

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ROBERTO SENISE LISBOA

ALEXANDRE PEREIRA BONNA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Roberto Senise Lisboa; Alexandre Pereira Bonna – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-834-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Uyara Vaz Da Rocha Travizani e Roselaine Andrade Tavares apresentaram artigo intitulado “CRÍTICAS ÀS ALTERAÇÕES TRAZIDAS AO CÓDIGO CIVIL POR MEIO DA LEI Nº 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)”, discorrendo sobre os desafios de lidar com a capacidade plena das pessoas com deficiência mental, defendendo que tal proposição pode prejudicar a proteção dessas pessoas.

Isabel Soares da Conceição e Jadir Rafael da Silva Filho, com a pesquisa intitulada “FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: POSSIBILIDADES DE CONFIGURAÇÃO E EFEITOS DAS FUNÇÕES PREVENTIVA E PUNITIVA NO BRASIL”, refletindo sobre se são possíveis as funções preventiva e punitiva no Brasil e, caso sejam, seus efeitos.

Alexandre Pereira Bonna apresentou trabalho com o título “FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”, aprofundando a relação dos bens humanos básicos com o direito à privacidade e discutindo os desafios de proteção no âmbito da sociedade da informação.

Mayara Andrade Soares Carneiro e Jorge Shiguemitsu Fujita debateram no artigo “O DIREITO DE AUTOR E A OBRA CINEMATOGRAFICA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO” os desafios dos direitos autorais na era da sociedade da informação.

Ramon Silva Costa e Samuel Rodrigues de Oliveira apresentaram o artigo intitulado “OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA: PRIVACIDADE, PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CONSENTIMENTO NAS REDES SOCIAIS”, buscando compreender como as redes sociais afetam os direitos da personalidade.

João Vitor Penna e Silva discute, no artigo “OS LIMITES DA CLÁUSULA GERAL DO DANO MORAL NA TUTELA DA PESSOA”, dois modelos jurídicos de Direitos de Danos em Direito Comparado, a cláusula geral e o torts, demonstrando como a indefinição

legislativa dos interesses protegidos pelo sistema de Responsabilidade Civil, inerente ao modelo de cláusula geral, implica em dificuldades na delimitação de um conceito de dano moral.

Kenia Rodrigues De Oliveira e Karina Martins aprofundam a discussão sobre a “REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA: UM OLHAR PELA LEI 13.465/2017 QUANTO ÀS ESPÉCIES DE CONDOMÍNIO”, explicando as espécies de condomínio que surgiram com a Lei 13.465/2017 e buscando responder quais os reflexos jurídicos surgirão caso a Lei 13.465/2017 seja considerada inconstitucional?

Lucas Sarmento Pimenta apresentou a “RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRÁTICO: MEDIDAS PROFILÁTICAS À LUZ DO DIREITO COMPARADO, DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E DA BOA DOUTRINA MARITIMISTA” debatendo a extensão da responsabilidade civil do prático, assim como em quais casos ela será solidária.

Por fim, Diogo Oselame Pereira Boeira, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão, no trabalho chamado “TESTAMENTO VITAL E DIGNIDADE: A MANIFESTAÇÃO ANTECIPADA PARA O MOMENTO DO ENFRENTAMENTO DA PARTIDA”, refletindo sobre a dignidade da pessoa humana e autonomia privada no tocante ao testamento vital, sobre como deseja viver seus últimos dias de vida.

Alexandre Pereira Bonna - UFPA

Roberto Senise Lisboa – FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA ADEQUAÇÃO AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

THE CONTEMPORARY FUNCTIONS OF CIVIL LIABILITY AND THEIR FITNESS FOR CONSTITUTIONAL CIVIL LAW

Daniel Silva Fampa ¹
Amanda Fontelles Alves ²

Resumo

Este trabalho objetiva analisar em que medida as funções contemporâneas da responsabilidade civil são compatíveis com os preceitos que decorrem do chamado fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil. Para tanto, verifica os elementos que sugerem a insuficiência do paradigma reparatório da responsabilidade civil, notadamente no que diz respeito aos danos morais. Ademais, verifica o surgimento das novas funções como consectário lógico do advento da Constituição de 1988. Utiliza-se do método dedutivo, apropriando-se de revisão de literatura especializada para chegar às conclusões do trabalho.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Funções, Direito civil constitucional, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze to what extent the contemporary functions of civil liability are compatible with the precepts that derive from the so-called phenomenon of the constitutionalization of civil law. For this, it verifies the elements that suggest the insufficiency of the reparative paradigm of the civil responsibility, notably with respect to the moral damages. Moreover, it verifies the emergence of new functions as logical consectary of the advent of the 1988 Constitution. It uses the deductive method, appropriating a review of specialized literature to reach the conclusions of the work.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Functions, Constitutional civil law, Dignity of human person

¹ Mestre em Direito pela UFPA (2018). Atualmente, é Professor de graduação da ESAMAZ e da ESMAC.

² Mestranda em Direito pela UFPA. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca enfrentar aspectos relativos às funções contemporâneas da responsabilidade civil em perspectiva constitucionalizada, partindo da premissa de que a função reparatória – tal como historicamente compreendida – é insuficiente para possibilitar a resolução de casos envolvendo novas formas de danos e práticas abusivas no contexto da sociedade pós-moderna.

Deste modo, tem-se como objetivo geral o de compreender em que medida as “novas” funções da responsabilidade civil se articulam com os vetores axiológicos do chamado Direito Civil Constitucional ou Direito Civil constitucionalizado, notadamente a partir da matriz normativa que deriva do art. 1º, III da Constituição Federal, *i. e.*, a dignidade da pessoa humana.

Para atender a este objetivo, este trabalho examina, em primeiro plano, as razões que ensejam a conclusão de que o paradigma reparatório é insuficiente, nos dias de hoje, para dar conta dos problemas relativos ao dever de indenizar, identificando-se sua parcial incompatibilidade com a disciplina dos danos morais, que, por sua própria natureza, não admitem a restituição das partes ao estado anterior à lesão.

Outrossim, analisa-se igualmente a questão das novas funções e seus respectivos fundamentos teóricos, a fim de aferir sua adequação aos preceitos decorrentes da Constitucionalização do Direito Civil, em especial no que se refere à concretização da dignidade da pessoa humana, compreendendo-se de que modo sua proteção é realizada no contexto posterior à promulgação da Constituição de 1988.

2 A CRISE DO PARADIGMA REPARATÓRIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

O paradigma da reparação do dano na responsabilidade civil é, tradicionalmente, um de seus maiores sustentáculos. Ao projetar-se no campo normativo próprio da disciplina e ter caracterizada intrínseca relação com o princípio da reparação integral, a chamada função reparatória identifica-se como o aspecto mais clássico de um Direito de Danos que, em face das intensas modificações políticas e sociais do último século e da necessidade de compatibilização com a tábua axiológica constitucional, precisa ter sua leitura renovada, de acordo com esta nova sistemática.

Neste contexto, revela-se falha a pressuposição desta dimensão reparatória como suficiente para garantir o enfrentamento a novas reações sociais e econômicas,

atreladas a um modelo de relações multitudinárias e efêmeras, consideravelmente distante do modelo individualista e bilateral que se pressupunha haver até pouco tempo atrás. Não desaparece por completo esta condição, mas cede vasto espaço às manifestações típicas das chamadas sociedades de massa.

Algumas das razões para esta crise – pois sua totalidade não caberia nos limites deste trabalho – serão destrinchadas a seguir, procurando-se relacioná-las, sempre que for possível, com o paralelo crescimento do clamor pelo reconhecimento de novas funções para a responsabilidade civil, a fim de se possibilitar, *a posteriori*, uma interlocução precisa entre questões sensíveis dos danos morais e a dinâmica relacional contemporânea dessas funções.

Classicamente, a responsabilidade civil é concebida como dever jurídico sucessivo – ou secundário – de reparar uma vítima em decorrência de um dano por ela suportado, estabelecendo-se este ônus a partir da violação de um dever jurídico originário, em desfavor daquele que deu causa ao descumprimento deste dever¹. Esta é a lógica tradicional que permeia a aplicabilidade das normas relativas à responsabilidade civil em diversos sistemas jurídicos, a qual tem suas bases atribuídas à noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles, e que consiste na retificação de uma situação danosa a partir da reparação da vítima².

É dizer, no sentido desta construção teórica, que o dever de reparar um dano associa-se a um prisma normativo de bilateralidade na relação entre agressor e vítima, e de reação do ordenamento jurídico apenas em momento posterior à consumação do dano, não se reconhecendo haver, à luz destes pressupostos, qualquer possibilidade de regras e categorias jurídicas que tenham a função de desestimular uma prática danosa ou de punir um agressor por sua conduta – ao menos em sede de responsabilidade civil.

Isto consolidou, durante muitos anos, a premissa de que a finalidade precípua da responsabilidade civil seria devolver o lesado à situação em que se encontrava anteriormente ao dano, devolvendo-o ou restituindo-o ao chamado *status quo ante*³ – estado anterior à lesão –; em outras palavras, a tarefa a ser desempenhada neste cenário é a de buscar reestabelecer o equilíbrio inicialmente existente.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2

² ZAMORA, Jorge Luis Fabra. *Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate*. In: SPECTOR, Ezequiel; ZAMORA, Jorge Luis Fabra (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* – vol. 3. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 2547.

³ CAVALIERI FILHO, 2012, op. cit., p. 4.

A ocorrência de um dano de cunho patrimonial serve para ilustrar de forma adequada o raciocínio que ampara este paradigma. Basta imaginar uma situação em que Paulo, morador de um condomínio edilício com ampla área comum, atinge uma janela do apartamento de Stella com uma bola de tênis durante sua prática habitual, estilhaçando a respectiva vidraça.

Constatando-se, *in casu*, que o valor arcado por Stella para o conserto da janela equivale a R\$5.000,00 (cinco mil reais), tem-se que o montante a ser devolvido pelo ofensor a título de danos materiais será correspondente de forma exata ao referido valor⁴; assim, ao se exigir de Paulo o pagamento desta indenização, intenta-se fazer com que Stella e Paulo sejam devolvidos ao *status quo ante*, *i.e.*, ao momento e às condições nos quais se encontravam quando a lesão não havia ocorrido.

Esta restituição pode ocorrer de duas maneiras distintas. A primeira delas é a reparação *in natura*, que consiste geralmente no recebimento, pela vítima, de coisa nova da mesma espécie, qualidade e quantidade do bem ao qual se causou o gravame⁵ – ou no pagamento, em dinheiro, do valor respectivo –, de modo a garantir sua substituição por algo equivalente. Tal sistemática é, portanto, a expressão mais genuína possível do que se concebeu como restituição ao *status quo ante*, tendo em vista que se aproxima desta devolução das partes ao estado anterior à lesão, embora nunca a concretize integralmente.

Todavia, há, em determinados casos, uma impossibilidade fática em se proceder à reparação *in natura* como alternativa de tutela das vítimas, o que se dá pela natureza do bem jurídico violado, pois bens de natureza imaterial não são suscetíveis de substituição ou restituição. Por esta razão, em relação a violações desta natureza, utiliza-se a compensação em pecúnia, ou seja, o pagamento de uma indenização como forma de se buscar a efetiva correção no bojo da situação injusta criada pela conduta do agressor.

Por óbvio, no que tange à compensação pecuniária, não se trata propriamente de uma restituição ao *status quo* anterior, mas de uma tentativa de abrandamento dos efeitos deletérios ocasionados pela prática danosa, sendo certo que jamais se poderá eliminar de maneira absoluta o agravo suportado pela vítima⁶.

⁴ Esta é a definição do que se convencionou denominar teoria da diferença, a qual determina, segundo Fernando Noronha, que “a indenização será igual à diferença entre a situação atual do patrimônio do lesado e a hipotética em que estaria, se o dano não tivesse ocorrido”. NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. Revista de Direito Civil, Agrário, Imobiliário e Empresarial, vol. 17, n. 64, abr./jun., 1993, p. 20.

⁵ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 187.

⁶ RESEDÁ, Salomão. *A função sancionatória da responsabilidade civil: uma nova realidade frente aos danos morais*. Revista Direito Unifacs – Debate Virtual, n. 205, jul., 2017, p. 18.

Esta lógica reparatória clássica encontra fundamento no princípio da reparação integral, segundo o qual é função da responsabilidade civil, além de devolver a vítima ao *status quo ante*, garantir que a reparação ocorra de forma proporcional à extensão do dano, conforme o *caput* do artigo 944 do Código Civil⁷, distanciando-se, portanto, de qualquer escopo de caráter punitivo, ou mesmo de outra natureza⁸ que não a mencionada.

Embora o referido princípio e seu dispositivo legal correspondente sirvam para propor a alternativa padrão de interpretação dos institutos e categorias relacionados à responsabilidade civil no Brasil, foram detectados, em especial a partir da segunda metade do século XX e da miríade de novas situações a serem reguladas pelo Estado, diversos problemas e dificuldades a respeito de sua aplicação em determinados níveis das relações sociais, bem como quando relacionadas a bens jurídicos de natureza moral.

Isto se deu, em primeiro plano, por conta de fenômenos como o reconhecimento do alto grau de lesividade de um contexto marcado pelas sociedades de massa e pela premência pelo desenvolvimento científico e tecnológico, contexto no qual são ocasionados riscos multifacetados e desconhecidos à pessoa humana; em tal conjuntura, pode-se dizer que “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”⁹, estes que surgem de modo intrinsecamente imbricado com os conflitos típicos das sociedades nas quais prevalece a escassez.

Diante disso, ganham relevância os institutos e técnicas da Responsabilidade Civil, notadamente devido ao “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”¹⁰, consistindo, portanto, em ferramentas de regulação destas atividades.

Neste *status quo* de atividade econômica competitiva desenfreada, prevalece a ocorrência de danos em larga escala, por agentes de mercado que se locupletam de

⁷ Artigo 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad.: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23-25.

¹⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Responsabilidade Civil ou Direito de Danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do Direito Civil Constitucional*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). *Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 304-305.

maneira indevida por meio da exploração de bens jurídicos de indivíduos postos em situação de vulnerabilidade, tal como ocorre nas relações de consumo, no ambiente laboral, dentre outros âmbitos, o que acaba por provocar um enfraquecimento na perspectiva estritamente reparatória da responsabilidade civil, uma vez que não é possível dimensionar com precisão a extensão dos danos provocados em um grande número de casos de violações à pessoa, seja em seus atributos existenciais ou mesmo no que se refere ao patrimônio.

A esta inferência pode-se acrescentar uma segunda dificuldade, intrinsecamente relacionada ao conteúdo de bens e interesses juridicamente tutelados pela via das compensações por danos morais, que reside na constatação de que, independente do conceito utilizado para explicar o dano moral, seu respectivo bem jurídico é imaterial e, portanto, impossível de ser aferido objetivamente e de ter sua violação mensurada a partir das mesmas bases utilizadas para o dano patrimonial, razão pela qual sua tutela impõe a necessidade de se projetar um novo arranjo funcional para a responsabilidade civil.

3 O RECONHECIMENTO DE NOVAS FUNÇÕES PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

A respeito dos obstáculos apresentados para a consolidação do princípio da reparação integral – bem como de sua correlata função reparatória – como principal alternativa de quantificação das indenizações, pode-se concluir que, em um dado momento, atentou-se para a insuficiência da lógica da restituição ao *status quo ante* e para a necessidade de reformular o raciocínio normativo em sede de responsabilidade civil para o reconhecimento de novas funções, as quais, em complemento à função reparatória, podem contribuir para a adequação da temática dos danos aos novos paradigmas impostos pela sociedade contemporânea.

3.1 AS FUNÇÕES PREVENTIVA E PRECAUCIONAL: A NECESSIDADE DE DESESTIMULAR A PRÁTICA DE ILÍCITOS FUTUROS

Conforme exposto anteriormente, a composição tradicional do esqueleto normativo pertinente à responsabilidade civil calçou-se exclusivamente, por considerável lapso temporal, na dimensão reparatória dos danos injustos sofridos pelas vítimas, de modo a contemplar um viés eminentemente repressivo, ou seja, contemplando o

fenômeno da reparação ou compensação de danos tão somente após a ocorrência do menoscabo a bem jurídico protegido pelo ordenamento.

Desta maneira, a prevenção de danos no bojo da aplicação das normas de responsabilidade civil no Brasil corresponderia, quando muito, a uma mera “externalidade positiva” do sistema, isto é, uma consequência acidental almejada, mas que não seria considerada como um fundamento normativo para a operabilidade de normas neste particular¹¹.

Todavia, tal como já evidenciado, elementos como a multiplicidade de fontes de danos à pessoa humana, notadamente oriundos de atividades econômicas consideradas de risco, impulsionaram um movimento de reconhecimento, em âmbito doutrinário, da necessidade de se alargar os horizontes em termos de sustentáculo valorativo da responsabilidade civil, impondo o reconhecimento da prevenção não apenas como uma de suas funções, mas como verdadeiro princípio legitimador¹².

A defesa da prevenção como axioma presente no Direito de Danos parte, sobretudo, da imperatividade de um direito que possa ser considerado proativo, em um patamar no qual se considere elementar a necessidade de buscar a proteção dos bens jurídicos materiais e existenciais de forma anterior à ocorrência do dano, desestimulando-se de maneira eficiente a prática de condutas danosas, ou evitando o agravamento de danos já produzidos¹³.

Esta refundamentação da responsabilidade civil também pode ser justificada pela constatação de que os danos que emanam do desenvolvimento de atividades típicas da sociedade de risco raramente ficam adstritos à esfera jurídica de apenas um indivíduo, consistindo em danos que transcendem fronteiras espaciais e temporais, alcançando, inclusive, bens e interesses individuais e coletivos das gerações futuras¹⁴, o que reforça as exigências a favor de uma racionalidade jurídica de prevenção.

Em termos práticos, a prevenção de comportamentos que possam ser considerados albergadores de riscos ao indivíduo ou à coletividade fragmenta-se em duas

¹¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 165-166.

¹² Ibid., p. 167.

¹³ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 50.

¹⁴ FONSECA, Aline Klayse dos Santos; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Aplicação de sanções preventivas na responsabilidade civil para a máxima tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas*. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (org.). XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Direito Civil Contemporâneo III, p. 122. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/iw7x844x/6tc83SrW51e9xn56.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

possíveis vertentes: de um lado, tem-se a figura do desestímulo por meio da quantificação da indenização em montante que possa ser considerado pedagógico ou exemplar; por outro lado, verifica-se como consectário do princípio preventivo a eliminação ou substancial redução de atividades econômicas consideradas perigosas ou altamente danosas¹⁵.

A primeira vertente guarda íntima relação com a construção teórica que se promoveu para o desenvolvimento de uma função punitiva da responsabilidade civil, razão pela qual seus desdobramentos serão examinados com maior propriedade mais à frente, eis que são motivados por fundamentos a serem ainda desenvolvidos.

Já no que tange à eliminação ou redução de riscos de atividades que possam ser consideradas nocivas, foi-se construindo progressivamente o que se convencionou chamar de função precaucional da responsabilidade civil, esta mormente relacionada a riscos de propagação desconhecida, como no caso da manipulação de produtos transgênicos ou a operação de dispositivos nucleares. Em suma, o que distingue a prevenção em sentido estrito da precaução é o grau de certeza acerca dos possíveis danos da atividade desempenhada, sendo certo que a precaução enquanto função estará conectada a setores nos quais as consequências não sejam conhecidas ou comprovadas, a *contrario sensu* do que ocorre com a prevenção¹⁶.

Vale ressaltar que é relativamente recente o debate a respeito das consequências jurídicas impostas pelo reconhecimento da precaução e da prevenção enquanto funções da responsabilidade civil, razão pela qual não há elementos que conduzam a uma certeza ou a um nível razoável de segurança acerca de como se proceder em termos de sanção normativa a ser aplicada em desfavor daqueles que violem este caráter preventivo.

É certo, entretanto, que a atribuição de indenização em favor de um indivíduo que ingresse judicialmente alegando o risco de sofrer determinado dano não é tida pela doutrina especializada como a solução mais satisfatória para a efetivação desta precaução na esfera dos danos indenizáveis, pelo quê apresenta-se como alternativa a estipulação de pena civil¹⁷, a ser arcada por aquele que gerou ou agravou o risco para a sociedade como um todo.

¹⁵ PÜSCHEL, Flavia Portella. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 94, mai. 2005.

¹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-102.

¹⁷ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 75-76.

Feitas estas considerações, cabe pontuar que esta dimensão preventivo-precaucional da responsabilidade civil ganha importância particular no que se refere aos danos a bens extrapatrimoniais, haja vista que, por conta de seu alinhamento valorativo com o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, é absolutamente essencial que o ordenamento pátrio disponha de mecanismos que enfrentem a problemática das violações a partir de uma estruturação que vá além da ótica reparatória clássica.

3.2 A FUNÇÃO PUNITIVA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

A discussão a respeito de uma função punitiva no Brasil surgiu há relativamente pouco tempo¹⁸, em momento substancialmente posterior à consagração da doutrina dos *punitive damages* (indenizações punitivas) em países de *common law*, a qual consiste na aplicação de uma pena de caráter civil, autônoma da indenização reparatória, e que se reveste de uma finalidade prioritariamente pedagógica de exemplaridade social¹⁹.

É imperioso ressaltar que a estipulação dos *punitive damages*²⁰ não se dá de maneira indiscriminada e arbitrária, mas se dirige especialmente a condutas com alto grau de danosidade e reprovabilidade social, usualmente reiteradas, e que manifestam um intuito de locupletamento a partir do agravamento do estado de vulnerabilidade de vítimas ocasionais²¹; em face disto, o mecanismo em comento se estabelece em prol de uma dúplici finalidade: a punição do ofensor e o desestímulo de condutas lesivas futuras, ou seja, aproximando-se, em relação a esta segunda finalidade, de uma das vertentes apresentadas no que se refere à função preventiva.

Transportando-se esta lógica para o sistema jurídico brasileiro, é possível vislumbrar um crescente clamor pelo reconhecimento do caráter legítimo de indenizações de caráter punitivo, assim como da função punitiva da responsabilidade. Isto parte preponderantemente das mesmas razões indicadas no parágrafo anterior para o contexto dos *punitive damages*, mas se concretiza por via distinta.

¹⁸ Os primeiros estudos e aproximações teóricas com a doutrina anglo-saxônica dos *punitive damages* constam da primeira década do século XXI.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 18, jan./mar. 2005.

²⁰ São características gerais dos *punitive damages*: (1) a atribuição de competência ao júri para sua aplicação; (2) utilização apenas em casos de dolo ou culpa grave do agressor; (3) não cabimento em hipóteses de danos originados de violação contratual. Ibid., p. 19.

²¹ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. *A fundamentação ética dos punitive damages e do dever de prevenir danos*. Revista Fides, Natal, v. 8, n. 1, p. 25, jan./jun. 2017.

É que, ao contrário da realidade de países de *common law*, nos quais a sentença já determina com especificidade qual valor do *quantum* condenatório corresponderá à reparação da vítima e qual terá intuito punitivo, no Brasil, optou-se por tão somente majorar a verba condenatória com a finalidade de punir o ofensor, sem, contudo, que se faça a distinção entre os montantes arbitrados.

Esta opção se faz presente em sentenças, acórdãos e atos judiciais congêneres com os rótulos de “caráter dissuasório”, “efeito punitivo-pedagógico da indenização”, dentre outros, o que evidencia que a incorporação de uma função punitiva para a responsabilidade civil em nossa realidade jurídica manifesta-se de forma ainda incipiente, sem fundamentos suficientemente debatidos – mormente em âmbito jurisprudencial – para a aplicação destas indenizações punitivas, ou mesmo com critérios que carecem de uma adequada justificação.

Isto fez com que diversas críticas surgissem ao paradigma da punição neste particular, dentre as quais se pode destacar a vedação ao enriquecimento sem causa, disposta, para alguns, no artigo 884, *caput* do Código Civil²² de 2002. Esta objeção foi construída no sentido de que destinar ao autor da demanda o valor da condenação equivalente à pena civil representaria propiciar seu enriquecimento sem causa e violar o princípio da reparação integral expresso no já aludido *caput* do artigo 944 do Código.

Desta maneira, o mais apropriado, na concepção daqueles que estão de acordo com a crítica analisada, seria destinar esta parcela, necessariamente, a um fundo público ou entidade beneficente, de modo a evitar o enriquecimento sem causa nesta conjuntura²³.

Esta crítica é relevante para os objetivos em prol dos quais este trabalho se dedica, já que as indenizações por danos morais em geral, por conta dos métodos modernamente desenvolvidos para sua quantificação, têm seu *quantum* determinado à luz de parâmetros e critérios moduladores cujo peso atribuído na hipótese fática nem sempre é devidamente justificado ou esclarecido pelos julgadores. Via de regra, na realidade, o valor da condenação é arbitrado de forma abstrata, com a alusão a jargões imprecisos como “razoabilidade” e “proporcionalidade”²⁴, o que impõe diversos problemas de ordem teórica e prática, que serão oportunamente expostos.

²² Artigo 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

²³ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2012, p. 233.

²⁴ Ressalte-se que não se está afirmando que os termos mencionados são, por sua própria natureza, vagos ou indeterminados, mas sim que sua utilização na fundamentação de decisões judiciais pode ocorrer de

No sentido das ideias examinadas, pode-se inferir que a função punitiva assume, no arranjo social contemporâneo já definido como de riscos e de danos em massa, um espectro de verdadeiro controle social, na medida em que se atem ao caráter reprovável de um agir ou de um conjunto de condutas para encontrar sua justificação no plano normativo e teórico, o que ainda parece relativamente distante de uma consolidação no Brasil.

Decerto, é curioso que o interesse pela temática em tela esteja ganhando terreno no âmago da civilística pátria, tendo em vista que, a despeito de se constatar que uma das grandes tendências da responsabilidade civil contemporânea é o deslocamento de seu olhar da falta moral do agressor para a proteção da vítima²⁵, a discussão sobre o viés punitivo da reparação e compensação de danos rumo para o sentido contrário, reavivando o olhar da comunidade jurídica em direção à conduta ilícita do causador do dano²⁶, sem descurar, contudo, de estabelecer como uma de suas prioridades a tutela adequada dos bens e interesses jurídicos violados.

Uma possível hipótese para explicar este fenômeno reside na própria constatação exposta na seção inicial deste capítulo e que deu origem à discussão sobre o reconhecimento de novas funções, *i.e.*, a insuficiência da matriz reparatória da responsabilidade por danos em face da problemática desafiadora que se instaura com a produção de riscos e danos em larga escala e o reconhecimento da indenizabilidade de bens e interesses de conteúdo moral.

É dizer, em outras palavras, que o contexto que se apresenta para o jurista de hoje, notadamente no que diz respeito à reiteração excessiva de violações ocorridas no curso da atividade econômica, impõe a exigência de projetar para a responsabilidade civil este papel de contenção do abuso do poder econômico e da prática desenfreada de lesão a direitos da pessoa, e que a função punitiva é reconhecida por alguns como um instrumento apto na consecução deste ideal.

Independentemente de se estabelecer a suficiência ou não do paradigma de punição para a realização do supracitado objetivo, certo é que urge a necessidade de se buscar alternativas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro – ou, no mínimo,

maneira obscura ou arbitrária, especialmente em relação às indenizações por danos morais, por conta do método utilizado no Brasil para sua quantificação.

²⁵ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Responsabilidade Civil: inovações normativas, desafios e perspectivas*. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. (Org.) *Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 461.

²⁶ PÜSCHEL, Flavia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 21, jul./dez. 2007.

compatíveis com sua pauta valorativa – para garantir a proteção dos bens morais e, via de consequência, da dignidade da pessoa humana, a fim de assegurar a efetividade da tutela *prima facie* de direitos fundamentais reconhecidos neste patamar, evitando que seja vantajoso lesioná-los.

3.3 PREVENÇÃO E PUNIÇÃO: DUAS FACES DE UMA MESMA MOEDA?

Delimitados os caracteres que definem o conteúdo das funções preventiva – abrangendo também, no que couber, sua vertente precaucional – e punitiva, cumpre acrescer que o reconhecimento desta multifuncionalidade para a responsabilidade por danos está intimamente interligado com o ideal de proteção do ser humano na contemporaneidade.

Isto porque, ao ressignificarem drasticamente o *locus* ocupado pelo Direito de Danos em âmbito normativo, estas “novas” funções se articulam com princípios constitucionais como a dignidade humana e a solidariedade social para determinar uma verdadeira transição paradigmática no que guarda pertinência com os fundamentos da responsabilidade civil.

Esta ressalva é relevante para que se compreenda que as funções apresentadas não possuem um fim em si mesmas, mas surgem em um contexto de reconhecimento da necessidade de refundamentação de todo um sistema, que precisa reagir a violações em diferentes níveis; violações estas que, em alguns casos, contam com proporções desconhecidas e certamente inalcançadas pelo prisma da função reparatória e da quantificação da indenização por meio da regra do artigo 944, *caput* do Código Civil.

É por esta razão que não é exagero algum afirmar que a função preventiva e a função punitiva possuem, na realidade, o mesmo desiderato, qual seja o de garantir a este sistema alternativas de reação às práticas danosas que podem ser consideradas mais harmônicas com as exigências da sociedade atual, pelos problemas já considerados desde a análise dos porquês do ocaso da dimensão reparatória.

Em outras palavras, punição e prevenção são, sim, duas faces de uma mesma moeda, a qual representa a busca pela efetividade das normas e valores referentes à responsabilidade por danos, a fim de que o sistema jurídico seja infenso a toda ordem de violações que se apresentam, seja pela via do desestímulo geral de ilícitos futuros, ou mesmo pelo controle social manifestado na estipulação de penas civis.

Neste sentido, em se tendo verificado que a função reparatória é, em grau considerável, parcialmente incompatível com a tutela de bens existenciais pela via da compensação por danos morais, pode-se sustentar que uma leitura dos pressupostos e das normas de quantificação da indenização a partir desta tábua preventivo-punitiva garante, sobretudo, alternativas para o amadurecimento de respostas aos dilemas situados no tocante a estes danos, abrindo margem perceptível para novos caminhos e possibilidades de interpretação.

3.4 É POSSÍVEL PROCLAMAR A EXISTÊNCIA DE UMA FUNÇÃO COMPENSATÓRIA?

A demarcação de funções para a responsabilidade civil, como já exposto alhures, é parte de uma tentativa de propugnar uma renovação no papel a ela destinado no contexto do constitucionalismo brasileiro e de seus impactos nos diversos setores da regulação normativa.

Assim, no afã de propiciar um instrumental adequado para a tutela de bens por meio da figura do dano moral, tem-se a compensação – ou efeito compensatório – como alternativa relevante, que se distingue sobremaneira da noção de reparação por não buscar uma restituição das partes ao estado anterior à lesão, mas sim proporcionar para a vítima uma satisfação material no intuito de amenizar a perda sofrida e as consequências da conduta danosa²⁷.

Este possível caráter autônomo da compensação não é apenas oponível em relação à reparação em si, como também em face da própria concepção do vocábulo “indenização”, já que o termo advém da expressão latina *in dene* ou *in demne*, que significa voltar ao estágio anterior à lesão²⁸, o que certamente não é possível em se tratando de lesão a atributos extrapatrimoniais, pela própria natureza ostentada por estes bens jurídicos, o que reforça a conclusão de que a responsabilidade civil jamais terá pretensões reparatórias legítimas neste particular, mas tão somente um intuito compensatório.

Não significa dizer, em atenção a esta observação, que a responsabilidade por danos ostenta uma função compensatória, pois, para isso, seria preciso atribuir à

²⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto, *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2006, p. 128.

²⁸ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 317.

compensação um caráter finalístico, a fim de tê-la como um dos grandes objetivos a serem perseguidos no contexto das indenizações no Brasil.

Neste sentido, Farias, Rosenvald e Braga Netto sustentam que parece muito mais apropriado raciocinar a compensação como uma considerável modulação da função reparatória, de tal maneira que, em se tratando de bens de natureza moral, poder-se-á também falar em reparação, mas em uma reparação compensatória, e não ressarcitória ou restitutiva.

Na prática, a distinção entre compensação e reparação não é meramente conceitual. O reconhecimento da primeira como uma manifestação da exigência de raciocinar o dano injusto para além dos esquemas tradicionais transborda qualquer discussão no plano semântico, de modo a alcançar, inclusive, os debates relativos à quantificação de danos indenizáveis. É que, se em casos de violação ao patrimônio a resposta prevista pelo sistema é de compreensão relativamente simples – consistindo, em tese, em cálculo meramente aritmético –, para situações de ofensas a bens morais, por outro lado, a tarefa revela-se tormentosa.

Em outras palavras, afirma-se que a alocação da compensação em um patamar de autonomia em relação à reparação – tal como tradicionalmente construída – acaba por alargar as perspectivas para o Direito de Danos em direção a questões como: a natureza dos bens jurídicos que se considera estarem tutelados pelo ordenamento (reconhecimento de novos danos), as finalidades basilares do sistema de reparação (ampliação do espectro de funções), a redefinição dos parâmetros de quantificação da indenização etc.

Isto não indica, contudo, que este fenômeno implica necessariamente na legitimidade de uma função dita compensatória, uma vez que, para tanto, conforme já mencionado, é necessário detectar nas ferramentas da responsabilidade civil interlocuções com o efeito compensatório, a fim de nele enxergar uma missão a ser desempenhada, o que não retira a importância do debate em comento.

O que é importante de se destacar é que a compensação demanda uma compreensão alargada da expressão contida no *caput* do artigo 944 do Código Civil (“a indenização mede-se pela extensão do dano”), uma vez que tal extensão, em matéria de bens existenciais, será determinada a partir de critérios e parâmetros diferenciados, com justificação teórica peculiar, e que vão agasalhar novas percepções no tocante às bases para o cálculo do valor da indenização.

4 FUNÇÃO ENQUANTO FINALIDADE: O PAPEL FUNDAMENTAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A dinâmica das normas e categorias jurídicas inerentes ao Direito de Danos está situada, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em uma conjuntura de progressiva redução em nível substancial das fronteiras entre o público e o privado, outrora considerados quase incommunicáveis e herméticos em seus respectivos âmbitos regulatórios; tal processo, relativo à paulatina aplicação vertical das disposições estampadas no Texto Supremo na interpretação das relações entre particulares, recebeu o rótulo de constitucionalização do Direito Civil.

O Código Civil de 1916, detentor de traços individualistas e liberais marcantes, e concebido à luz das “codificações europeias dos séculos XVIII e XIX”²⁹, tinha como um de seus fundamentos a intervenção mínima do Estado nas relações entre os particulares, sob a influência determinante de um ideal de autonomia da vontade privada dos indivíduos; assim, o Código exerceria a função de norma fundamental das relações privadas, guiando a aplicação do Direito e orientando-se por princípios e disposições próprias.

Neste sentido, o distanciamento entre o Código e a Constituição Federal era evidente, sendo esta possuidora da alcunha de “Carta Política” e tida como “norma de conteúdo meramente ‘programático’, dirigida apenas ao legislador”³⁰. Na contramão do papel desempenhado pela Carta Magna à época, o Código Civil de 1916 ocupava papel central no sistema normativo que regia as relações privadas; tamanha era sua importância, que se chegava a denominá-lo de “Constituição do homem comum”³¹.

Tal panorama apresentava, no entanto, diversos problemas para a proteção do ser humano enquanto sujeito possuidor de direitos fundamentais, tanto pela existência de um sistema que albergava de modo excessivo o patrimônio, quanto pela negativa de vigência ao Texto Constitucional.

Contudo, o processo de redemocratização brasileiro e o nascimento da denominada Carta Cidadã de 1988 trouxeram à tona a necessidade de se repensar a

²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

³⁰ *Ibid.*, p. 12.

³¹ LÔBO, Paulo. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 99, 1999.

relação entre Constituição e Código Civil, no intuito de garantir aos valores a máxima eficácia, a partir desta corrente metodológica do Direito Civil-Constitucional.

Desta forma, o conteúdo constitucional deve servir para motivar a interpretação dos institutos presentes no Direito Civil, e não o contrário, deslocando-se irrestritamente a Constituição para o centro do ordenamento jurídico. Portanto, é parcialmente vencido o sistema de subsunção à norma que imperava no contexto pré-1988, por meio do qual se buscava a adequação da situação fática a uma norma pré-existente.

É necessário frisar: a interpretação jurídica contemporânea, embora muito menos acorrentada à letra da lei, em clara oposição à exegese normativa anterior à ordem constitucional vigente, possui parâmetros de aplicação e uma finalidade precípua, qual seja a de atender aos valores constitucionais, devendo sempre visar à concretização do plano constitucional³².

Nesta esteira, a revolução provocada na forma de ver o Direito Civil perpassa essencialmente pela prevalência da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil – CF, art. 1º, inciso III – e princípio detentor da função de orientar o constitucionalismo contemporâneo como um todo. Ao consagrar a dignidade humana como valor fundamental da ordem constitucional brasileira, o legislador indica de modo inequívoco que o ser humano é o centro do ordenamento jurídico, relativizando sobremaneira a importância do patrimônio.

Este fenômeno espalhou seus efeitos também para a responsabilidade civil, impactando na adoção de técnicas legislativas próprias, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados³³, que demandam preenchimento pelo magistrado à luz de circunstâncias do caso concreto, impossíveis, portanto, de serem previstas satisfatoriamente pelo legislador.

Além disso, a Constituição de 1988 inovou também ao positivar de forma expressa o dano moral como categoria jurídica reparável – ou compensável –, em seu artigo 5º, incisos V e X, pondo fim a qualquer dúvida no sentido das possibilidades de se conferir um caráter legítimo para as indenizações por danos morais em nosso ordenamento jurídico.

32 SCHREIBER, 2013, op. cit., passim.

33 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 29, p. 233-258, 2006. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/295/267>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

É preciso entender, neste sentido, que a responsabilidade civil se afirma, a partir deste processo, como ferramenta de concretização da dignidade da pessoa humana, uma vez que está inserida em uma perspectiva funcionalizada de adequação valorativa, pressuposto inarredável para constituição de um sistema jurídico de acordo com Claus-Wilhelm Canaris³⁴, que resumia as exigências de um sistema na formulação de uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito”.

Este argumento ganha força quando se vislumbra como uma das possibilidades de conceituação do dano moral aquela que o afirma como sendo uma violação da dignidade da pessoa humana ou de pressupostos a ela relacionados³⁵, outorgando relevância à compensação por danos desta natureza no contexto de primazia da proteção a bens jurídicos existenciais, em detrimento do patrimônio.

Conclusivamente, deve-se repisar que a responsabilidade civil por danos morais, no contexto afirmado de incidência dos axiomas da Carta Magna em todo o regramento infraconstitucional pátrio, destaca-se na função primordial de garantir a proteção dos bens imateriais da pessoa, em um paradigma que vai além da mera repressão de ilícitos, e gozando, portanto, de status constitucional.

4.1 A PERSONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DO IDEAL DE SOLIDARIEDADE SOCIAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como já afirmado, até o surgimento e consolidação das premissas relacionadas à corrente metodológica do Direito Civil-Constitucional, havia grande distanciamento normativo e principiológico entre a regulação de relações havidas estritamente por particulares e aquelas afeitas às atividades do Estado.

Traçado este panorama, cumpre observar, com maior atenção, o giro copernicano ocorrido no que se refere ao objeto maior de proteção de todo o arcabouço infraconstitucional, transferindo-se a tutela da pessoa para o patamar de superioridade em relação a bens de cunho material, resultando em uma compreensão relativa à

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad.: Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25.

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132-133.

“despatrimonialização” do direito privado como um todo³⁶, ou seja, uma prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais³⁷.

Esta transição de paradigmas engloba a reestruturação de determinados elementos seculares no bojo do Direito de Danos, como é o caso da relativização da necessidade de comprovação da culpa do agente por parte da vítima para que esta possa ser indenizada, assumindo-se o risco como fundamento para o reconhecimento de um modelo objetivo de imputação do dever de reparar, chamado de responsabilidade civil objetiva.

Passa-se a ter como uma das preocupações do Estado, a partir das janelas abertas por este modelo objetivo de imputação, a gestão e a distribuição dos riscos em sociedade³⁸, com a forte influência de um ideal de solidariedade social (artigo 3º, inciso I da Constituição). Este elemento demanda a ressignificação dos pressupostos da responsabilidade civil, pois “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 geradas”³⁹.

Cabe ressaltar que esta necessidade de socialização dos prejuízos ocasionados por condutas lesivas ganha importância redobrada no que diz respeito a direitos mediata ou imediatamente correlacionados ao exercício da personalidade, que podem ser compreendidos como aqueles cuja alocação no núcleo de uma determinada relação jurídica é o que a define como situação subjetiva existencial⁴⁰. Por esta razão é que a compensação decorrente de violações por danos morais situa-se como poderosa ferramenta a ser adotada neste desiderato, na medida em que pretende tutelar bens que gozam desta proteção prioritária.

Portanto, pensar a reparação por danos com inspiração deste ideal solidarístico significa compreender seus problemas como pertinentes a toda a coletividade, tendo em vista que a gama de riscos e danos que se pode constatar nas

³⁶ DIAS, Eduardo Rocha. *Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 31.

³⁷ LEAL, 2014, op. cit., p. 461.

³⁸ EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 304.

³⁹ Ibid., p. 306.

⁴⁰ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33.

práticas sociais contemporâneas –especialmente aqueles relativos à atividade econômica – evidencia a projeção do dano para a multiplicidade de indivíduos que compõem as relações sociais em posição de vulnerabilidade, indicando o caráter obsoleto da visão individualista dos problemas mais latentes no estudo da responsabilidade civil.

Para além disso, tem-se que a concretização da dignidade da pessoa humana no plano da responsabilidade por danos ocorre, em grande parcela, pela figura do dano moral, que surge como categoria jurídica em decorrência do reconhecimento da legitimidade em se conceder indenizações por violações a atributos existenciais da pessoa. É dizer, portanto, que o instituto do dano moral é o que conecta a responsabilidade civil, de modo indubitável, ao espírito constitucional de proteção dos direitos da pessoa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho explorou as funções atribuídas contemporaneamente à responsabilidade civil, a partir da correlação existente entre estas e o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que impôs a ampliação do prisma regulatório da estrita reparação, que vigorava em absoluto no período antecedente à Carta Magna de 1988.

Neste sentido, foram examinados aspectos referentes aos elementos que constituem cada uma destas funções, bem como os argumentos que justificam sua incidência em casos que envolvem o dever de reparar, sem descurar dos pontos contrários à sua utilização.

Deste modo, verificou-se, incidentalmente, que um dos fatores que contribuiu de forma decisiva para o reconhecimento paulatino de novas funções para a responsabilidade civil foi a absorção, pelo legislador constituinte, do instituto do dano moral, cujo desenvolvimento teórico demanda, necessariamente, um olhar para além do paradigma da *restitutio in integrum*.

Conclusivamente, portanto, tem-se que as exigências de que sejam reconhecidas estas novas funções não decorre de mero elemento acessório no estudo dos danos à pessoa humana, mas sim de garantia de concretização primaz da dignidade da pessoa humana, postulado fundante da ordem constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad.: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad.: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33.

DIAS, Eduardo Rocha. Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). **Direito Civil Constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade Civil ou Direito de Danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). **Direito Civil Constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

FONSECA, Aline Klayse dos Santos; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Aplicação de sanções preventivas na responsabilidade civil para a máxima tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (org.). **XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito** – Direito Civil Contemporâneo III. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/iw7x844x/6tc83SrW51e9xn56.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade Civil: inovações normativas, desafios e perspectivas. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. (Org.) **Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**: uma visão luso-brasileira. São Paulo: Atlas, 2014.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. A fundamentação ética dos *punitive damages* e do dever de prevenir danos. **Revista Fides**, Natal, v. 8, n. 1, p. 25, jan./jun. 2017.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 141, p. 99, 1999.

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

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 18, jan./mar. 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade** (Impresso), v. 29, p. 233-258, 2006. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/295/267>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

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

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Agrário, Imobiliário e Empresarial**, vol. 17, n. 64, abr./jun., 1993.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 21, jul./dez. 2007.

_____. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 94, mai. 2005.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RESEDÁ, Salomão. A função sancionatória da responsabilidade civil: uma nova realidade frente aos danos morais. **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, n. 205, jul., 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2012.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto, **A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2006.

_____. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra. Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate. In: SPECTOR, Ezequiel; ZAMORA, Jorge Luis Fabra (eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho** – vol. 3. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.