÊNCIA DO REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O DIREITO DE DANOS E O ESGOTAMENTO DO ATUAL SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	32
4 PARA ONDE VAMOS?.....	36
4.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS PREMISSAS DA FUTUROLOGIA.....	37
4.2 FUTUROLOGIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL: FUNÇÃO PUNITIVA E FUNÇÃO PREVENTIVA	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como proposta uma análise acerca da linha evolutiva do instituto da responsabilidade civil. A metodologia utilizada para o desenvolvimento dessa proposta foi o método dedutivo explicativo, através de leitura e interpretação de varias obras, jurisprudência e artigos. A hipótese aventada nesse trabalho tem o objetivo de perceber se a responsabilidade civil tradicional é eficaz ou não frente às demandas atuais da sociedade.

É sabido que existem divergências teóricas entre os doutrinadores sobre grande parte dos aspectos do instituto, desde seus pressupostos, passando por seus elementos, até as suas funções. Todas essas discussões revelam a importância da responsabilidade civil, uma vez que o instituto, como se pretende demonstrar durante as linhas deste trabalho, é o termômetro da sociedade e de seu tempo. Reside aí, portanto, a necessidade de que se continue discutindo, pois sendo a responsabilidade civil o recurso utilizado pela vítima de um dano, é preciso verificar se esse recurso consegue tutelar satisfatoriamente essa vítima. Além disso, já é possível sinalizar que a responsabilidade civil pretende muito mais. Hoje, cresce em paralelo a já estabelecida e sedimentada função de reparação do dano, a preocupação do instituto em não permitir que alguém seja vítima de um dano, ou seja, com a prevenção. Porém, a pretensão desse trabalho não é estabelecer um plano normativo completo de metas para o alcance dessa nova preocupação, mas sim demonstrar, que devido ao momento social em que se encontra, há necessidade de se pensar em uma responsabilidade para além das barreiras de reparação.

O questionamento que perpassa o capítulo primeiro do trabalho é “de onde viemos,” para que se situe o instituto da responsabilidade civil a partir da Revolução Francesa, muito embora alguns doutrinadores apontem o surgimento do instituto bem antes disso. Não há como negar que a concepção de reação frente à lesão surge desde os primeiros povos, mas o

instituto da responsabilidade civil é sim, posterior. O trabalho não tem a pretensão de permanecer apenas no curso dessa discussão, mas constatar o instituto por ora versado como fruto de seu tempo.

É a partir do Código Napoleônico que se percebe o princípio geral da responsabilidade civil: conduta culposa, dano e dever de reparação. Nesse Diploma o elemento culpa está conectado a conduta delineando assim o sistema de responsabilidade subjetiva.

A Revolução Industrial trouxe um aumento significativo dos acidentes de trabalho, em decorrência do maquinismo. A teoria da responsabilidade subjetiva não mais é capaz de satisfazer as vítimas frente à lesão, devido à dificuldade de demonstração da culpa nesses acidentes. Motivo pelo qual surge nessa época a noção de culpa presumida.

A contar do ano de 1988 a responsabilidade civil sente o reflexo dos valores e princípios que emergem do texto constitucional, assim a tendência da constitucionalização do direito civil desponta novos horizontes para o instituto da responsabilidade civil, despertando nesse uma maior preocupação com a tutela da vítima, independente do exame da culpa, em face da reparação do dano, justificando o advento da responsabilidade objetiva.

A preocupação nesse capítulo é dedicada a asseverar que o Direito que sobrevém de uma sociedade nem sempre mantém um diálogo com outra, o que justifica a constante necessidade de reformulação do instituto.

No segundo capítulo será enfrentada a transformação que o fenômeno da constitucionalização imprimiu no instituto da responsabilidade civil, diante disso será demonstrado o sentido da expressão que perpassa o texto “onde estamos”, para que se revele o instituto da responsabilidade civil como fruto de seu tempo.

Nessa abordagem se verifica que a Carta Constitucional de 1988 refletiu em todo o seu texto as premissas éticas advindas da consagração dos direitos humanos, tornando o Direito Civil um sistema aberto, maleável aos fatos sociais, bem distante dos valores individualistas

anteriores. Por certo, a responsabilidade civil como instituto pertencente ao Direito Civil foi alcançada pelos valores e princípios que emanaram da Constituição, trazendo a necessidade de um reexame geral de suas características.

O princípio da dignidade da pessoa humana aliado ao objetivo fundamental da construção de uma ética solidária provocou um redimensionamento das premissas da responsabilidade civil, trazendo ao instituto uma nova roupagem, deixando de ser esse, mero instrumento de proteção patrimonial para assumir a valorização e proteção da dignidade da pessoa humana. Com isso a noção de reparação tem sua premissa interna transformada, ou seja, da conduta do agente para tutela da vítima, confirmando a busca de uma justiça distributiva.

Na abordagem do terceiro capítulo se enfrenta as mutações sofridas pela responsabilidade civil no decurso do tempo, trazendo como questionamento “para onde vamos”, por certo a pretensão não é de profetizar, mas de elencar as possibilidades dos novos rumos que a responsabilidade está se direcionando.

A responsabilidade civil com a nova roupagem conferida pelos valores e princípios constitucionais será estendida para além do indivíduo e dos danos voltando-se para compreensão do contexto social que está inserido este indivíduo e para o prejuízo que esse dano pode causar a todos.

O primeiro aspecto relaciona-se ao sujeito lesante, considerando a consequência da percepção de seus atos perante a sociedade. O segundo está relacionado à importância do bem lesado, principalmente quando uma soma em dinheiro não possibilita sua efetiva tutela, como por exemplo, nos casos dos danos ambientais e à saúde.

Será demonstrado que ao quesito indenizatório surgirá o aspecto pedagógico-punitivo, embora existam divergências doutrinárias sobre o assunto, na jurisprudência pátria já é possível observar decisões favoráveis a esse aspecto.

Além disso, a responsabilidade civil deverá acolher tanto a função reparatória, quanto a função preventiva, visando corresponder às demandas que emergem da sociedade. Assim, as funções do instituto, deverão se alinhar a efetivação da dignidade da pessoa humana, para que possam corresponder à responsabilidade civil do mundo contemporâneo.

2 DE ONDE VIEMOS?

A transformação é a essência da História e somente o ser humano pode executar tal tarefa. (CASTRO, 2007, p. 1)

O estudo da História apresenta uma continuidade de acontecimentos, marcados por rupturas em que as revoluções ocorrem, seja no relacionamento do homem com a natureza ou no dos indivíduos entre si. O tempo histórico se contrai e acelera as transformações. O fluxo histórico se rompe, ganha novo sentido.

As relações humanas, em um contexto histórico-social do ser humano organizado em sociedade, atingiram elevado grau de complexidade devido aos períodos da (r)evolução, refletindo-se nas esferas: social, política, econômica, científica e religiosa da humanidade, sendo que a cada momento de (r)evolução surgiram novas formas de conflitos sociais.

Anthony Giddens acredita que não há teoria única que poderia explicar a diversidade do desenvolvimento humano, “nem as sociedades de caçadores e coletores e pastorais, nem civilizações tradicionais nem aos sistemas complexos da atualidade.” (GIDDENS, 2012, p. 99)

Inserido nessa temática que as ciências tentam captar parcelas da realidade histórica, da produção cultural, para tentar compreender as transformações desde o início da experiência humana. A ciência do Direito não é a exceção, nem deveria ser. A investigação jurídica científica é primordial, pois auxilia na compreensão das conexões entre as características de uma sociedade e do direito que dela sobreveio.

Importante lembrar, que o direito que sobrevém dessa sociedade nem sempre terá relação causal com o direito que sobrevém de outra sociedade, inserida em outra época social, econômica, política, religiosa e científica. É a lição de Giselda Hironaka:

Mais do que investigar as transformações das instituições jurídicas, desde sua fundação até a forma atual, essa investigação precisará mostrar o nexo que há entre cada forma assumida por tais instituições, bem como deverá servir de lume ao momento em que o assunto transbordar o horizonte da prática jurídica. (HIRONAKA, 2005, p.12)

Essa é a linha de pensamento escolhida para o desenvolvimento desse trabalho.

2.1 Breve história da experiência jurídica científica para compreensão da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, como instituto, é concebida dentro do período revolucionário francês e instituída em sua codificação. Apesar das primeiras civilizações e dos períodos que trataremos a seguir, terem influenciado diretamente na evolução da concepção da responsabilidade civil, principalmente no trinômio: punição, reparação e compensação, não criaram expressamente o instituto da responsabilidade civil, e sim mecanismos de proteção ao indivíduo frente à lesão ao direito desse indivíduo. Embora, muitos doutrinadores civilistas divergirem da afirmação acima, sobre isso, invoca-se novamente o que intui Giselda Hironaka ao afirmar que

[...] de forma alguma há uma relação direta da evolução legislativa que proceda ao encaminhamento, por exemplo, das formulações clássicas e pioneiras do direito romano às construções legislativas que constituirão, tanto séculos depois, o direito francês e, por consequência da influência deste, o sistema jurídico romano-germânico ou sistema jurídico continental. Apesar da grande semelhança entre concepções jurídicas elaboradas em mundos tão distintos, trata-se apenas de uma aproximação aparente que, quando analisada com maior atenção, revelará mais diferenças de fundamentação do que causas semelhantes. (HIRONAKA, 2005, p. 28-29)

Quando se olha para o passado do homem se percebe imediatamente a característica instintiva de reação frente à lesão. Os indivíduos viviam em grupos ou tribos, sem normas que disciplinassem as relações interpessoais, prevalecendo à prática da vingança privada, caracterizada pela insurgência coletiva frente ao dano sofrido, contra o agressor e ao grupo social ao qual pertencia. Nesse momento, não existe preocupação particular com o sofrimento da pessoa lesionada e tão pouco com os aspectos subjetivos da conduta danosa do autor. O

homem, enquanto ser primitivo reagia com violência perante o mal sofrido, e para Sílvio de Salvo Venosa, “o homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico.” (VENOSA, 2013, p. 18)

A Lei de Talião institucionalizou a vingança privada em Roma, onde o Estado intervia para declarar quando e como a vítima poderia exercer o direito à retaliação para produzir no ofensor um dano idêntico ao que sofreu. Por isso a máxima “olho por olho, dente por dente”, pois com essa dinâmica acreditava-se que seria justa a reciprocidade do crime e da pena.

Posteriormente, surge o período de composição voluntária que introduz a compensação econômica como alternativa à vingança, com o intuito de evitar que o direito a retaliação fosse exercido abusivamente. Martinho Garcez Neto (2000, p. 25-26, grifo nosso) aduz:

Nessa etapa da evolução jurídica, já surgia do fato danoso para vítima uma dupla consequência: por um lado, uma dívida em dinheiro, e, por outro, uma eventual responsabilidade pessoal, restando ao ofendido o direito de optar entre uma e outra. A lei das XII Tábuas é um exemplo clássico, ao estabelecer na Tábua 8ª n. II: “Se alguém destruir um membro de outrem e não transigir, que seja punido com a pena de Talião.

Importante lembrar que a sanção poderia atingir tanto o patrimônio do agente causador do dano quanto a sua própria vida, podendo até mesmo atingir a vida de um terceiro. Além disso, podemos observar que não há uma preocupação essencial com o ressarcimento do dano a vítima, e sim com a punição do responsável pela lesão. O Direito Romano, no período arcaico, era costumeiro, marcado pela ritualidade, onde a família era o centro de tudo, até mesmo do direito. A segurança de um indivíduo dependia mais do seu grupo social do que propriamente do Estado.

Não obstante, é depois de estabelecida a Lei das XII Tábuas, onde a composição deixou de ser voluntária passando à obrigatória, com a autoridade soberana assumindo a dianteira na composição dos pleitos, passando a ser o titular da repressão infringida ao

causador do dano, substituindo então a vítima, que não poderia mais fazer justiça pelas próprias mãos.

Em Roma, a Lex Aquilia, com toda certeza, merece destaque pela sua contribuição no que tange ao trato das lesões ao direito alheio. É com o surgimento dessa lei que se afasta a ideia de punição pessoal em prol de uma punição pecuniária, ou seja, “possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens.” (VENOSA, 2013, p. 19). Por tais razões, a interpretação dessa lei delineou o que conhecemos hoje como responsabilidade extracontratual.

2.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e sua falência como sistema único

O sociólogo Anthony Giddens, ao explicar a teoria sobre a inquietação social de Blumer, considerava “que todos os tipos de movimentos sociais eram motivados pela insatisfação com alguns aspectos da sociedade vigente, que buscavam corrigir.” Desse modo, eles estavam tentando construir uma “nova ordem de vida”. (GIDDENS, 2012, p. 715)

A insatisfação na Revolução Francesa ficou por conta do terceiro estado, ou seja, da burguesia, sendo as ideias Iluministas a expressão desse movimento. É inaugurado um cenário marcado pela consolidação do racionalismo (imperativo para análise e entendimento dos fenômenos naturais e sociais), legitimado pelos interesses sociais da burguesia (que buscava, principalmente, acabar com os privilégios da nobreza e com o monopólio da administração do Estado pela monarquia e instaurar a igualdade civil) e pela afirmação de uma cultura individualista e liberal. Nesse ascender de luzes, o sagrado passa a ser o homem e o divino passa ser humanizado, motivo pelo qual há uma ruptura entre Igreja e Estado, sendo a primeira totalmente dispensável, uma vez que acreditavam que Deus está presente na natureza, portanto no próprio homem, que pode descobri-lo através da razão.

O movimento cultural iluminista, com sua lógica racionalista-científica, difundiu-se pelos países da Europa, respaldando muitas revoluções e influenciando de várias formas seus ordenamentos. Contudo, vamos olhar para França, mais precisamente para o Código Civil Francês portador de ideias da Revolução Francesa e por consequência do Iluminismo.

Imprescindível, fazer um recorte nesse momento, para lembrar a influência de JEAN DOMAT para a construção do Código Civil Francês. Por meio de sua obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, operou uma sistematização do direito, esclarecendo que o seu intuito de colocar as leis civis em ordem, tem o propósito de poder distinguir as diferentes matérias do direito, dividi-las segundo suas partes e reunir em cada parte as minúcias de suas definições, de suas regras e de seus princípios (HIRONAKA, 2005, p. 62-64). Portanto, reside aí a justificativa de que o instituto da responsabilidade civil é fruto contemporaneidade, pensado pelo direito revolucionário francês e expressamente previsto pelo Código Napoleônico.

A responsabilidade civil surge nessa codificação e prevê a possibilidade de responsabilização por ato próprio e de responsabilização extracontratual, na lição de Rui Stoco. (STOCO, 2004)

O art. 1382 desse também chamado Código Napoleão trata da responsabilidade por ato próprio, com a seguinte redação:

Art. 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer . (Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano).

[...] O art. 1383 contém o princípio da responsabilidade aquiliana ou delitual, tendo a culpa como pressuposto, dispondo:

Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence . (Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência).

Diante da redação do artigo 1382, se percebe a formação do princípio geral de responsabilidade civil: dano, conduta culposa e dever de reparação. Ademais, a partir da análise do disposto no artigo 1383, foi verificado que na responsabilidade civil a culpa

abrange dois sentidos: o agente age com negligência e imprudência (culpa) ou ao agente procura intencionalmente o dano (dolo).

Nesse diploma, o elemento culpa precisa estar conectado ao elemento conduta para que se configure a responsabilidade civil, delineando, assim, o sistema de responsabilidade civil subjetiva. De certa forma, a culpa designava a ideia de censura moral do dano, enfatizada na reprovação da conduta. Essa lógica não poderia ser diferente, na compreensão de José Luís Marasco Leite, o mundo moderno marcado pelo individualismo filosófico e pelo liberalismo econômico, “não se podia pensar em responsabilidade senão a partir da admissão de as pessoas poderem dirigir livremente suas ações. O homem, sendo essencialmente livre, deveria responder, então, pelo exercício em concreto de sua liberdade.” (LEITE, 2011, p. 44)

No Brasil, o Código Civil de 1916 foi influenciado diretamente pelo Código Civil Francês, mantendo a visão patrimonialista e individualista no direito civil. No que tange a responsabilidade civil, manteve o sentido de o agente ter que reparar o prejuízo ou dano injustamente causado a pessoa quando provada a sua culpa, identificando o sistema da culpa subjetiva como regra à responsabilidade. Em outras palavras, é adotada a teoria clássica da responsabilidade civil subjetiva¹, onde o agente só será responsabilizado provado o nexo causal entre sua conduta dolosa ou culposa, por ação ou omissão, e o dano sofrido pela vítima.

Porem, a lógica do sistema de culpa, a partir de um determinado momento, revelou-se frágil e incapaz de compreender todas as situações advindas do progresso de uma sociedade, agora, pautada na Revolução Industrial. A transformação radical da era do maquinismo, que deslocou o modo de produção de doméstico à fabril, e conseqüentemente, a concentração da massa trabalhista nessas fábricas, ocasionou as mais variadas conseqüências, das quais destacaremos: o aumento dos acidentes de trabalho devido ao uso do maquinário e a

¹ Importante ressaltar que a responsabilidade objetiva não era estranha ao legislador brasileiro daquela época, uma vez que foi reconhecida em algumas leis especiais, como por exemplo, o Decreto nº 2.681 de 1912 que disciplina sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro.

dificuldade de identificar a culpa pelos danos causados e quem seria o responsável por estes; o aumento da população nos centros urbanos, ensejando o aumento de suas relações pessoais e das transgressões aos deveres de conduta comuns; e o aumento da exploração econômica na sociedade massificada pela atividade estatal.

Diante desse cenário, rogava-se pela necessidade de reparação dessas vítimas do mundo industrializado. Por isso, a Revolução Industrial foi um “marco no que se refere à expansão da responsabilidade civil” (VAZ, 2009, p. 32), uma vez que a teoria até então dominante não é capaz de proteger satisfatoriamente as vítimas frente às novas lesões.

Nesse momento, surgem novas teorias em torno de uma temática de proteção a vítima, alargando o conceito de culpa e passando a presumir, em determinadas situações, a conduta culposa do causador do dano, resultando na responsabilidade civil com presunção de culpa. Nesse viés, ocorre a inversão do ônus da prova, ou seja, o “presumido” agente causador do dano precisa demonstrar a ausência de culpa para se libertar do dever de indenizar. Sobre a atuação dos juízes nesse contexto, ensina Facchini (FACCHINI NETO, 2010, p. 23)

Tradicionalmente, constatava-se a existência da culpa antes de condenar-se o culpado. Inverteram eles, então, o iter lógico: constatando que a vítima tinha “direito” a ver reparado seu prejuízo, esforçavam-se em descobrir uma culpa que pudesse justificar a decisão. Ou seja, adotavam-se “processos técnicos” de extensão do conceito de culpa, para tentar garantir o direito à reparação dos danos, sob a égide da responsabilidade subjetiva, dilatando abusivamente a ideia de culpa, de que são exemplos os expedientes das presunções de culpa, da teoria da culpa na guarda das coisas, teoria da culpa anterior, teoria da culpa desconhecida, teoria da culpa coletiva, culpa das pessoas jurídicas, etc.

O reconhecimento dessa presunção de culpa pela jurisprudência facilitou o caminho para aceitação da teoria da responsabilidade civil objetiva.

2.3 A responsabilidade civil objetiva e seus riscos

Vive-se um estado de ceticismo em relação às metanarrativas da modernidade. Todos aqueles ideais, aqueles empolgantes referenciais universais, aquelas entusiasmantes narrativas, enfim, todo aquele belo quadro pintado na valiosa tela da modernidade, a retratar a propalada perfectibilidade do progresso humano, agora estão irremediavelmente desbotados.

Não sem razão: Nietzsche lançou o gérmen do ceticismo total. Freud derrubou o mito da atuação humana sempre consciente. Marx denunciou as verdadeiras intenções capitalistas. Foucault escancarou o verdadeiro poder até então praticado: o controle do homem sobre o próprio homem. Einstein balançou as aspirações modernas da certeza e centralidade com sua notável teoria da relatividade. Com suas pilastras de sustentação atingidas bem em cheio, o resultado foi óbvio: o edifício iluminista começou a ruir [...] (MARANHÃO, 2007, p. 25-26)

Os efeitos do período pós Revolução Industrial são: o desenvolvimento do sistema capitalista através do surgimento de novas tecnologias produtivas e a consequente globalização da escala industrial; um surto de urbanização e o surgimento de novas classes sociais; a pluralidade de movimentos sociais; entre outros. Tais efeitos deram causa a uma multiplicidade conflitos geradores de danos de dimensões até então desconhecidas. O sentimento humano, frente à queda de um muro e ao genocídio da guerra, não poderia ser outro: “o coletivo avulta; dá-se o declínio do individualismo”. (LEITE, 2011, p. 58). Assim, nasce uma cultura humanista, despreza-se o individualismo.

A Constituição Federal de 1988 alia-se com esse sentimento, tendo refletido em todo o seu texto a valorização da humanização, da solidariedade social, do desenvolvimento da personalidade, valores estes, traduzidos no princípio norteador de todo o ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A tendência da constitucionalização do direito civil desponta novos horizontes para o instituto da responsabilidade civil, quando se percebe uma maior preocupação com a tutela da vítima, independente do exame da culpa, em face da reparação do dano.

No Brasil, o código civil de 2002, admite expressamente no parágrafo único do artigo 927 a responsabilidade civil objetiva, que diz

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (CÓDIGO CIVIL, 2002.)

Assim, se constata que o legislador brasileiro instituiu norma aberta para tratar da responsabilidade objetiva, aceitando a condição de que é impossível prever, devido à complexidade das relações atuais, todas as dimensões que podem causar danos. Por isso, que a obrigação de reparar o dano, nesse diapasão, atrela-se diretamente ao risco “aqui entendido como temor ou receio justificado de que, da simples prática de certa atividade ou da mera utilização de uma coisa, possa sobrevir um mal alguém.” (LEITE, 2011, p. 63)

Cabe então, revelar que a responsabilidade objetiva se fundamentou na teoria do risco como critério de atribuição para imputar a responsabilidade a alguém, quando se torna impossível a verificação da culpa. As diferentes análises aferidas à palavra risco, no entendimento de José Luis Marasco Leite, resultam nas teorias do risco-criado e do risco-proveito, assim definidas:

[...] as ideias de responsabilidade derivadas do risco profissional e do risco proveito[...] A primeira penetrou, obviamente, no terreno do acidente de trabalho, não abarcando, entretanto, a multiplicidade de hipóteses nas quais faz sentido invocar-se a responsabilidade derivada de práticas ou condutas arriscadas. A segunda, apresentando a sedutora justificativa de que a responsabilidade do agente devesse ser a contrapartida das vantagens e dos proveitos que sua ação lhe proporcionasse, foi a que mais se propagou (“ubi emolumentum, ibi onus”).

Os riscos criados pelas condutas humanas na vida social podem referir-se ao exercício de uma atividade, que exponha pessoas à possibilidade de sofrerem danos; a determinações de cunho administrativo, que possam produzir prejuízos a outrem; a utilização de coisas e de artefatos que, por si mesmos, tenham a virtualidade de propagar situações de perigo.

Todos estes riscos – que visualizados como risco-empresa, risco-administrativo, risco-utilização-de-coisa-perigosa- correspondem, para quem os cria, à possibilidade de obter ganhos econômicos, de extrair proveitos políticos ou, até mesmo, de adquirir conforto material ou de alcançar status social superior.

[...] Para esta visão, o dano que alguém crie por atividades perigosas ou ariscadas há de ser por ele devidamente indenizado. É de se admitir, porém,

que a obrigação de indenizar importe em um juízo que se faça do conteúdo potencialmente danoso da atividade. (Ibid., p. 67-69)

A metodologia da teoria do risco-proveito se mostra inteligível: aquele que tirar proveito ou vantagem, na ação ou atividade geradora do dano, deve indenizar a quem sofreu esse dano e não colhe proveito ou vantagem dessa atividade. A principal crítica a essa teoria é justamente o dever de indenizar estar diretamente conectado aos proveitos econômicos percebidos pelo agente da ação ou atividade de risco. Nesse sentido, a crítica de Anderson Schreiber afirma que “tal entendimento parece, no entanto, insustentável diante da própria redação do dispositivo, que, ao aludir apenas ao risco, sem cogitar do seu aproveitamento pelo responsável, sugere fortemente a adoção da teoria do risco-criado, e não do risco-proveito.” (SCHREIBER, 2009, p. 24).

Nessa linha, a teoria do risco-criado se mostra mais abrangente, ampliando o conceito do risco-proveito, uma vez que assegura a indenização a quem é exposto ao risco em decorrência da atividade ou ação de outrem, e revela-se mais justa para a vítima que já não precisa mais provar o possível proveito ou vantagem do agente causador do dano.

Embora, as teorias do risco sejam de grande contribuição para conceituação do risco, faz mister perceber que elas não abarcam o grau de intensidade desse risco para que se possa invocar o parágrafo único do artigo 927 do atual código civil. Como já foi dito, não é todo o risco que enseja indenização, para isso, deve ser um enfrentado o grau do risco.

Nesse sentido, para apreciação do grau do risco, importante é a lição HIRONAKA:

[...] aponta-nos dois parâmetros que, cremos, podem servir de ótimos subsídios para tal mister. O primeiro seria denominado **risco caracterizado** (fator qualitativo), consiste na potencialidade, contida na atividade, de realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente afastada, malgrado toda e qualquer diligência que se leve a efeito nesse sentido. O outro critério [...] que poderia também ser usado na gradação de riscos, para os fins daquela cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, é o da **atividade especificamente perigosa** (fator quantitativo), que se subdivide em probabilidade elevada, correspondente ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência), e intensidade elevada, atinente ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade. [...] estes dois últimos

desdobramentos deste segundo elemento não necessariamente precisam aparecer juntos. (HIRONAKA, 2006, p. 105-106)

É bem verdade que - independente de qual teoria do risco será adotada e do grau de aferição desse risco - diante do caso concreto, na atual conjuntura, caberá à jurisprudência apontar as atividades compreendidas no rol da aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, a exceção, obviamente, das já previstas em lei.

Outro enfoque dado à responsabilidade objetiva é a Ideia de Garantia, com a finalidade de garantir o direito de indenização da vítima frente ao causador do dano que não poderia suportá-lo. Como ensina Facchini Neto (2010, p. 24):

[...] o legislador, exemplificativamente, ao responsabilizar os preponentes pelos atos dos prepostos, teria visado assegurar às vítimas a efetivação de seu direito à indenização dos prejuízos injustamente sofridos, direito este que restaria seriamente comprometido se dependesse unicamente da solvabilidade do autor direto do ato danoso.

O ordenamento pátrio reconhece tanto a responsabilidade subjetiva, quanto a responsabilidade objetiva, ainda que se considere a primeira como regra e a última como exceção. Porém é possível ver um caminhar da responsabilidade civil rumo à inversão dessa lógica, guiado pela constitucionalização do direito civil e pelo sentimento latente de coletividade e solidariedade social, descortinando outras, e não novas funções da responsabilidade civil. É o que será demonstrado nas linhas que seguem.

3 ONDE ESTAMOS?

A Segunda Guerra Mundial foi um dos eventos mais grandiosos e violentos do século XX, abalando a população mundial com sua barbárie, com efeito, seu fim fez a humanidade (re)pensar sobre suas ações e seu próprio futuro. É no pós-guerra que nasce a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o intuito de construir um mundo sob novos alicerces ideológicos, a fim de evitar um novo horror como aquele.

A Carta Constitucional de 1988 refletiu em todo seu texto as premissas éticas advindas da consagração dos direitos humanos, e “formou diretrizes axiológicas fundamentais orientadoras da organização política e social” (MARANHÃO, 2010, p. 115). O texto constitucional tem como objetivo fundamental, expresso em seu artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, visando reduzir as desigualdades sociais, com intuito de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor ou idade. Dessa forma, os direitos fundamentais ocupam posição de destaque nessa nova ordem constitucional, estabelecendo valores superiores, e servindo de parâmetros hermenêuticos, principalmente porque eles expressam, de certa maneira, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico demonstra não somente a sua supremacia formal, mas também axiológica, justamente por ser dotada de grande carga principiológica. Assim, ela espalha seus frutos por todo ordenamento jurídico pátrio, a fim de atingir aqueles objetivos.

O fenômeno da constitucionalização do direito pode ser interpretado de várias formas, uma delas, sob a ótica de que o texto constitucional agregou em seu corpo inúmeras matérias e institutos dos ramos infraconstitucionais do Direito. No presente Trabalho será explorada “a ideia de constitucionalização do Direito associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa,

por todo o sistema jurídico (BARROSO, 2005)”. O Ministro Luís Roberto Barroso, ao discutir o tema, aduz que a constitucionalização do direito repercute também na atuação dos três Poderes e ainda nas relações entre particulares:

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. (BARROSO, 2005)

Diante disso, entende-se que toda a interpretação do sistema jurídico deve ser observada à luz dos princípios e regras da Carta Constitucional, servindo como filtro, passando a condicionar a validade e o sentido do direito subalterno. A interpretação das disposições normativas, de acordo com Tepedino, deve propor uma acepção sistemática e axiológica, assim define o autor:

O cânone sistemático exige que o ordenamento seja interpretado em sua unidade; enquanto o cânone axiológico pressupõe que os valores constitucionais, comunitários e internacionais vivifiquem e atualizem cada uma das normas que devem necessariamente ser lidas e interpretadas sempre, mesmo que sejam aparentemente claras.” (TEPEDINO, 2004 p. 3)

Feita a delimitação do entendimento do fenômeno da constitucionalização do direito, inicialmente será dada mais atenção aos efeitos dessa constitucionalização na ceara do Direito Civil, e mais tarde, na Responsabilidade Civil.

3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1.1 A constitucionalização do Direito Civil

É possível dizer que atualmente o Direito Civil se apresenta como um sistema aberto, maleável aos fatos sociais e sensível aos atores sociais, bem distante dos valores individualistas anteriores. Essa mudança de paradigma, como já foi dito, aconteceu em virtude de que todos os ramos do direito subalterno devam ser interpretados à luz da Constituição de 1988, ou seja, em face dos princípios constitucionais.

O Código Civil de 2002, por apresentar cláusulas gerais (por exemplo: cláusula geral de responsabilidade objetiva presente no parágrafo único do artigo 927), princípios jurídicos gerais (por exemplo: o princípio da boa-fé, no artigo 422) e conceitos legais indeterminados (a saber, os “bons costumes” presente no artigo 122) formou uma nova ordem jurídica, transpondo a lógica patrimonialista e formalista do diploma de 1916.

Além disso, o professor Ney Stany Maranhão² defende que o novo Código Civil foi estruturado sob três princípios, os quais serão ilustrados, a seguir, em síntese de sua tese: *o princípio da eticidade* concerne na pretensão de aproximar a técnica da ética, focar os institutos de direito civil sob o influxo da finalidade social, priorizando a equidade e a boa-fé para atingir a decisão mais justa ao caso concreto; *o princípio da socialidade* busca preservar o sentido de coletividade em detrimento, muitas vezes, de interesses puramente individuais, como por exemplo, a função social do contrato e a natureza social da posse; e *o princípio da operabilidade*, que refere-se a valorização dos poderes do magistrado, habilitando-o a

² MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade Civil Objetiva pelo risco da Atividade: Uma perspectiva Civil-Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 161-163.

verificar em cada caso concreto, as efetivas necessidades que demandem a tutela jurisdicional, justamente porque o legislador se valeu das cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser completados à luz de cada espécie fática.

Nesse sentido, a configuração do código vigente possibilitou, através de um sistema aberto, a penetração dos princípios constitucionais orientadores da interpretação dos institutos do Direito Civil. Longe de esgotar os inúmeros aspectos do tema da constitucionalização do direito, e diante de tudo o que foi exposto, o objetivo principal foi demonstrar a força que irradia desses princípios constitucionais, capazes de produzir profundas reformulações no certame do Direito Civil e, conseqüentemente, o que se entende por responsabilidade civil.

3.1.2 ...e seus reflexos no instituto da Responsabilidade Civil...

Após estudar o percurso histórico do instituto da responsabilidade civil, percebe-se seu caráter “essencialmente mutante” (VENOSA, 2013, p. 317), capaz de adaptar-se as transformações da realidade social de cada época, refletindo seus anseios. Dessa forma, os princípios constitucionais se espalham pelo ordenamento civil, atingindo a responsabilidade civil “suscitando uma revisão do seu próprio conceito, das suas fontes, das suas funções e de seus pressupostos” (VENTURI, 2012, p. 19) buscando, justamente, a melhor adequação aos anseios sociais de nossa época.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III e o objetivo fundamental da construção de uma ética solidária, prevista no artigo 3º, I, ambos da Constituição Federal, provocaram um redimensionamento das premissas do instituto da responsabilidade civil.

É possível verificar que tal redimensionamento acarretou na superação da visão do instituto como mero instrumento de proteção patrimonial individual centrada na defesa da

propriedade, “assumindo, a valorização da pessoa humana, marcada pela ampla proteção de sua dignidade”. (MARANHÃO, 2010, p. 177)

Diante dessa temática de proteção a pessoa, nota-se a inversão no núcleo da lógica reparatória, “tendente à objetivação da responsabilidade civil, mercê do profundo sentimento de justiça e de equidade que passou a trespassar a matéria, doutrina e jurisprudência” (MARANHÃO, 2010, p.181) decorrente da perspectiva civil-constitucional.

Se antes a noção clássica da reparação estava destinada a punição do ofensor associada à reprovação de sua conduta, agora, com o emergir dos princípios humanizantes, está destinada a compensação da vítima pelo dano sofrido confirmando a busca de uma justiça distributiva. (MULHOLLAND, 2009, p. 13-14).

Portanto, a culpa deixa de ser o principal fator à obrigação de indenizar, contribuindo para a concretização da teoria do risco, uma vez que essa tem por objetivo reparar os danos injustos³ (MULHOLLAND, 2009, p.15-16) sofridos pela vítima visando a sua proteção. Por sua vez, a figura do dano ocupa lugar de destaque, resultando em um “Direito de Danos que serve, portanto, como instrumento para efetivação destes valores constitucionais, possibilitado que, uma vez infringidos os interesses da pessoa, possam ser reparados da forma mais integral possível. (MULHOLLAND, 2009, p. 68)”. Tudo isso, colaborou com a extensão da tutela da pessoa da vítima resultando num alargamento hipóteses de reparação por meio da indenização.

Observa-se isso ao atentar para o próprio-texto constitucional que prevê expressamente a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas⁴, o que

³ MULHOLLAND conceitua dano injusto “constitui uma cláusula geral, através da qual os aplicadores do direito – mais especificamente, os juízes- concretizam as situações de dano ressarcível, analisando não mais a conduta culposa como parâmetro de identificação do ilícito, mas agora a concreta violação do dever de não lesar, criando assim a possibilidade da atipicidade dos atos ilícitos e ampliação das hipóteses de reparação.”

⁴ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

mostra a preocupação com a proteção à pessoa, e prevê também a indenização pelo dano material, moral ou à imagem⁵, restando, evidentemente explícito, a reparação para além do dano material.

A doutrina em torno da conceituação do dano moral é diversa, admitindo que o dano moral, também chamado de dano imaterial ou não patrimonial, refere-se ao “prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual (VENOSA, 2013, p. 47)”, relacionando-se a “dores físicas, desgostos, vexames, humilhações e sofrimentos” (LEITE, 2011, p. 40), sendo as lesões “cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 111). Contudo, acredita-se que a melhor conceituação do dano moral, haja vista a temática de proteção à pessoa humana intuída pela Carta Constitucional, seja a preconizada por Sergio Cavalieri Filho:

Assim, à luz da Constituição vigente podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos: em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 52, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral: Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. (CAVALIEIRI FILHO, 2012, p. 88-89)

Como consequência desse alargamento, constata-se a expansão das hipóteses de reparação tanto em um plano quantitativo quanto qualitativo. O primeiro, devido ao aumento do número de ações de ressarcimento, principalmente, em consequência do amplo acesso à justiça garantido pela Constituição Federal de 1988; e o segundo, pela multiplicação de novas espécies de danos, até então desconhecidos, decorrentes da relação do homem com o próprio

⁵ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

homem, e, principalmente, da relação do homem com o desenvolvimento de seu ambiente⁶.

Anderson Schreiber discorre sobre esse novo cenário:

No Brasil, por exemplo, não se pode ignorar, nesta temática, o progressivo desmoronar das barreiras processuais que veio assegurar a extensa camada da população, antes marginalizada, o efetivo acesso ao Poder Judiciário como meio de realização de Justiça. A criação dos Juizados Especiais, a gratuidade de acesso às cortes, o empenho – inversamente proporcional ao aparelhamento – da Defensoria Pública, o crescente recurso de ações coletivas e outros novos instrumentos de ordem processual tem provocado uma verdadeira revolução que contribui significativamente, para um aumento quantitativo das ações de indenização e dos danos efetivamente ressarcidos.

À parte essa expansão quantitativa, verifica-se, em todo mundo, e de modo ainda mais marcante, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis. De fato, o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, e de outro lado, a verificação de danos demasiados abrangentes, identificados com interesses transindividuais ou supra-individuais, que passam a ser com considerados dignos de proteção, vieram a exigir o repensar da estrutura individualista e eminentemente patrimonial das ações de reparação”. (SCHREIBER, 2009, p. 83)

Ney Maranhão (2010, p. 198) ainda cita como exemplo dessas novas lesões “o abalo moral individual, o dano moral coletivo, dano estético, dano afetivo, dano social, dano coletivo, dano difuso, dano ambiental, dano sexual, dano por perda de oportunidade, perda de concorrenciaisidade, por redução de capacidade laboral”, entre outros.

É perceptível que o reconhecimento dessas novas espécies de danos agora amparados pela responsabilidade civil “tornou-se a instância para que, através do incremento das hipóteses de dano indenizável, não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social” (MORAES, 2012, p.14).

Assumindo a responsabilidade civil a roupagem de um verdadeiro Direito de Danos, faz-se necessário analisar essa figura, ainda que pontualmente, para que se percebam as possíveis modificações no sistema da responsabilidade civil.

⁶ MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade Civil Objetiva pelo risco da Atividade: Uma perspectiva Civil-Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2010, pg 196-197

3.2 A consequência do reflexo da constitucionalização da responsabilidade civil: O direito de Danos e o esgotamento do atual sistema de responsabilidade civil

O dano permaneceu por muito tempo, associado às perdas que são suscetíveis de apreciação exclusivamente pecuniária, ou seja, o que não poderia ser objeto de quantificação pecuniária, também não poderia ser levado em sede de responsabilização civil.

A concepção do dano ganhou nova forma, a partir da internalização dos princípios constitucionais no âmbito civil, passando a ser entendido como “lesão a um interesse jurídico tutelado — patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.” (STOLZE, GAGLIANO, 2012, p. 88)

Além disso, José Luis Marasco Leite compreende que, a contar da inclusão do preceito do dano moral pela Constituição de 1988, “a responsabilidade civil envolve, além de diminuições e supressões patrimoniais, também perdas, prejuízos e sofrimentos não relacionados a bens traduzíveis materialmente” (LEITE, 2001, p. 84) e a partir da perspectiva de um direito de danos, “o conceito de dano há de expressar, a ideia de lesão que tanto há de ser relativa ao interesse de alguém determinado, ou de uma dada coletividade, ou até mesmo, como hoje se admite, da humanidade em geral”. (Ibid., p. 84)

Não é difícil perceber que o entendimento majoritário da doutrina civilista é no sentido de vincular o dano a configuração da responsabilidade civil. Nesse sentido, preconiza a doutrina de Sergio Cavalieri Filho “o dano encontra-se no centro de responsabilidade civil” (CAVALIERI, 2012, p. 77) soma-se a de Stolze e Gagliano (2012, p. 87) “sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade” (STOLZE; GAGLIANO, 2012, p. 87) e completa a de Silvio Venosa “o dano deve ser atual e certo” (VENOSA, 2013, p. 38)

O sistema tradicional de responsabilidade civil se limita a função reparatória do dano. Assim, primeiro verifica-se a possibilidade da reparação *in natura*, ou seja, a reposição completa do bem violado ao seu estado anterior. Não sendo possível, busca-se a reparação por meio de indenização, sendo o montante equivalente ao dano, ou a reparação pela compensação, que tenta atingir o reequilíbrio social, através do ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima, normalmente por meio de um equivalente pecuniário.

Esse sistema reparatório não encontra óbice no que tange a tutela dos bens patrimoniais, sendo possíveis as hipóteses de reparação integral e de indenização. Porém, em se tratando de bens extrapatrimoniais, não há como repará-los “*in natura*, a reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 102).

Além da impossibilidade de reparação *in natura* dos danos extrapatrimoniais, e tendo em vista a mudança axiológica decorrente da constitucionalização do direito que prioriza a proteção da pessoa, parece que uma lógica de simples reparação/compensação de prejuízo não corresponde satisfatoriamente a essa proteção. Como demonstra Rodrigo Oliveira:

Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado uma mudança de paradigma, representada pela ideia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar papel mais amplo do que até então concebido pela doutrina tradicional.

O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil, é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática. (OLIVEIRA, 2012, p. 53)

Ainda, o desenvolvimento da tecnologia, associado à intensificação do modelo de produção industrial, agora em escala global, gerou novas formas de riscos – e quando

concretizados, de danos - de consequências devastadoras, tanto na esfera individual como na esfera coletiva. Maria Celina Bodin Moares afirma que “a propagação da responsabilidade objetiva no século XX, através da adoção da teoria do risco, comprova a decadência das concepções do individualismo jurídico para regular os problemas sociais.” (MORAES, 2012, p. 11).

Defende Tereza Ancona Lopez que na sociedade contemporânea, aparecem também os danos em série, frutos da massificação das relações nessa sociedade. Ela cita como exemplo, o caso emblemático conhecido como “O caso das pílulas de farinha” onde cartelas de comprimidos anticoncepcionais sem o princípio ativo, que eram utilizadas para teste de maquinário, chegaram ao alcance das consumidoras, e conseqüentemente, não as impediram de engravidar. (ANCONA, 2013, p. 133)

É o voto da relatora Min. Nancy Andrichi:

Coerentemente, foi, portanto, da comparação entre as matérias controvertidas - quais sejam, colocação ou não dos consumidores em risco e responsabilidade decorrente do dever de informação – com a atividade probatória solicitada pela ré que o juízo extraiu sua convicção [...]

Em resumo, a própria direção da empresa admite, para dizer o mínimo, que efetivamente não questionava seus próprios funcionários a respeito do que acontecia na sua linha de produção, o que seria essencial para que se tomasse conhecimento e, conseqüentemente, restassem prevenidos os riscos que eventuais condutas ali praticadas vieram a causar ao consumidor.

Ademais, há que se notar a visão da recorrente sobre a questão gera, na hipótese, uma curiosa inversão da relação entre interesses do consumidor e interesses do fornecedor: afinal, sustenta a Schering, com toda a ênfase, ser lícito pecar por falta, ou seja, permitir que os consumidores sejam lesionados na hipótese de existir uma suposta dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito pecar por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco e ainda assim torcer para que, posteriormente, este acabe por se demonstrar infundado. (BRASIL, 2007)

Apesar da gravidez não ser um dano propriamente dito, foi considerado ainda pelo voto da ministra à frustração da possibilidade de escolha de engravidar ou não das usuárias dos anticoncepcionais defeituosos. Percebe-se que o voto da relatora considera o risco, mais

precisamente a falta precaução ou prevenção deste, como elemento pressuposto para viabilizar a responsabilização.

Diante desse cenário, a responsabilidade civil deve respeitar o mandamento constitucional, e primar pela proteção da integridade da pessoa e inviolabilidade de seus direitos essenciais, passando também a “prevenir o dano para que não seja necessário repará-lo” (OLIVEIRA, 2012, p. 55). Nesse sentido é a lição de Pietro Perlingieri:

O instrumento de ressarcimento dos danos e da responsabilidade civil, embora adaptado às exigências da vida moderna, demonstra-se, frequentemente, inidôneo. A jurisprudência dos valores tem necessidade de afinar as técnicas de prevenção do dano, da execução específica, da restituição in integro e de ter à disposição uma legislação de seguros obrigatória e de prevenção social. (PERLINGIERI, 1999, p. 32)

Há ao menos dois aspectos a considerar que justificam essa preocupação: o primeiro diz respeito ao aspecto subjetivo do sujeito lesante, considerando a sua percepção acerca da dimensão da consequência de seus atos perante a sociedade. O segundo está relacionado ao grau de importância do bem lesado, principalmente quando a soma em dinheiro não possibilita a efetiva tutela reclamada, como no caso dos danos ambientais e à saúde.

Cumprido esclarecer que o objetivo deste trabalho não é descartar ou desvalorizar a tradicional função reparatória/compensatória do instituto da responsabilidade civil. A pretensão é demonstrar a necessidade do reconhecimento de outras funções da responsabilidade civil, para que o instituto possa funcionar não somente como um mecanismo *ex post* (função reparatória/compensatória), mas também *ex ante* (função preventiva).

4 PARA ONDE VAMOS?

Durante o percurso deste trabalho, percebe-se que as mutações sofridas pela responsabilidade civil no decurso do tempo, revelam que o instituto tenta ser sempre fruto de seu tempo, constantemente preocupado em adequar-se ao contexto de sua realidade social.

Primeiro, o mundo de ideologia liberal e individualista, que construiu um sistema de responsabilidade civil fundado no mau uso da liberdade individual, fundamentando-se na culpa, entendida tanto como no agir intencionalmente, quanto na omissão das diligências exigíveis (negligência e imprudência) no agir de uma pessoa. Assim, só do culpado poderia se exigir a reparação do dano.

Depois, o surgimento da sociedade industrial no século XIX, e conseqüentemente, o desenvolvimento das atividades produtivas, como vimos, trouxeram para a pauta do direito, os riscos enfrentados pelos trabalhadores perante esse novo modo de produção. Os riscos que se concretizaram, ou seja, tornaram-se danos, influenciaram diretamente na transformação da noção de responsabilidade civil.

Nos danos decorrentes do meio industrial, nem sempre era possível a tipificação da conduta, restando muitas vítimas sem reparação. Por isso, passou-se a admitir uma presunção da culpa, onde o interesse de reparação dos danos superou o enfrentamento da culpa, alcançando, mais tarde, a responsabilidade objetiva.

O mundo contemporâneo, fortemente tecnológico e industrializado, trouxe mudanças drásticas para sociedade. A atuação humana nas mais variadas áreas desse mundo novo, também multiplicou os seus riscos, revelando um extraordinário aumento dos danos causados na esfera individual, mas principalmente na esfera coletiva. Além disso,

os riscos de natureza nuclear, química, ecológica ou associados à engenharia genética, entre outros riscos de efeitos potencialmente devastadores do modelo de bem-estar que conhecemos, nem sempre podem ser delimitados

pelo espaço ou pelo tempo, não podendo ser compensados e nem segurados.”⁷ (FREIRE, 2013, p. 357)

Conclui Paula Freire que “o surgimento de novos riscos, e o modo como eles conformam a vida em sociedade, convoca também os juristas a refletirem e tentarem alcançar soluções normativas mais adequadas”. (FREIRE, 2013, p. 378)

Ora, se os riscos daquelas épocas ensejaram, cada uma, novas concepções sobre a responsabilidade civil, nessa época, não poderia ser diferente.

4.1 Breves Comentários sobre as Premissas da Futurologia

Num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se “desnaturalizar” ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexecutáveis. (SANTOS, 2002, p 186.)

Nesse momento, a pretensão é elevar o pensamento sobre as futuras transformações que se encaminha a responsabilidade civil. Não se trata de fazer previsões exatas, até porque são muitas as variáveis a se considerar. Mas, sim propor a reflexão, numa espécie de exercício de “futurologia”, no intuito de ventilar novas hipóteses do instituto.

A sociedade contemporânea também pode ser chamada de sociedade de risco⁸ frente à nova realidade produtora de danos. Fala-se que a única certeza na sociedade de risco é a

⁸ Esse termo foi cunhado por Ulrich Beck, publicado na Alemanha em 1986. “ O conceito de sociedade de risco expressa a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais- que tem uma presença esmagadora hoje em nosso mundo. Na medida em que o risco é vivido como algo

incerteza, pois os seus riscos nem sempre são mensurados e seus efeitos podem ser imprevisíveis. Salieta Tereza Ancona Lopez que “na verdade, os riscos sempre existiram, mas estes são os chamados novos riscos, que poderão levar a danos graves e irreversíveis às pessoas e ao meio ambiente, são os riscos do progresso”. (ANCONA, 2013, p. 138)

Entende-se por danos graves e irreversíveis aqueles que têm efeitos potencialmente devastadores do modelo de bem-estar que se conhece, nem sempre podem ser delimitados pelo espaço ou pelo tempo, não podendo ser compensados e nem segurados. “É o caso, por exemplo, dos danos de natureza nuclear, química, ecológica ou associados à engenharia genética, entre outros.” (FREIRE, 2013, p. 357)

Além disso, a constitucionalização do direito civil assegura a proteção da pessoa humana, principalmente no que diz respeito às condições imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento individual (direitos da personalidade) e social (direitos difusos e coletivos).

A partir da sua releitura do direito civil sob a ótica de garantir os direitos fundamentais, observa-se uma reestruturação de suas diretrizes, no comprometimento de defender esses direitos. Aponta Caroline Vaz:

Uma constituição que estrutura não apenas a máquina estatal em sentido estrito, mas também dispõe sobre a organização da própria sociedade e sobre os setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. A ordem constitucional tem a obrigação de integrar essas forças sociais ativamente enquanto sujeitos do processo de conformação das normas. (VAZ, 2009, p.109)

onipresente, só há três reações possíveis: negação, apatia e transformação. A primeira está fortemente inscrita na cultura moderna, mas ignora o risco político da negação; a segunda se rende a uma veia niilista no pós-modernismo; a terceira destaca a questão levantada por minha teoria sobre a sociedade de risco: de que modo a antecipação de uma multiplicidade de futuros produzidos pelo homem, e de suas consequências, afeta e transforma as percepções, as condições de vida e as instituições das sociedades modernas? é crucial manter em vista a irrevogável indeterminação do futuro e a demanda de racionalização aumenta a incerteza. Pois a incerteza produzida pela sociedade industrial não resulta inevitavelmente no caos ou na catástrofe; pelo contrário, a incerteza incalculável também pode ser uma fonte de criatividade, uma razão para permitir o inesperado e experimentar o novo.”

Portanto, essa nova roupagem deve alcançar a responsabilidade civil na teoria da reparação, de modo a viabilizar a propagação desses valores. Elementos como o aspecto pedagógico e preventivo, dado os bens jurídicos que agora protege, integrarão a responsabilidade civil para preservação desses direitos fundamentais.

3.2 Futurologia na Responsabilidade Civil: Função Punitiva e Função Preventiva

O requisito indenizatório, para adequação da reparação na sociedade contemporânea, deve incluir o aspecto pedagógico-punitivo, atribuindo acréscimo à mera reparação nas condutas e ações que se mostrem abusivas e fraudadoras dos direitos fundamentais. A função punitiva surge então, nesse cenário, como efeito sancionatório intrínseco a indenização, com intuito de desestimular o infrator a nova conduta danosa.

Verifica-se que as controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, acerca da aceitação da função pedagógico-punitiva do instituto, em sua maioria, giram em torno da temática do dano moral.

No que tange ao debate doutrinário, quanto ao reconhecimento da tripla função – reparação, punição e dissuasão - da indenização por dano moral, destaca-se o entendimento não receptivo de Clayton Reis argumentando que “os princípios punitivo e preventivo não se encontram expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico. Ademais, o sistema de punição pessoal do ofensor não mais se amolda aos princípios gerais da responsabilidade civil, cuja preocupação reside na satisfação integral dos prejuízos da vítima”. (REYS, 2002, p. 273)

Em contrapartida, a posição de Sergio Cavalieri Filho:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano

material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito - compensação -, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava "substituição do prazer; que desaparece, por um novo". Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões". (CAVALIERI, 2012, p. 91)

Na jurisprudência pátria, já é possível observar essa direção de caráter punitivo em decisões que tem por objeto a tutela dos direitos inerentes à pessoa, a exemplo do julgado do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, oriunda do estado do Rio de Janeiro, caso em que uma pessoa foi agredida moralmente e fisicamente dentro de um *Shopping Center*. O voto do relator Sálvio de Figueiredo Teixeira reconhece a função punitiva do instituto:

Nestes termos, levando em consideração o porte econômico do réu, bem como a situação econômica-social dos autores; o abalo físico, psíquico e social sofridos por estes; o grau das agressões, e, principalmente, a natureza punitiva e inibitória que a indenização, no caso, deve ter, sobretudo em se tratando de estabelecimento comercial frequentado diariamente por milhares de pessoas e famílias, tenho como razoável o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais [...] (BRASIL, 2007)

A função pedagógico-punitiva da responsabilidade civil aqui suscitada também deve preocupar-se na medida da compreensão do grau de efeito da conduta lesiva praticada pelo agente e sua repercussão social. Em outras palavras, sua compreensão, em um caminhar de ideias humanistas, deve ser estendida para além do indivíduo e o dano, voltando-se também a compreender ao contexto social ao qual o prejuízo desse dano acarretou ao indivíduo.

É o caso das lesões de pequeno porte, que quando analisadas sob uma ótica individual pode não gerar tantos efeitos, mas, uma vez contextualizadas socialmente, considerando o nível de lucratividade do agente lesante, mostra a sua real extensão. Para exemplificar, o caso conhecido como "Toto Bola" que versava sobre fraude no concurso de loteria com chances múltiplas. Assim foi o voto Relator Facchini Neto:

EMENTA: TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A

CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

No caso em tela, ainda que os danos individuais pudessem ter sido pequenos, fragmentados e dispersos pela população, o fato é que a fraude perpetrada permitia uma vantagem absurdamente grande, mas ilícita, à requerida. Basta que se reflita na informação divulgada pela ré, colhida no panfleto de fl. 51vº, no sentido de que somente no Rio Grande do Sul a demandada chegava a vender uma média de 750.000 cartelas semanais! Ao preço unitário de um real cada, constata-se que a arrecadação mensal da empresa-ré ultrapassava os três milhões de reais! Nessas proporções, ainda que realizasse alguns sorteios de forma regular, regida pelo puro acaso, as fraudes porventura efetuadas em outros sorteios, distribuindo prêmios direcionados a certas cartelas, com números adrede escolhidos e entregues a “laranjas”, permitia a acumulação de lucros ilegais, em prejuízo de milhares de apostadores de boa-fé. Uma situação como essa não pode passar em branco. Independentemente da resposta já dada na esfera administrativa, com a suspensão de tal loteria, e que eventualmente venha a ser dada na esfera penal, parece claro que essa é uma situação em que o direito civil também deve ter uma palavra a dizer. (...) Uma solução em que simplesmente se restitua, no máximo, o valor das cartelas a quem se aventure em juízo (e obviamente que ninguém viria a juízo para recolher algumas unidades – quiçá dezenas – de míseros reais), significaria, sob outro ângulo, um incentivo a tal tipo de conduta. Isso porque a suspensão administrativa da gestão da loteria não acarreta a obrigação de devolver a vantagem ilícitamente percebida. E - é preciso que se reconheça – muitas vezes é ineficaz a tentativa de repressão penal nesse tipo de delito. Isso porque, em face do princípio fundamental da presunção de inocência e com todas as garantias que cercam o processo penal, em razão do relevantíssimo valor que está em jogo (a liberdade), nem sempre se consegue provar, além da dúvida razoável, os elementos necessários a uma condenação penal. Daí porque é necessário que, por vezes, também o Direito Civil dê sua contribuição, via responsabilidade civil, para que a vida de relação gire em torno de condutas éticas e morais compartilhadas por todos os cidadãos de bem. E essa contribuição pode ser dada através de uma excepcional função punitiva da responsabilidade civil – que, é bom que se apresse a dizer, não se confunde com um simples critério de quantificação do dano moral. A função clássica exercida pela responsabilidade civil é, sem dúvida, a reparatória (ou indenizatória), pela qual se atribui à responsabilidade civil a função de garantir a reparação de um prejuízo material, sob a égide do princípio da restitutio in integrum. Isso é assim desde que ficou claro que a responsabilidade civil deve ter como foco a vítima, a quem se procura garantir a reparação do dano injustamente sofrido, ao passo que compete ao direito penal preocupar-se com o agente violador da ordem jurídica, impondo-lhe uma sanção. Mas modernamente, sob inspiração do direito norte-americano, outras funções podem ser desempenhadas pelo instituto. Dentre essas, avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória. [...] quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais,

especialmente os danos morais puros, percebeu-se estar presente ali também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil. [...] Com a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica (inclusive através de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade [...] Busca-se, em resumo, ‘punir’ alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade. Enquanto função – e não simples critério auxiliar para a mensuração dos danos morais – deve ela ser invocada apenas de forma excepcional, para evitar sérias distorções já mapeadas no cenário norte-americano, ensejando a crítica de isso acarretar uma verdadeira *tort lottery* (a loteria da responsabilidade civil).

[...] Concretamente, porém, o caso em tela integra uma das hipóteses em que se tem como razoável a invocação da função punitiva, pois representa situação em que “os danos sociais são superiores aos danos individuais”. Isso porque individualmente os danos sofridos foram ridiculamente ínfimos. Mas na sua globalidade, configuram um dano considerável. Tratando-se de fenômeno de massa – e fraudes do gênero só são intentadas justamente por causa disso (pequenas lesões a milhares ou milhões de consumidores) – a Justiça deve decidir levando em conta tal aspecto, e não somente a faceta individual do problema.

[...] Se, na espécie, for aplicada apenas a função reparatória da responsabilidade civil, nós apenas iremos mandar devolver os míseros valores gastos com as cartelas. Em sendo assim, como já assinalado, seria até mesmo caso de carência de ação por ausência de interesse juridicamente relevante, pois o custo para mover a máquina judiciária seria incomparavelmente maior do que o resultado útil da demanda para os autores. E com isso os responsáveis pela fraude poderiam sair para comemorar os resultados: montaram uma loteria fraudada, lograram milhões de gaúchos e se apropriaram ilicitamente do lucro da “operação”, enquanto não foi ela descoberta. Agora bastaria reservar parte do numerário para pagar excelentes advogados para tentar levar o processo à prescrição ou explorar, *in favor reo*, as dúvidas que certamente subsistiriam. Será essa a proteção que a sociedade espera de seu ordenamento jurídico? Será este o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário? Entendo que não.

Assim, como os danos sociais causados pela ré foram maiores do que os danos individualmente sofridos pelos autores das diversas demandas que já aportaram na justiça – e que servem de termômetro da justa indignação do povo gaúcho, que não tolera fraudes e desonestidades, mormente quando nela estão envolvidas pessoas oriundas de países vizinhos – é caso de aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, condenando-se a requerida a pagar uma espécie de pena privada. (RIO GRANDE DO SUL, 2007)

O relator aponta que o sentido pedagógico-punitivo do instituto deve ser entendido como função e não como critério de mensurar o dano moral. Assim, ao admitir-se o aspecto punitivo da responsabilidade civil, percebe-se o retorno do interesse pela conduta do agente lesante. É como julgou a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ementa: AÇÃO DE CANCELAMENTO DE REGISTRO NEGATIVO NA SERASA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS E MATERIAIS. INSCRIÇÃO FEITA NO CURSO DE AÇÃO PARA REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO, CONTRARIANDO ORDEM JUDICIAL INIBITÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA EM PARTE. DANO MATERIAL INDEMONSTRADO. DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA REPARAÇÃO. TEORIA DOS PUNITIVE DAMAGES. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Penso que a doutrina dos punitive damages tenha aplicação ao caso concreto. Se o custo da falha para o banco for pouco significativo, ele não receberá estímulo suficiente para corrigir as falhas e continuará a causar danos individuais de modo indiscriminado e imperial. (RIO GRANDE DO SUL, 2003)

Analisando a jurisprudência que se utiliza da função punitiva para majorar a indenização pautada da conduta do autor, percebe-se que se atribui a essa função a noção reprovação, para que o instituto funcione como desestímulo, dissuadindo a população em geral de prática de conduta danosa semelhante.

A potencialidade devastadora, imprevisível e global dos danos na sociedade de risco revelou a importância do instituto da responsabilidade civil em assumir também uma função preventiva.

O meio ambiente, elevado à condição de bem essencial a qualidade de vida do ser humano, suscita preocupações com a sua sustentabilidade. Elencam-se aqui os danos ambientais para discussão justamente porque o caráter dessas lesões tem a capacidade de atingir a todos indistintamente⁹ (CARVALHO, 2013, p. 107; 118). A agressão ambiental, para que se faça sentir a reparação, ainda sem garantia de reestabelecimento pleno, demandará um longo tempo, perpetrando seus efeitos pelas gerações futuras. Por isso, Thais Venturi ao se referir as consequências dos danos ao meio ambiente, demonstra que “fica fácil concluir

⁹ Os danos ambientais de acordo com a doutrina de Délton de Carvalho podem ser: individuais ou reflexos “Os danos ambientais individuais trata-se de prejuízos que atingem a esfera jurídica da pessoa, individualmente considerada. São caos nos quais os prejuízos imediatos ocasionados ao meio ambiente geram reflexos negativos aos bens ou à saúde de um sujeito de direito [...] bens da natureza (água, ar, solo) e que, por ricochete, atingem pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. (p. 107); e ainda coletivos “ Os danos ambientais, em sua dimensão coletiva, consistem em agressões ocasionadas diretamente ao meio ambiente, em sua macrobem, afetando, por isso, interesses transindividuais (difusos ou coletivos strito sensu) [...] configuram-se na lesão do meio ambiente unitário, autônomo, coletivo e indivisível, ou seja, ao macrobem, o que lhe confere o status de um direito inalienável, irrenunciável e imprescritível. (Ibid., p.118)

que os sistemas de justiça simplesmente não podem sequer admitir o risco da ocorrência de referidas lesões”. (VENTURI, 2012, p. 86)

Délton de Carvalho defende a necessidade do instituto se inserir antes da existência do dano, enfrentando a ideia clássica do dano atual, legitimando uma nova teoria do risco. Assim define o autor:

Essa transição parece-nos possível a partir da formação de uma nova teoria do risco (abstrato), em que as decisões jurídicas tenham como problema a produção dos riscos, cujo único elemento passível de avaliação consiste nas probabilidades ou improbabilidades de seu potencial lesivo. Assim, apesar das incertezas a respeito das consequências futuras de determinadas atividades, a norma jurídica não pode se abster de garantir o direito das futuras gerações às condições e qualidade ambientais necessárias à sua subsistência digna (CARVALHO, 2013, p.198)

Assim, é necessário priorizar a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, com o intuito de contenção dos danos, em face dos riscos conhecidos ou não.

O princípio da precaução¹⁰ (ANCONA LOPEZ, 2010, p. 103) no mundo contemporâneo foi introduzido pelo direito ambiental e tem sua consagração na “Declaração do Rio de Janeiro – Eco-92”. Tereza Ancona Lopez afirma que esse princípio age como mecanismo de antecipação, e sua aplicação deve ser *ex ante* para evitar o perigo ou risco conhecido e determinado, tendo por objetivo a segurança individual e coletiva (ANCONA LOPEZ, 2013, p. 103). Assim define a autora:

É preciso esclarecer que a prevenção e a precaução não devem ser aplicadas pelo direito da responsabilidade civil somente diante de catástrofes globais. Esses princípios tem que mostrar a direção correta também individualmente, ou seja, tem que segui-los o médico, o advogado, o administrador de empresas, o motorista, os hospitais, os transportes aéreos, terrestres e marítimos, os empreiteiros, etc. (ANCONA LOPEZ, 2013, p. 87)

Não é difícil perceber esse princípio introduzido na responsabilidade civil ambiental, porém o desafio do século XXI é justamente disseminá-lo pelos outros campos da

¹⁰ Tereza Ancona Lopez define esse princípio: “é aquele que trata de diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza”.

responsabilidade civil para atingir os campos de proteção individual. É verdade que a legislação relativa ao direito do consumidor já contempla esse princípio, como direito básico expresso no artigo 6º, IV que diz “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.” Nesse sentido, a jurisprudência tem se manifestado a favor da extensão desse princípio¹¹. Anote-se recente o Trabalho, responsabilizando civilmente o empregador com base no princípio da prevenção:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVOS. DIGITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERVALOS A CADA 90 MINUTOS RECONHECIDA EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA PRETÉRITA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. O mero fato de a doença não ter sido provocada exclusivamente pelo trabalho não é suficiente para afastar a responsabilidade do empregador, pois se o empregado poderia desenvolver a moléstia desde antes da celebração do contrato de trabalho, era dever da empresa assegurar-lhe condições de trabalho que não acelerassem o agravamento das condições físicas. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2012)

Assim, a responsabilidade civil aparece tutelando, tanto para reparar os danos causados a vítima (função reparatória) quanto com as condutas lesivas que podem gerar danos devastadores (função punitiva e função preventiva). É a dicotomia elencada por Levy:

A Responsabilidade Civil tem sido esticada em duas diferentes direções: uma que busca regular condutas e outra que procura reparar eficientemente. É esse duplo caminhar que demonstra a insuficiência de um eixo único, impondo-se uma nova sistematização da disciplina: de um lado, uma Responsabilidade Civil que enxerga o agente, fundada em sua conduta, e que chamaremos de “Direito de Condutas Lesivas”; de outro, uma disciplina que se preocupa apenas em indenizar a vítima, fundada nos novos mecanismos indenizatórios, e que denominaremos “Direitos de Danos. (LEVY, 2012, p. 5)

¹¹ “ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TELEFONIA MÓVEL. INSTALAÇÃO DE NOVAS ESTAÇÕES RÁDIO-BASE (ANTENAS). NECESSIDADE DE PRÉVIA LICENÇA AMBIENTAL. EXIGÊNCIA DE MEDIÇÃO DE RADIAÇÃO PARA OBTENÇÃO E RENOVAÇÃO DA LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. 1. Em sede de antecipação de tutela, mostra-se plausível o ato judicial de 1º grau que condicionou a instalação/funcionamento de novas Estações Rádio-Base (ERB's) de telefonia celular à realização de prévio estudo de impacto ambiental, com vistas a resguardar os limites de radiação emitida das antenas de telefonia, a fim de se evitar a potencialidade ofensiva à saúde e ao meio ambiente. Aplicação dos princípios da precaução (havendo dúvida sobre o potencial deletério de determinada ação sobre o ambiente, recomenda-se decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a da prevenção (sendo possível prever que certa atividade possa vir a ser danosa, ela deve ser evitada).

Nesse despertar das funções da responsabilidade civil, como preconiza Tereza Ancona Lopez: “Hoje podemos afirmar que temos a responsabilidade civil reparatória e responsabilidade civil preventiva”. (LOPEZ, 2010, p. 107)

No cenário nacional, o Projeto de Lei do Senado nº413/2007 de autoria do Senador Renato Casagrande, pretende inserir mais um parágrafo no artigo 944 do Código Civil, prevendo expressamente as funções punitiva e preventiva nas indenizações de modo geral. A propósito Caroline Vaz “a intenção de se colocar no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa, tal possibilidade está a demonstrar a preocupação de adequar o sistema pátrio à realidade atual”. (VAZ, 2009, p. 82)

Ainda que a previsão positivada das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil esteja em trâmite, aguardando análise pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, pode o magistrado “o grande criador da Responsabilidade Civil, ator principal em um sistema que tem na flexibilidade de seus institutos as portas abertas para que a disciplina assuma novas funções” (LEVY, 2012, p.228). Portanto, nada impede aplicabilidade dessas funções pela jurisprudência, como se demonstrou, a exemplo do ocorrido com o dano moral no início de sua aplicação¹².

Dessa forma, admite-se a falência da responsabilidade civil reparatória como ferramenta única de uma sociedade extremamente dinâmica e produtora de risco. A

¹² Sergio Cavallieri (2012, p. 91-94) explica as fases de aceitação do dano moral: “Já foi controvertida a questão da reparabilidade do dano moral, estando hoje pacificada mesmo no que tange à sua cumulabilidade com o dano material. Numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento o um sofisma, por isso que não se trata de pretium doloru, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima (...) numa segunda fase, a admitir o ressarcimento do dano moral, desde que autonomamente, isto é, não cumulado com o dano material. (...) que o dano moral atinge bens ligados aos direitos fundamentais do homem, como à sua honra e integridade moral, deu um passo à frente, passando a admitir a cumulabilidade do dano moral com o material, desde que pleiteado pela própria vítima. Estávamos nessa fase quando entrou em vigor a Constituição de 1988, e esta, em pelo menos dois incisos do seu art. 5!! (incisos V e X), é expressa em admitir a reparabilidade do dano moral.”

responsabilidade civil deixa de ser vista como mero instrumento técnico de solução de conflitos individuais, assumindo também a função de instrumento ético de integral tutela da pessoa humana e de máxima convergência com o solidarismo constitucional.

Assim, o instituto deve se alinhar com a real dimensão do direito, em razão de sua convocação para dirimir controvérsias, pois uma sociedade que elegeu os direitos humanos como o seu mais considerável valor, necessita dessas novas atribuições, que considera o panorama vigente, transformando a responsabilidade civil em ferramenta de eficácia dos direitos essenciais a dignidade.

Portanto, à luz do despertar dessas novas funções, o compromisso da responsabilidade civil avança um degrau na direção de ser um instituto voltado à construção e a manutenção da dignidade humana e conseqüentemente, dos direitos fundamentais que são o alicerce de sustentação dessa dignidade. Contudo, o emergir das novas funções do instituto, num exercício de efetivação da dignidade da pessoa humana, devem corresponder à responsabilidade civil do mundo contemporâneo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento da realidade social pela responsabilidade civil é o ponto de partida para sua reestruturação. O instituto nasce com a culpa da burguesia, se modifica com a objetivação da indústria e se transforma com os valores da Constituição.

O vínculo existente entre a responsabilidade civil e os direitos humanos é resultado do processo de constitucionalização do direito. Os valores contidos na Carta Constitucional permeiam a responsabilidade civil e desencadeia novas configurações. O elemento que alimenta as alterações no instituto, sejam elas de mero ajuste, sejam paradigmáticas, é uma incessante busca pela legitimação, pela capacidade de corresponder à necessidade do agrupamento social em que esteja inserida e pelo atendimento do papel ético que lhe incumbe.

A sociedade de riscos como expressão do tempo atual provoca um alargamento da responsabilidade civil, agora comprometida com os princípios e valores constitucionais. Assim, percebe-se que a responsabilidade civil não está mais limitada a questões de ordem privada, sendo considerada no trato de problemas de ordem pública e extracontratual, num salto dos limites de cunho privado, para a oferta de soluções jurídicas a questões de natureza pública.

A evolução do processo tecnológico e científico, agora num mundo globalizado, acarretou no surgimento dos novos danos, tais como o dano estético, dano social, dano coletivo, entre outros. Além disso, os riscos trazidos pela sociedade risco poderão levar a danos graves e irreversíveis, como demonstrado. Dito isso, constata-se que a responsabilidade civil e sua única lógica reparatória não conseguem tutelar adequadamente os novos danos, emergindo assim, outras funções do instituto.

A função punitiva, (que consiste em reprimir as condutas lesivas para dissuadir novas práticas) e a função preventiva (que tem por objetivo a prevenção dos danos) completam o instituto da responsabilidade civil e o encaminham para ser a expressão efetiva dos direitos fundamentais.

À sociedade complexa multifacetada atual, necessita o reconhecimento dessas novas funções, para que o instituto cumpra o seu papel perante as demandas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 51, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 22 junho de 2014.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. *Constituição*. (1988). Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 jul. 2014.

BRASIL. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. *JusBrasil*. Brasília, 1912. Disponível em:
< <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103700/decreto-2681-12#art-17>> Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 215607/RJ. Empréstimo compulsório sobre veículos automotores Relator: Ministro Helio Mosimann. Segunda Turma, 17.08.1992. *JusBrasil*. Disponível em: <
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584863/recurso-especial-resp-21560-rj-1992-0009823-1>> Acesso em: 22 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 866636/SP. Relatora Min.Fátima Nancy Andrighi. Terceira Turma, Brasília, 29/11/2007, publicado no DJ em 06/12/2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 40800-02.2005.5.20.0006* , Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Data de Julgamento: 07/03/2012. Data de Publicação: 03/04/2012.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro:Editora Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgioi. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de risco e direito do consumidor. In: LOPEZ, Tereza Ancona; IGLECIAS, Patrícia Faga; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. (Orgs.) *Sociedade de Risco e direito privado: desafios normativos, consumeiristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. v. 3

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEITE, José Luís Marasco. *Compreensão da Responsabilidade Civil*. Pelotas: Educat, 2011.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil: De um direito de Danos a um Direito de Condutas Lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. *Responsabilidade Civil Objetiva pelo risco da Atividade: Uma perspectiva Civil-Constitucional*. São Paulo: Editora Metodo, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. **Revista do Departamento de Direito**, edição publicada em comemoração ao 60º aniversário do Departamento de Direito da PUC, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>> Acesso em: 15 jul 2014.

MULHOLLAND. Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A Responsabilidade Civil Por Dano Moral e Seu Caráter Desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REYS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso cível nº 7100012808666, da 3ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Eugênio Facchini Neto, Porto Alegre, 24.04.2007. *JusBrasil*. Disponível em: < <http://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8014880/recurso-civel-71001280866-rs> Acesso em: 15 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70001991314, da 6ª Câmara Cível, Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 29/10/2003.

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

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009,

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais*. TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008

VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil: da Reparação à Punição e Dissuasão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 4. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas,

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo*. Curitiba, PR 2012. Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, 2012.