

V

ANNOVA ORDEM DAS RELAÇÕES PRIVADAS DENTRO DE UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL E A INADEQUAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL NO ESTUDO DO DIREITO DE DANOS

Marcos Ehrhardt Júnior

Advogado. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Civil da UFAL, dos Cursos de Pós-Graduação da UFPE, da Faculdade de Direito de Maceió (FADIMA/CESMAC), da Escola Superior da Magistratura em Pernambuco (ESMAPE) e do JUSPODIVM.

RESUMO: O texto aborda a inadequação do modelo tradicional da responsabilidade civil sob a perspectiva civil-constitucional, ressaltando a necessidade de ressignificação de alguns institutos para que possam fazer frente às demandas contemporâneas. Na busca da delimitação deste modelo socialmente funcionalizado de direito privado, o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, essencialmente material e focada na proteção da parte fraca de relações sociais cada vez mais complexas e especializadas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Direito de Danos; Direito Civil Constitucional.

ABSTRACT: This paper addresses the inadequacy of the traditional model of civil liability under the civil and constitutional perspective, emphasizing the need to reframe some institutes to enable them to face the contemporary demands. In pursuit of this model definition socially functionalized private law, the solidarist ideas requires a new rationality of law, essentially material and focused on protecting the weak part of social relations increasingly complex and specialized.

KEYWORDS: Tort Law; Civil Responsibility; The right to claim damages.

A introdução da metodologia do direito civil constitucional já tem mais de 20 anos, pois ingressa no sistema brasileiro a partir do texto constitucional vigente, tendo como compromisso a promoção dos valores constitucionais para reconstruir estruturas tradicionais a partir da proteção da pessoa humana e da busca da justiça social¹.

1. Sobre os fundamentos constitucionais da obrigação de indenizar, enfocando os princípios da justiça social e da equidade intergeracional, ver BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil; entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba, Juruá, 2011, p. 114-7.

Aos poucos foram moldados novos parâmetros não patrimoniais diante da insuficiência dos paradigmas do modelo tradicional para fazer frente às consequências das novas tecnologias, invariavelmente disponibilizadas a um considerável número de indivíduos num substrato que enseja situações de vulnerabilidade que exigem a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo por conta das novas situações de risco surgidas na contemporaneidade.

A presença do risco na contemporaneidade é considerada uma constante que vem provocando transformações nas mais variadas áreas. Por um lado, está a pressão pelo desenvolvimento; por outro, a segurança da população ante aos riscos produzidos para alcançar o objetivo de crescimento econômico, que também ameaçam o próprio meio ambiente².

Em tempos de relativização das verdades científicas e incertezas constantes, percebe-se um grande paradoxo: da mesma forma que certas tecnologias produzem riscos elevados, o não uso destas também pode gerar riscos, razão pela qual ULRICH BECK sustenta que o risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade³, na qual a justificação do Estado não é mais a distribuição de bem-estar social, mas a gestão, prevenção e distribuição dos riscos inerentes à sociedade contemporânea⁴. Neste diapasão, o risco passa a ser compreendido como eventualidade de uma situação jurídica desfavorável⁵, ou seja, possibilidade de perigo de ocorrência de prejuízos.⁶

2. Mauricio Jr., Alceu. **O direito na sociedade de risco**. *Cienc. Cult.*, 2009, vol. 61, n. 2, p.11-13.

3. BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a new Modernity*. Disponível on line: <http://www.shi.or.th/upload/risk0002.pdf>. Acesso em 9.7.2011, p. 21. No original: “Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities introduced by modernization itself”.

4. Ver também GUIVANT, Julia. **A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social**. In Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais. Rio de Janeiro, nº 46, 1998, p. 3-21, e ADAM, B., BECK, U. e LOON, J., 2000. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*, Sage Publications Ltd. Disponível on line: <http://www.amazon.com/Risk-Society-Beyond-Critical-Issues/dp/076196469X>, acesso em 9.7.2011.

5. AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

6. Flávio Tartuce, ao tratar do conceito de risco, anota que “no risco há um sentido menor do que o perigo, uma vez que no primeiro há apenas uma probabilidade de este último acontecer. Em síntese, pode-se afirmar que *arriscado é um conceito menor do que perigoso, mas é maior do que a situação de normalidade*. Assim, em regra, andar com diligência está na normalidade, andar sem cuidado é arriscado e correr sem a devida atenção é perigoso. Diz-se ‘em regra’, pois andar em um local violento é mais arriscado do que correr em um local calmo. A calmaria é a normalidade, ou seja, quando se espera que as circunstâncias não se alterem”. Destaque-se ainda a advertência formulada pelo autor de que, apesar da proximidade conceitual, o risco não se confunde com as categorias jurídicas do caso fortuito e da força maior, pois do ponto de vista dos efeitos o risco potencializa a responsabilidade (*In Responsabilidade Civil Objetiva e Risco*; A teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011, p. 119-120).

Nenhuma narrativa sobre a evolução do direito privado na experiência ocidental pode prescindir da enumeração das conquistas advindas com a era da Modernidade, legado da Reforma e da Revolução Francesa, que sob as luzes iluministas cunharam as noções de subjetividade, e, com ela, a do individualismo, expressa na autonomia da vontade e liberdade de ação. Tem-se como reflexo deste período da evolução da experiência jurídica brasileira o Código Civil de 1916, com forte índole individualista e patrimonial, sem nenhuma preocupação com o conjunto de direitos inerentes à nossa própria condição de pessoas⁷.

Apesar de sua importância para a vida em sociedade, pois todos precisam celebrar negócios jurídicos para ter acesso a bens e atender às suas necessidades existenciais, pessoais e profissionais, durante décadas o direito obrigacional permaneceu estagnado, como se nenhuma mudança ou evolução na compreensão dos paradigmas do direito civil tivesse ocorrido.

Poder-se-ia afirmar que predominava a tradição no estudo do direito civil obrigacional clássico, pois era objeto de estudo apenas o que estava no Código Civil e nos manuais acerca do direito obrigacional, sem maiores discussões e aprofundamentos⁸. Tal concepção, impregnada com a influência francesa do chamado período de fetichismo da lei, concebia o direito civil isoladamente, sem comunicação com as demais leis e códigos, sendo defesa a utilização de grande parte dos recursos interpretativos a princípios gerais, já que a fórmula comumente adotada para decidir era a utilização da lei, mediante simples subsunção, como única fonte válida para a solução dos conflitos.

Entretanto, a realidade social em contínua evolução e transformação criou uma nova ordem mundial, novos valores, necessidades e desafios que precisam

7. Orlando Gomes aponta as características deste período: “O *positivismo científico* florescente do século XIX concebia o Direito como sistema de preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente, (...) Trabalhava em síntese com realidades lógicas, entregues sem arautos, à tarefa obsessiva de burilar conceitos. (...) Para os pandectistas, o ordenamento jurídico há de ser um sistema organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo o caso jurídico possa ser enquadrado num conceito. Reduz-se, em consequência, a função do juiz mero autômato (...). Procediam os seus seguidores a construções realizadas mediante abstrações lógicas que prescindiam os fatos, ou os desnaturavam em proveito das ideias puras. O abuso revelava-se, segundo Gény, em considerar dotadas de realidade objetiva permanente concepções ideais de índole provisória e meramente subjetiva, de sorte que, para eles, todo o sistema jurídico positivo residia, *a priori*, em limitado número de categorias lógicas, predeterminadas por essência, imutáveis em seus fundamentos, regidas por dogmas inflexíveis, impróprios, portanto, para se acomodarem às exigências da vida mutáveis e várias” (GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1980, p. 3-4).

8. NANNI, Giovanni Ettore. O Dever de Cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade, p. 284-5. In NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 283 a 321.

ser enfrentados. Experimentou-se um processo de publicização, inaugurado por uma nova ordem constitucional, reflexo das necessidades sociais que a legislação liberal não foi forjada para atender. A concepção de um código civil como sistema, base de sustentação do ordenamento destinado à tutela dos interesses individuais, esvaiu-se na medida de sua inadequação.

Não há mais como proteger o interesse individual sem imaginar seu reflexo no corpo social. A sociedade vive um período pós-industrial, caracterizado pela massificação dos meios de comunicação, mundialização da economia e pela perplexidade diante dos avanços científicos e tecnológicos. Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica, baseada tradicionalmente nas verdades universais de inspiração iluminista.

Neste contexto, ressalta-se a importância da responsabilidade civil diante dos novos problemas trazidos, especialmente quando se tem em consideração o lapso de tempo entre o desenvolvimento de novas tecnologias e a regulação estatal dos respectivos riscos, que pelo atual estágio do desenvolvimento tecnológico adquirem grande complexidade, já que atuam em escala global. Além disso, grande parte dos danos causados na atualidade ocorre não como consequência de condutas individuais, mas sim de comportamentos sociais⁹.

A difusa fronteira entre o público e o privado, ao longo dos anos se torna cada vez menos nítida; A Constituição torna-se verdadeira parte geral do ordenamento jurídico, deixando de ser o estatuto do poder público para se converter na ordem jurídica fundamental da comunidade, regulando relações sociais que em grande parte refletem a progressiva multiplicação de centros de poder privados com formas de coação e autoridade muito próximas dos poderes públicos¹⁰, dado seu caráter imperativo e sua possibilidade de execução imediata¹¹.

-
9. VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no Direito de Danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 4.
 10. Tratando da restrição à autonomia da vontade no momento da conclusão do negócio jurídico, Clóvis do Couto e Silva sustentava que se estaria diante, no plano sociológico, de “verdadeira coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha” (COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 26).
 11. BILBAO UBILLOS, Juan María. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: las Teorías y la Prática, p. 222. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**; Novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-238. Ainda sobre a questão do Poder Privado, o autor anota que “*El Derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar esa realidad y dar una respuesta apropiada, que no podrá venir de la simple apelación al dogma de la autonomía privada, un principio seriamente erosionado em la experiencia del tráfico jurídico privado. Los derechos fundamentales deben protegerse, por tanto, frente al poder, sin adjetivos, y el sistema de garantías, para*

Foi necessária uma reflexão crítica sobre a estrutura e função do direito enquanto sistema destinado a garantir o convívio social de modo digno, pois não adiantava repetir velhas fórmulas que há muito se mostravam insuficientes diante da realidade hodierna¹². Comentando a denominada “crise da teoria das fontes”, CLÓVIS DO COUTO E SILVA ilustra bem os contornos do rompimento dos paradigmas tradicionais sobre os quais se assentava o direito privado:

A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor do sistema como fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o *corpus juris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinária (...). O pensamento lógico-formal é necessário à compreensão do sistema jurídico. O direito, todavia, não se esgota com o mero exercício dos axiomas lógico-formais. Daí por que, em determinado momento histórico, o direito sempre apresenta lacunas que a interpretação vai preenchendo sem nunca chegar ao ideal de desvendar *in totum* o *corpus juris* vigente, atingindo, assim, as suas últimas fronteiras¹³.

Na mesma linha de raciocínio, CLAUS-WILHELM CANARIS afirma que:

[...] a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na mesma direção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade na aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado

ser coherente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar en todas las direcciones. No hay ninguna razón para pensar que el problema de fondo cambia en función de cuál sea el origen de la agresión que sufre una determinada libertad. El tratamiento ha de ser, em lo esencial, el mismo”.

12. De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes: “[...] a separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação” (In *A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 25). Francisco Amaral, por sua vez, pugna pela “construção de novas e adequadas ‘estruturas jurídicas de resposta’, capazes de assegurar a realização da justiça”, ressaltando o direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva (In *O Direito Civil na Pós-Modernidade. Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ*, Ano 2, Número 2, 2ª. ed., 2004, p. 41).
13. COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 65-8.

por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras¹⁴.

Surge então um sistema orientado por normas fundamentais, consequência da hipercomplexidade das relações socionegociais e da desistência da tentativa de reduzir o todo à unidade¹⁵. Enfim, o direito civil deixa de ser o centro de regulação da ordem privada e o intérprete passa a se valer dos princípios constitucionais para a reunificação do sistema, especialmente a dignidade humana e a solidariedade, evitando antinomias provocadas por núcleos normativos díspares, correspondentes a lógicas setoriais nem sempre coerentes¹⁶.

Entretanto, é necessário observar as consequências decorrentes dessa viragem de perspectiva. Segundo MARIA CELINA BODIN DE MORAIS, mostra-se insuficiente constatar a mera transposição dos princípios básicos do texto do Código Civil para o texto da Lei Maior, pois:

(...) É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que, se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípios, para a reconstrução do sistema de Direito Privado. É preciso, portanto, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcantemente axiológico, desta ‘constitucionalização’ do direito civil¹⁷.

A mudança de paradigma é mais que evidente: ao direito privado que reinava sozinho na configuração das relações jurídicas entre particulares, aplicando suas regras específicas para a solução dos conflitos entre indivíduos, se sobrepõe outra ordem jurídica, hierarquicamente superior, fundada em princípios amplos e de conteúdo frequentemente indeterminado, cujos significados para o caso concreto serão de mais difícil determinação do que o correspondente às tradicionais normas de direito privado¹⁸.

Atente-se ainda para a consequência mais importante: num conflito jurídico entre privados todos os interessados gozam de proteção dos direitos fundamentais,

-
14. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22-3.
 15. LORENZETTI, Ricardo Luis. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVAES, Bruno de Oliveira (coord.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228.
 16. TEPEDINO, Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. **Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica**, nº. 48. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 332-3.
 17. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**; uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais, p. 68.
 18. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 1995, p. 59-60.

o que impõe a árdua tarefa de delimitar a intensidade e a influência de cada um desses direitos em relação ao caso concreto, sem deixar de levar em conta que se faz necessário manter a autodeterminação de cada um dos figurantes da relação jurídica, pois a autonomia privada “*compreende também a possibilidade de se contrair, por livre decisão, obrigações que o poder público não pode impor aos cidadãos*”¹⁹.

Analisando o fenômeno da constitucionalização do direito privado a partir da perspectiva do direito obrigacional, PAULO LUIZ NETTO LÔBO apresenta os contornos de uma importante síntese:

É certo que as relações obrigacionais têm um forte cunho patrimonializante. Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado, fez submergir a pessoa humana, que passou a figurar como simples e formal polo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real. A patrimonialização das relações obrigacionais, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, ficando o patrimônio a seu serviço. O direito das obrigações, ainda que essencialmente voltado às relações econômicas da pessoa, tem relação com essa função instrumental, além de estar conformado aos princípios e valores constitucionais que a protegem²⁰.

No atual sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e no inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas ideias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas²¹.

Na busca da delimitação deste modelo socialmente funcionalizado de direito privado, o ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, essencialmente material e focada na proteção da parte fraca de relações sociais cada vez

19. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 1995, p. 64. Ver também SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**; Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

20. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil; Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

21. Gerson Luiz Carlos Branco sustenta que a “dimensão da socialidade também é reconhecida pelo forte poder normativo que os valores sociais produzem em relação ao direito e, nesse aspecto, as disposições e referências constantes aos usos (arts. 113, 429 e 432 do CC/02), aos costumes ou costumes do lugar (arts. 596, 615, 695, 701, 872 do CC/02) são reveladores dessa dimensão. Cf. “Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no Novo Código Civil”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69/70.

mais complexas e especializadas. Se no modelo liberal se costumava individualizar o lucro e socializar o prejuízo, hoje o que se busca é a diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas²².

Para MARIA CELINA BODIN DE MORAIS, se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana²³, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, consubstanciando-se num conceito dialético de reconhecimento do outro, uma obrigação moral de “*não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito*”²⁴.

Interessante consignar o entendimento de NELSON ROSENVALD, que sustenta que o direito de solidariedade se desvincula de uma mera referência a valores éticos transcendentais, “*adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum*”²⁵.

De fato, a noção constitucional de solidariedade deve ser interpretada pela busca da transposição do indivíduo para a pessoa, exprimindo a teleologia da justiça distributiva como padrão interpretativo-integrativo do sistema, ou seja, servindo de referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento²⁶, pois, como bem anota AGUIAR DIAS, “*o sentimento de justiça, nos que o têm, não é, por certo, mais refinado hoje do que anteriormente. Sucede, porém, que ele é, agora, muito mais solicitado a manifestar-se e a intervir, do que antigamente*”²⁷.

Entretanto, como lembra DANIEL SARMENTO, se o Direito não pode penetrar no psiquismo das pessoas para obrigá-las a ser solidárias, exigindo-lhes um sentimento

22. TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da Culpa ao Risco, p. 298-9. In NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade Civil**. Doutrinas Essenciais, Teoria Geral, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 290 a 310.

23. Ao tratar do conceito de solidariedade, Patrícia Ribeiro Serra Vieira cita o entendimento de José Fernando de Castro Faria no livro “Origem da solidariedade” (Rio de Janeiro: Renovar, 1998) para anotar que o conceito de solidariedade importa numa relação moralmente qualificada, essencial e ativa do indivíduo com a comunidade e vice-versa, o que pode ser resumido na mútua dependência dos homens numa comunidade de vida (Cf. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos**. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 91). Assim, recorre às obras de Emile Durkheim, Léon Bourgeois, Léon Duguit e Maurice Hauriou para demonstrar a evolução do conceito da solidariedade das noções de caridade e filantropia para uma construção jurídica do termo, passando pela Teoria da Justiça Social de John Rawls.

24. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110-2.

25. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

26. ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

27. DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

fraterno em relação aos seus semelhantes, pode “condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas”²⁸.

Cabe aqui lembrar lições de PIETRO PERLINGIERI, para quem as situações patrimoniais demandam a indispensável cooperação entre os seus partícipes²⁹. É este espírito de cooperação que densifica o primado da solidariedade social, apontando o rumo a ser seguido em qualquer relação jurídica, limitando atos de autonomia³⁰ privada que desviem desta rota. O Direito civil que se desenha hoje é pautado pela “colaboração intersubjetiva no tráfego negocial”³¹.

JOSÉ FERNANDO DE CASTRO FARIAS³² aduz que:

A lei, dado seu caráter fixo e geral, não pode ser a única medida da aplicação da justiça nas soluções dos conflitos específicos. A justiça social pressupõe ainda outras práticas equitativas de juízo, onde o direito é baseado na equidade. É por isso que Maurice Hauriou já observava, no início do século, que ‘a justiça só se realiza verdadeiramente por decisões particulares, em casos de espécie; poucas regras gerais são completamente justas, porque elas tratam da mesma maneira espécies por demais diferentes; para levá-las à solução justa, é preciso a sentença de um juiz adaptando a regra à espécie. As regras gerais, e, por consequência, as leis, são antes instrumentos de ordem social do que propriamente de justiça’.

-
28. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 339. O autor cita Maria Celina Bodin de Moraes para explicar que “*não se faz necessário exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se sentisse*” (p. 339, nota 833). Afinal, a solidariedade “*implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum*”. Em conclusão, prossegue Daniel Sarmento, a solidariedade significa que a sociedade não deve ser “*o locus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais*” (p. 339).
29. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 121/122.
30. Em relação à concepção contemporânea da autonomia privada, importante advertência faz Paulo Luiz Netto Lôbo: “*A doutrina frequentemente localiza o fundamento constitucional da autonomia privada no princípio da livre-iniciativa (art. 170 da Constituição). Na concepção atual, todavia, a autonomia privada abrange universo muito mais amplo que a atividade econômica, onde ficou insulada pelo individualismo jurídico. Os atos de autonomia têm fundamentos e fins variados. Consentir no transplante de órgão é ato de autonomia privada, mas sem dimensão econômica; por igual os atos de autonomia nas relações familiares, p. ex., o consentimento dos pais para o casamento de filho menor de dezesseis anos (art. 1.517 do Código Civil), ou o reconhecimento voluntário de filho havido fora do casamento (art. 1.609), ou o pacto antenupcial para escolha do regime matrimonial de bens (art. 1.639).* (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil; Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21).
31. MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da situação” In: **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil**, p. 132.
32. FARIAS, José Fernando de Castro. **Origem da solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 68. O livro de Maurice Hauriou referido pelo autor é *L'ordre social, la justice et le droit, in aux sorces du droit*. Paris: Librairie Blond & Gray, 1933.

É neste contexto que, segundo MARIA CELINA BODIN DE MORAES, o direito civil é transformado pela normativa constitucional, superando-se a lógica patrimonial (proprietária, produtivista, empresarial), que passa a ser substituída pelos valores existenciais da pessoa humana. Estes se tornam prioritários no âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição³³.

A perspectiva que privilegia as situações subjetivas existenciais do ser humano, estabelecida pelo direito civil constitucional³⁴, coloca-se em nível superior no ordenamento, com o escopo de proteger a pessoa, qualquer que seja a sua participação em uma relação jurídica. Cite-se como exemplo a esfera contratual³⁵: onde antes havia apenas concorrência e se pensava no contrato como o resultado do equilíbrio momentâneo de forças antagônicas, a noção de pessoa passou a substituir a de indivíduo para permitir que a colaboração se desenvolva, com importantes reflexos no campo da responsabilidade civil decorrente de ilícito relativo³⁶.

Ao discorrer sobre as novas tendências da responsabilidade civil, JOSÉ AGUIAR DIAS já anotava a tendência de que mais do que apontar o responsável pelo dano, optaram legisladores e aplicadores do direito em dizer como ele será reparado, anotando que o centro da preocupação em matéria de responsabilidade civil

33. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 28-9.

34. Cabe aqui uma advertência sobre o sentido e alcance dessa expressão, atualmente utilizada indiscriminadamente e em vários sentidos: “*Não se confunda, com a expressão direito civil constitucional, a designação do conjunto de dispositivos sobre os institutos civilísticos tradicionais, como a propriedade, a família e a empresa, que recebem tratamento específico no texto da Constituição. Direito Civil constitucional é o direito civil como um todo, já que não há como divisar nenhuma parte do direito civil que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais. Logo, não só os institutos que receberam previsão constitucional compõem o direito civil constitucional, mas a inteira disciplina civilística, nesse juízo renovado*” (MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a nova Teoria dos Contratos. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 170).

35. Sobre o tema, interessante anotar perspectiva de Enzo Roppo: “*uma vez que o contrato reflecte, pela sua natureza, operações económicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo género e pela quantidade das operações económicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra, pelo modelo de organização económica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de conformar do contrato como instituto jurídico não pode deixar de sofrer influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da relatividade do contrato (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido*” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24).

36. Cf. NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

deixou de ser o homem, isoladamente considerado, para ser o homem coletiva e socialmente considerado³⁷.

Dentro desse contexto, para HANS JONAS a noção de responsabilidade perde espaço enquanto “*imposição inteiramente formal de todo agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas*” para o desenvolvimento de outra noção que “*não concerne ao cálculo do que foi feito ‘ex post facto’, mas à determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas consequências, mas pelo objeto que reivindica meu agir*”³⁸.

Se muda o contexto social e o objeto de preocupação dos operadores, logicamente os parâmetros tradicionais que serviam de pressupostos de configuração do dever de indenizar precisam ser repensados. O que no cotidiano forense se mostra é uma explosão de danos ressarcíveis, novas categorias sendo reconhecidas e indenizações concedidas, muitas vezes sem nenhum critério. Tal contexto pode colocar em risco todas as conquistas recentes no que concerne à proteção aos direitos fundamentais no campo da responsabilidade civil.

Na feliz imagem de CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, a responsabilidade civil seria uma espécie de estuário onde deságuam todas as áreas do direito – público e privado, contratual e extracontratual, material e processual –, e por conseguinte pode ser definida como uma “*abóbada que concentra e amarra toda estrutura jurídica, de sorte a não permitir a centralização de toda a sua disciplina*”³⁹.

Desse modo, o problema da responsabilidade não se resolve com proposições simplistas, mas pela contribuição de fatores múltiplos que lhe exacerbam a complexidade, imprimindo-lhe, no dizer de OROZIMBO NONATO, um aspecto fugidio e difícil⁴⁰.

Comentando o tema, ALVINO LIMA sustenta que “*é preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem desmantelar*

37. DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50-1.

38. JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro, PUC, 2009, p. 166-7.

39. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**; da Responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 35.

40. NONATO, Orozimbo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. In **Revista Forense comemorativa 100 anos**, tomo III, Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 83.

e desencorajar as atividades úteis”, e completa seu raciocínio sustentando que “*para tal conseguir, não devemos acastelar dentro de princípios abstratos ou de preceitos envelhecidos para nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções ou à dos moralistas de gabinete*”⁴¹.

Como bem anota MARIA CELINA BODIN DE MORAES,

*a doutrina, de fato, tem falhado na elaboração dogmática dos novos critérios de responsabilidade civil, e a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente*⁴².

Se a abrangência do dano aumenta para atingir interesses transindividuais, não é mais possível pensar a responsabilidade civil a partir de uma estrutura individualista e eminentemente patrimonial. A responsabilidade, enquanto instrumento para proteção de direitos fundamentais, num contexto de pluralidade de fontes normativas, não pode se limitar ao binômio dano-reparação, sendo importante analisar a questão dos custos sociais necessários à proteção da pessoa humana e o papel do intérprete na tutela de uma noção de dignidade cada vez mais vinculada à solidariedade e igualdade substancial, razão pela qual o ponto de partida está na funcionalização das situações patrimoniais às existenciais para a construção de uma nova dogmática⁴³ que vem se desenvolvendo mediante utilização de cláusulas gerais para delimitação de deveres gerais de conduta nas relações entre particulares.

Dentro da perspectiva tradicional, obter sucesso num ação de responsabilização por danos equivalia à vitória numa corrida de obstáculos, pois verificado o dano, competia à vítima a prova da culpa e do nexos de causalidade, que eram encarados como filtros à pretensão reparatória, afinal *actori incumbit probatio*.

Do sistema da culpa, de matiz nitidamente individualista, evoluiu-se para o sistema solidarista da reparação do dano, que tem por finalidade precípua a restituição do lesado ao estado anterior, desfazendo, nos limites concretos, o dano sofrido, razão pela qual AGUIAR DIAS sustenta que “*já não é mais de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o nomen*

41. ALVINO LIMA. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 21 e seguintes.

42. Vide o Prefácio da Obra de Anderson Scheiber – **Novos Paradigmas da Responsabilidade civil**: da Erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo, Atlas, 2007, p. xii.

43. TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**; Novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008, p. 356-371.

*juris, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação de dano*⁴⁴.

Se antes a regra era a irresponsabilidade, e a responsabilidade a exceção, porque o grande contingente de atos danosos estava protegido pelo manto da culpa, daqui para frente a regra será a responsabilidade por exigência da solidariedade social e da proteção do cidadão, do consumidor e usuários de serviços públicos e privados.

No mesmo diapasão, ANDERSON SCHREIBER afirma que “*a sociedade contemporânea assiste a uma dupla expansão, que compreende não apenas os meios lesivos, mas também os interesses lesados. Sob o primeiro aspecto, a evolução tecnológica assegurou aos particulares um potencial danoso, que antes só se vislumbrava no Estado*”⁴⁵.

O estudo dos pressupostos da responsabilidade, antes centrado no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido, ou seja, a vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito⁴⁶, pois o foco de preocupação deixa de ser os *danos causados* para os *danos sofridos*, e as atenções do julgador voltam-se para quem pode suportar o pagamento da indenização e não mais para o seu causador⁴⁷.

Por essa razão, pertinente a afirmação de PAULO LUIZ NETTO LÔBO que, ao analisar os fundamentos constitucionais da responsabilidade civil, conclui que as hipóteses tratadas pela nossa Lei Fundamental “*são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social*”⁴⁸.

44. DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

45. SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

46. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**; da Responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39-40.

47. Vale destacar o teor do Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, relativo ao art. 187 do CC/02: “*A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade*”.

48. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil; Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23. O referido autor apresenta uma análise do texto constitucional, destacando que a Constituição Federal destinou vários dispositivos legais dispersos à responsabilidade civil, permitindo ao intérprete deles extrair um sistema básico que informa e conforma a legislação aplicável, especialmente o Código Civil, chegando a listar os seguintes dispositivos específicos: incisos v, X, XLV e LXXV do art. 5º e ainda os arts. 21, inciso XXIII, alínea “c”; art. 37, §6º, art. 141, art. 173, §5º, art. 225, §§ 2º e 3º, art. 236, § 1º e art. 245.

Em outras palavras, o dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima, para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade⁴⁹, assegurando ao lesado uma situação favorável pelos mais variados meios e processos técnicos disponíveis ao operador do direito⁵⁰, como, por exemplo, a “*erosão dos filtros tradicionais da reparação*”⁵¹, ou seja, a gradativa perda de importância da prova da culpa e do nexo causal dentro da dinâmica das ações de reparação.

Tratando do tema, JOSÉ JAIRO GOMES afirma que

Numa sociedade eminentemente anônima, em que os relacionamentos individuais se estabelecem superficialmente, a necessidade de se comprovar o elemento subjetivo (dolo e culpa em sentido estrito) do causador do dano tornou-se fonte de injustiças em incontáveis casos, pois deixava inúmeros danos sem reparação adequada; em diversas situações não era possível provar a culpa; em outras, o estado de hipossuficiência da vítima não lhe permitia acessar os meios probantes adequados⁵².

Assim como ocorreu nos contratos, o objeto de proteção no campo da responsabilidade civil deixa de ser a esfera patrimonial dos indivíduos para se concentrar na proteção de situações existenciais, iluminadas pelos princípios da solidariedade social, justiça distributiva na construção de uma noção contemporânea de dignidade humana, que em sua dimensão comunicativa e relacional significa mais do que uma obrigação geral de respeito pela pessoa, devendo ser traduzida *num feixe de deveres e direitos correlativos*, garantindo-se o mesmo nível de consideração e respeito a todos⁵³.

É preciso perceber que as necessidades da sociedade contemporânea exigem uma tutela diferenciada das situações patrimoniais e existenciais, uma vez que fundadas em lógicas díspares. A esta cabe, segundo PIETRO PERLINGIERI, na

49. Ver também VALPUESTA, Rosario. Entre los Principios y las Personas: Límites y Posibilidades del Derecho Comunitario, TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**; Novos problemas à luz da legalidade constitucional (Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro). São Paulo: Atlas, 2008, p. 137-153.

50. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**; da Responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39-40.

51. SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

52. GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229.

53. SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana**: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 23/24.

hierarquia dos valores, um papel primário⁵⁴, afinal a pessoa humana deve ser vista como o centro do ordenamento, impondo-se assim a funcionalização das situações patrimoniais às existenciais.

Não se trata apenas de apontar a necessidade de convivência de opostos. Como adverte MARIA LUIZA MAYER FEITOSA, com a rápida e crescente expansão dos processos de mercado, em especial das dinâmicas econômicas que não respeitam fronteiras nem a experiência jurídica local, *“há de se buscar novas formas interpretativas que não mais pode ficar indiferente às condições externas”*⁵⁵.

Atualmente é possível definir o estudo da responsabilidade civil pelas incertezas, instabilidade e mutabilidade cada vez mais comuns, apresentando, frequentemente, soluções díspares para casos idênticos, transformando a responsabilidade civil contemporânea quase numa loteria.

Nesse norte, doutrina e jurisprudência destacam o surgimento de “novos danos”, em grande parte reflexos à evolução da própria noção de dignidade. Atualmente buscam-se reparações por dano de férias arruinadas, dano de processo lento, de brincadeiras cruéis (*bullying*), danos nas relações familiares (abandono afetivo, descumprimento de deveres conjugais, dano sexual, custo de manutenção de filho indesejado, dentre outros).

Difícil definir quando a perturbação de nossas atividades normais, influenciando em nosso bem-estar, tranquilidade pessoal, ou o sofrimento pela morte de um animal de estimação devem ingressar no campo da reparação por danos⁵⁶.

No entanto, importante destacar que ao menos no atual estágio de desenvolvimento das categorias jurídicas aqui trabalhadas, não parece haver espaço para apenas um único modelo regulatório, sendo necessário distinguir a responsabilidade civil que se aplica como instrumento disciplinador das condutas humanas tomadas individualmente e aquela que se aplica à atividade econômica empresarial,

54. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

55. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 556.

56. Neste ponto, interessante destacar o pensamento de Anderson Schreiber: *“quando se propõem a selecionar os danos morais ressarcíveis, as cortes empregam critérios equivocados como a prova da ‘dor, vexame, sofrimento ou humilhação’ – consequências eventuais e subjetivas do dano, que nada dizem com a sua ontologia – ; ou ainda a gravidade da ofensa – critério que, consagrado sob a fórmula de que ‘o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral’, implica verdadeira inversão na axiologia constitucional, já que semelhante condição não se impõe em âmbito patrimonial, onde qualquer prejuízo, por menor que seja, suscita reparação”* (Op. cit., p. 6).

pois o papel do direito de danos⁵⁷ não se limita apenas à reparação dos prejuízos, mas se estende à prevenção de resultados socialmente indesejados⁵⁸.

Tendo em vista, porém, o montante elevado das indenizações e a insuficiência de patrimônio da parte que causou o dano, o seguro, convencional ou legal, será uma das técnicas cada vez mais utilizadas (...) para se alcançar a socialização do dano e, dessa forma, garantir pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de dano (...) em médio prazo, não obstante as vantagens do sistema de segurança social, uma combinação de sistemas de seguros privados sociais com a responsabilidade individual afigura-se mais compatível com os países de economia liberal como o nosso. A acumulação da indenização social com a resultante da ação outorgada pela norma de responsabilidade civil corresponde melhor aos ideais de uma justiça comutativa, quando configurado fique o dolo do lesante ou quando aquela indenização se mostre insuficiente para cobrir todo o dano suportado pela vítima⁵⁹.

Cabe aqui referência à lúcida advertência de LUIZ EDSON FACHIN: “*o legado haurido do pretérito que ainda não se foi por completo e o porvir cuja definição não se presentificou por ora*”⁶⁰, ao anotar que os conceitos e os modelos tradicionalmente empregados pelos operadores do direito são apenas *instrumentos jurídicos* e não *objetos do Direito*.

Precisa-se de novos limites. Como fazê-lo?

Como bem anota JUDITH MARTINS-COSTA, o conceito de dano não tem essência, pois não é um dado inscrito de uma vez por todas na natureza das coisas, mas um construído, por se tratar de um conceito situado no espaço cultural e no tempo axiológico⁶¹. Da configuração subjetiva do dano moral (baseado na dor e sofrimento)

57. Lucas Abreu Barroso e Pablo Malheiros da Cunha Frota anotam que “o direito de danos altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito da investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vitima*” (BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil; entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba, Juruá, 2011, p. 146).

58. TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da Culpa ao Risco, p. 308. In NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade Civil**. Doutrinas Essenciais, Teoria Geral, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 290 a 310.

59. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**; da Responsabilidade Civil. Das preferências e privilégios creditórios (arts. 927 a 965), vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40-1.

60. FACHIN, Luiz Edson. Internalidade e externalidade no debate sobre constituição e relações privadas: um olhar a partir do revisitado Locke, p. 177. Para Georges Ripert, “*o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser. O credor já não possui um direito adquirido, mas a simples esperança de que o juiz tenha as suas pretensões como legítimas*” (In **O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 314).

61. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 408-446.

mento), busca-se a objetivação com a presunção *in re ipsa* a partir da violação de um direito atinente à personalidade.

Não raro testemunha-se a “*a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexo causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável*”⁶². Não parece conveniente deixar exclusivamente a cargo da jurisprudência a delimitação dos novos danos, pois juntamente com as novas modalidades de prejuízo que vêm sendo reconhecidas modificam-se as escalas indenizatórias.

LUCAS ABREU BARROSO e PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA⁶³ apontam as tendências contemporâneas do direito de danos, ressaltando os temas que permearão o debate jurídico nos próximos anos, que podem ser resumidos da seguinte forma:

(...) a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização da culpa e da relativização do nexo causal; b) intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatrimonializadas, como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (Código de Processo Civil, arts. 461 e 461-A e Código Civil, arts. 233, 247 e 250); c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a (re)personalização do direito civil; d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo; e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange aos riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente; f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas; h) tornar irrelevante a concausa, “con el alcance de asignar la totalidad del daño a quien solo aportó una de las causas concurrentes”, objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano; i) aumentar as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já

62. SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 76.

63. BARROSO, Lucas Abreu.; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. In BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil; entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba, Juruá, 2011, p. 146-7.

existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (p. ex., seguro ambiental) etc.

Ao tratar das funções da responsabilidade civil, GASTON FERNANDEZ CRUZ anota, dentre outras, as de punir, prevenir, restaurar, restituir, atribuir justiça, vingar, diluir o custo dos danos, repartir as perdas e os riscos, colocar recursos em modo mais eficiente, controlar as atividades produtivas e os serviços públicos, garantir o funcionamento ótimo do mercado e o valor primário da pessoa humana; e conclui que, dessa maneira, a ideia de reparação da vítima do dano permanece submergida em uma abundância esquizofrênica de fins e objetivos que impedem conhecer a explosão da responsabilidade civil a uma motivação unitária e, portanto, a unitários princípios operativos⁶⁴.

O movimento é dinâmico, e a doutrina ainda não está oferecendo as respostas⁶⁵. Não é fácil encontrar critérios racionalmente sustentáveis para lidar com o problema, o que não raro faz com que a porosidade do sistema comprometa de algum modo a expectativa de segurança característica do ordenamento jurídico. Como efeitos colaterais perceptíveis podem ser citadas a litigiosidade e a vitimização da convivência social, numa realidade marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos⁶⁶. Resta aprofundar o debate e a funcionalização dos institutos na direção da solução dos problemas que já se tornam lugar-comum no cotidiano forense.

64. CRUZ, Gaston Fernandez. **Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad**. In Revista de Direito Privado, nº. 19, p. 298-9.

65. Neste particular vale transcrever advertência de Konrad Hesse ao analisar o fenômeno da constitucionalização do direito privado: “*cabe evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de una inflación de los derechos fundamentales, com la cual el Derecho Privado tendría poco que ganar; y los derechos fundamentales y su verdadero significado mucho que perder*” (HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Civitas, 1995, p. 67).

66. SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**; da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.