

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

ILTON GARCIA DA COSTA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Naspolini - 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 - São Paulo

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 - Unicuriitiba - 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

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

D597

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

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Ilton Garcia Da Costa; Maria Creusa De Araújo Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-249-1

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

O estado de emergência de saúde pública de interesse internacional, declarado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, em decorrência do novo coronavírus (COVID-19), impactou na vida e na sociedade no final da segunda década do século XXI (BORGES, ABDI, 2020). Uma situação de emergência societária global que coloca novos desafios para o campo da pesquisa jurídica.

O Direito Civil, como uma área de conhecimento enraizado na sociedade e na cultura, não fica incólume a esse estado de emergência. Novas agendas de pesquisas são inauguradas. Novos problemas, abordagens, metodologias são utilizados para tratar dos imensos desafios advindos da situação de emergência. Simultaneamente, problemas e objetos de estudo tradicionais ao campo são revisitados com olhares e lentes que permitem o desencadear de soluções jurídicas transitórias. Desafios de ordem metodológica e epistemológica emergem para serem pensados pelos juristas e outros atores relevantes ao campo do Direito.

Nesse contexto, o Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II, no quadro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), reuniu pesquisadores para discutir essa nova agenda de pesquisa à luz de novas abordagens teóricas e metodológicas. O estado de emergência em decorrência da pandemia suscitou, também, a necessidade de imersão densa nas novas tecnologias, necessidade acompanhada de problemas jurídicos atinentes à Lei Geral de Proteção de Dados, matéria bastante discutida no âmbito do GT. Além disso, relações jurídicas foram discutidas tendo como cenário o estado de emergência, tais como: responsabilidade civil; relações contratuais; a questão da administração dos condomínios; a relação médico-paciente; a utilização de medicamentos; a situação prisional e a responsabilidade do Estado; a questão da proteção das pessoas com deficiência.

Resta claro que o Direito Civil passa por intensas transformações, que demanda diálogo jurisprudencial, doutrinário. Demanda, sobretudo, conhecimento das novas legislações emergenciais que impactam no campo da pesquisa do Direito Civil e as suas interações com a Constituição e o Direito Internacional.

A tarefa de coordenar este GT com textos e apresentações do mais alto nível nos honrou.

Desejamos boa leitura a todos em especial aos estudiosos do assunto.

Ilton Garcia da Costa - UENP

César Augusto de Castro Fiuza - UFMG / FUMEC

Maria Creusa de Araújo Borges - UFPB

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva ou na CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**FUNÇÃO E PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM UMA
SOCIEDADE GLOBALIZADA E DE RISCO**

**ROLE AND PERSPECTIVES OF CIVIL LIABILITY IN A GLOBAL AND RISK
SOCIETY**

**André Luis Mota Novakoski
Emerson Penha Malheiro**

Resumo

Este artigo tem por propósito apresentar um panorama do instituto da responsabilidade civil, sua conformação histórica, sua estrutura no direito civil contemporâneo e suas perspectivas em um mundo de relações entre pessoas e mercado pautadas por risco e globalização. O método de abordagem utilizado foi o hermenêutico, baseado na literatura sobre o tema; o método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa, bibliográfica.

Palavras-chave: Direito civil, Responsabilidade civil, Sociedade do risco, Função social, Perdas e danos

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to present an overview of the liability, its historical conformation, its contemporary structure and perspectives in a world of relations between people and the market guided by risk and globalization. The method of approach used was the hermeneutic, based on the doctrine on the issue; the procedure method was monographic and the research technique was bibliographic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Liability, Risk society, Social role, Losses and damages

1. Função estrutural da responsabilidade civil

O que Sir Isaac NEWTON e a responsabilidade civil teriam em comum?

A Terceira Lei de NEWTON afirma que, para cada ação, há uma reação de igual força em sentido oposto.

A responsabilidade (em sentido amplo) corresponde, no campo social, à lei universal newtoniana no campo da Física: uma reação da sociedade contra uma determinada ação.

Conforme a gravidade e anti-socialidade da ação, a sociedade estabelece um grau de repulsa: as situações mais graves pressupõe-se ofenderem a ordem social e são tipificadas como delitos, sujeitando o agente uma responsabilidade penal, que pode atingi-lo tanto pessoal quanto patrimonialmente, enquanto as lesões de menor gravidade “a priori” patrimoniais e extrapatrimoniais (mas nem por isto menos importantes) recebem um reprimenda civil, que vincula o patrimônio do ofensor à reparação (AGUIAR DIAS, 1983, p. 8).

A função estrutural (social, econômica) da responsabilidade civil consiste em dotar a ordem jurídica de um instrumento capaz de prevenir a prática de comportamentos antissociais aptos a causar lesão (gênero do qual dano é espécie) a outros indivíduos e, na ocorrência do dano injusto, assegurar à vítima a adequada recomposição do patrimônio atingido.

Para atingir este objetivo, o instituto da responsabilidade civil atravessou as eras, os sistemas políticos, jurídicos e sociais adaptando-se para, em busca “do mais elementar sentimento de justiça” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 14), corresponder às exigências particulares de cada um destes períodos.

A jornada da responsabilidade civil, que existe para dar resposta a conflitos que o direito de propriedade e dos contratos não conseguem solucionar (COOTER; ULEN, 2010, p. 322), não chegou ao fim, pois o instituto é dinâmico e permanece em constante adaptação e evolução (VENOSA, 2017, p. 438), a qual, ao longo do Século XXI, exigirá o tratamento de questões como os efeitos da massificação das relações humanas, da globalização e da sociedade do risco —a “Risikogesellschaft” de Ulrich BECK (2011, p. 24)— pautada por um incessante avanço tecnológico e científico, na qual os potenciais danos não se limitam aos indivíduos, mas afetam grupos (como os consumidores) e toda a coletividade (como no campo do ambiente).

2. Ontem e hoje: um pouco de história sobre a responsabilidade civil

Para compreender o instituto, é necessário ao menos um conhecimento prévio de sua formação no Direito Romano, período histórico no qual, apesar da ausência de uma teoria geral, se entrecruzam as experimentações e regras de outras civilizações para a formação do substrato básico do instituto da responsabilidade civil (PEREIRA, 2018, p. 20).

O direito romano contemplou a responsabilidade civil em quatro fases.

Na primeira fase, que existiu em quase todos os povos, se baseou na vingança: a forma mais primitiva de justiça, realizada pelas próprias mãos, a reparação do mal pelo próprio mal (AGUIAR DIAS, 1983, p. 19), em que vigorava sentimento de solidariedade familiar e responsabilidade coletiva (PEREIRA, 2018, p. 21), o que reflete a fragilidade do sistema de coerção da cidade, no qual “há ausência de um poder central” (ROSENVALD, 2013, p. 5), lembrando que, neste período, o Direito de caracterizava pela relação do homem com a cidade.

A segunda fase surge com o uso e é corporificada na Lei das XII Tábuas (“Lex XII Tabularum”) que tipifica os “delicta” capazes de gerar uma obrigação de indenizar, que se subdividiam, do maior para o menor grau de gravidade, em “delicti publici” e “delicti privati” (ROSENVALD, 2013, p. 6), sendo característico do período o fato de que a “lei determina com certeza o montante de crédito da vítima e a causa legítima desse crédito, sem a qual não haveria acção possível” (VILLEY, 1992, p. 48-49).

Sob a égide da Lei de XII Tábuas ainda permanecia aplicável a lei do talião, embora agora permita ao agente a possibilidade de ressarcir a vítima de forma pecuniária (“Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto”),¹ o que exigia a formação de consenso, acordo; logo, a celebração de “pacta” segundo as formulas da “sponsio” e “stipulatio” (que significa promessa), instituto de direito obrigacional que é a raiz etimológica do termo “responsabilidade”.

Há, no sistema que surge a partir da Lei das XII Tábuas,² a contínua substituição da vingança privada pela composição do dano a critério da vítima, o que, dado o contexto histórico do período, representa um primeiro passo de humanização do sistema romano do direito das obrigações e do instituto da responsabilidade civil (VILLEY, 1992, p. 49).

A responsabilidade pessoal e corpórea do devedor começaria a ser descontinuada apenas com a introdução da Lex Poetelia Papiria do Século IV antes de Cristo, por meio da qual se substituiu a responsabilidade pessoal pela patrimonial, i.e., a dívida passou a ser um vínculo

¹ “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena do Talião, salvo se existir acordo.” (Tradução livre)

² Segundo Caio Mário da Silva PEREIRA (2018, p. 21), o sistema da Lei das XII Tábuas ainda não dissociava a responsabilidade civil da penal, tratando-as numa mesma categoria: “Nesta fase da vindicta não se podia cogitar da ideia de culpa, dada a relevância do fato mesmo de vingar. Nesta fase, nenhuma diferença existe entre responsabilidade civil e responsabilidade penal”.

jurídico entre credor e devedor, agora conectando o patrimônio e não mais o corpo do agente à satisfação da obrigação (MOREIRA ALVES, 2012, p. 382).

A terceira fase do instituto no sistema romano surge com a Lex Aquilia de Damnum no Século III antes de Cristo que regula o delito de “damnum injuria datum” estipulando a reparabilidade de danos causados de forma ilícita a escravos, animais e coisas de outra pessoa, e a evolução que sofreu pela aplicação dos praetor e iudex até o período justiniano, quando a prática jurídica romana estabelece a ideia de que quase todos os prejuízos geram pretensão de reparação pela regra do “damnum non corpore datum” (VILLEY, 1992, p. 147-9).

AGUIAR DIAS (1983, p. 23) anota que, neste quarto e último estágio do direito romano, que se desenvolveu no período justiniano, as leis que permitiam a reparabilidade dos danos se multiplicaram e passaram a abranger não apenas os danos patrimoniais, mas também os extrapatrimoniais ou morais.

O direito medieval, que se ancora na herança legada pelo Corpus Juris Civil justiniano influenciada pela jurisprudência³ canônica (DINIZ, 2009, p. 269), que levou à formação do Corpus Iuris Canonici (WIEACKER, 1993, p. 70), é o momento no qual surge a expressão “responsabilidade” com sua moderna conotação (HIRONAKA, 2005, p. 58).

O direito francês incorpora as ideias romanas e, as aperfeiçoando a partir das lições de Jean DOMAT e Robert POTHIER,⁴ introduz os modernos conceitos sobre os quais o Code Civil e toda a legislação nele inspirada se assentariam: ao contrário do modelo romano clássico, a estrutura francesa da responsabilidade civil não tipifica os fatos indenizáveis, passando a prever o dever de reparar independentemente do grau de culpa, além de segregar as esferas da responsabilidade penal e civil e introduzir as bases do conceito de culpabilidade.

Tributário do direito civil francês, o Código Civil brasileiro de 1916 adotou a teoria da culpa como regra geral, admitindo a responsabilidade objetiva, logo sem perquirição de culpa, apenas em hipóteses excepcionais (PEREIRA, 2018, p. 23-24).

A rápida modificação das condições sócio-econômicas ao longo do Século XX, em especial após as duas grandes guerras mundiais, assim como o surgimento de uma sociedade que se baseia na crescente complexidade das relações sociais e de elevado grau de risco nas

³ A expressão “jurisprudência” é tomada aqui no sentido de ciência jurídica da interpretação do direito.

⁴ O direito civil francês antigo, anterior à codificação de Napoleão, já incorporara o conceito de responsabilidade civil fundada na culpa, como esclarece Caio Mário da Silva PEREIRA (2018, p. 40) citando Georges RIPERT: “Lembra Georges Ripert que a regra da responsabilidade fundada na culpa já existia no Direito francês anterior, e foi acolhida no Código”.

atividades humanas, forçou e orientou profundas modificações em diversos institutos jurídicos, dos quais a responsabilidade civil não poderia escapar (LISBOA, 2010).

Diminuindo a importância do elemento da culpa, o eixo central do instituto da responsabilidade civil foi paulatinamente migrando para o risco e, contemporaneamente, para as vítimas, sempre com o intuito de outorgar proteção jurídica mais adequada a uma sociedade em que os riscos são maiores e mais frequentes e que, por isto, exigem maior atenção dos envolvidos (PEREIRA, 2018, p. 29), o que em última análise busca proporcionar estabilidade social, leia-se, segurança jurídica (STAJN, 2011, p. 12).

No direito brasileiro contemporâneo, ao lado do Código Civil de 2002 e de normas esparsas capitaneadas pelo Código de Defesa do Consumidor, o instituto da responsabilidade civil sofre destacada influência do processo de constitucionalização do direito privado mediante a incidência (discute-se de direta ou indireta) de princípios e regras da Constituição de 1988.

3. Entre o antigo e o novo: transição da matriz subjetiva para o sistema da culpa e risco

O Código Civil de 1916, nova “catedral” do direito,⁵ pôs termo à vigência do direito civil português e representou o abandono da matriz romana no território brasileiro (SILVA, 2004, p. 312).

Influenciado pelo Code Civil francês de 1804, o diploma brasileiro de 1916 adotou o sistema da culpa, denominada responsabilidade civil aquiliana,⁶ exigindo que a vítima comprovasse a existência de dano ilícito, culpabilidade (nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia) e o nexo de causalidade entre a ação danosa e o resultado danoso (art. 159, CC/16).

A prova da culpa no âmbito da responsabilidade civil não é uma tarefa fácil.

Segundo as regras processuais clássicas, que percorreram todo o Século XX por meio do Regulamento 737 e dos Código de Processo Civil de 1939 e de 1973, sob a égide do Código Civil de 1916 competia à vítima do dano a prova do fato constitutivo dos fatos afirmados em

⁵ A ideia das codificações como a “catedral” jurídica do cidadão remonta a WINDSCHIED: “O BGB deveria ser, nas palavras de Bernhard Windscheid, uma ‘catedral do esplendor nacional’, e o próprio Windscheid tornou-se um de seus principais arquitetos. Nem o design nem os pormenores de sua construção, no entanto, poderiam ter sido retirados ‘do meio dos tesouros escondidos nas profundezas do espírito do povo’.” (ZIMMERMANN, 2017, p. 382)

⁶ A respeito da adjetivação da responsabilidade civil subjetiva como “aquiliana”, a ponderação de Reinhard ZIMMERMANN é pertinente: “Os juristas da Idade Média e do início da Era Moderna continuaram utilizando a expressão ‘responsabilidade aquiliana’, embora ela se transformara tanto que divergia da sua origem romana ‘mais que um pássaro de um quadrúpede’.” (ZIMMERMANN, 2016, p. 250).

juízo, de modo que, na responsabilidade aquiliana, teria de apresentar prova firme de que o agente quis o resultado (dolo) ou que atuou com imprudência, imperícia ou negligência, o que é de difícil realização, quadro que acabava por impor à vítima o ônus (injusto) de suportar todo o prejuízo (BITTAR, 2000, p. 30).

Gustavo TEPEDINO (2001, p. 178-179) lembra que o Código Civil de 1916 contemplou hipóteses de alargamento do conceito de culpa, como a previsão de culpa indireta presente nos arts. 1518 a 1521 daquele diploma, que regulavam a responsabilidade civil por ato ilícito decorrente de coisas ou por fato de terceiro, sem, contudo, presumir culpa ou dispensar a respectiva prova.

Não se pode omitir o papel do Decreto 2681/12 que, paralelamente ao diploma de 1916, regulamentou a responsabilidade civil das estradas de ferro e introduziu a ideia de presunção de culpa que, ao longo do Século XX, seria largamente explorada pela doutrina e principalmente pela jurisprudência para assegurar a ressarcibilidade de danos causados a vítimas que, pela aplicação da clássica teoria da culpa presente no antigo Código Civil, não seriam eficazmente protegidas pelo sistema jurídico.

O modelo da culpa presumida, na qual o direito pressupõe a culpabilidade do agente em razão do descumprimento de um dever de vigilância ou cuidado (culpa “in elegendo et in vigilando”), como que “contratualizando-a”, consagra a ideia reflexa do solidarismo de que o eixo central do instituto da responsabilidade civil não deve ser a investigação da culpa sobre quem causou o dano, mas a imputação da responsabilidade pela compensação do dano a alguém, ou seja, dar primazia ao interesse da vítima e alça-la à posição de protagonista do instituto (LOBO, 2005, p. 15).

O sistema da presunção de culpa, apesar de uma aparente objetivação da culpa, não espelha uma derrogação do sistema da responsabilidade civil subjetiva (AGUIAR DIAS, 1983, p. 92-94), pois as presunções funcionam como um mecanismo de inversão do ônus da prova (logo, de cunho processual) por meio do qual o sistema jurídico atribuiu à vítima do dano uma posição jurídica de vantagem, facilitando a compensação do dano (LIMA, 1998, p. 327).

Em outras palavras:

É o que acontece com as presunções *juris tantum*. A lei atribue a certo indivíduo a obrigação de reparar o dano. Como que o acusa. Todavia, permite que se defenda, isto é, que prove não ser culpado, e portanto que está isento do dever de indenizar.

Foi através dessa inversão do ônus da prova que a teoria objetiva da responsabilidade se introduziu no campo do Direito Civil. Quando se começou a exigir que a prova da culpa não fôsse mais encargo da vítima, a teoria

subjetiva da responsabilidade sofreu o primeiro abalo. Porque, se o indivíduo não pode provar a ausência de culpa, êle é responsável, ainda que não seja culpado. Assim o considera a lei. (GOMES, 2017, p. 354-355)

Como resultado da evolução do instituto ao longo dos Séculos XIX e XX,⁷ principalmente em razão da influência doutrinária do debate de Raymond SALEILLES e Louis JOSSERAND, da jurisprudência e do movimento de descodificação do direito privado, foram sendo criadas hipóteses legais e jurisprudenciais de presunção de culpa e de responsabilização objetiva segundo as noções de “risco profissional”, “risco da propriedade” e “risco criado” sempre com o intuito de sanar as deficiências da legislação codificada (PEREIRA, 2018, p. 41).

Sobre o desenvolvimento da teoria do risco, DIÉZ-PICAZO (1999, p. 108) esclarece que seu surgimento se dá, no final do Século XIX, quando, em 9 de abril de 1898, é promulgada a primeira lei francesa disciplinando a responsabilidade civil por acidentes de trabalho.

A evidente insuficiência⁸ da teoria subjetiva da responsabilidade civil no final do Século XX impulsionou o Código Civil de 2002 (cujo projeto remonta aos anos 1970) a tratar a responsabilidade civil com maior sistematização e coerência em relação ao diploma revogado (TEPEDINO, 2001, p. 183-184); ainda que a nova codificação tenha mantido o sistema dual da culpa e risco (PEREIRA, 2018, p. 45), deu forte direcionamento do instituto à teoria objetiva. Paulo LEMINSKI sintetiza esta transição:

Além dessa substancial inovação, o Código Civil de 2002 também converteu expressamente em hipóteses de responsabilidade objetiva inúmeras situações antes tidas como de responsabilidade subjetiva com culpa presumida. É o que se vê, por exemplo, do art. 933, que declarou independer de culpa a responsabilidade por fato de terceiro, e do art. 936, que deu caráter objetivo à responsabilidade por fato de animais, ao eliminar a excludente fundada no "cuidado preciso", a que se referia o dispositivo correspondente da codificação de 1916. (LEMINSKI, 2013, p. 156-157)

Porém, os méritos da “virada de Copérnico” (FACHIN, 1998, p. 317) do instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro devem ser creditados à promulgação do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, diploma setorial que, cumprindo a previsão feita por Orlando GOMES ainda nos anos 1940, quebrou o monopólio do Código Civil sobre o instituto:

⁷ Neste período também despontou a teoria da garantia, que procurava desvincular a reparação de um dano da culpa transferindo o surgimento do dever de indenizar à preponderância dos direitos de autor e vítima afetados sob o prisma dialético de liberdade versus seguridade; as dificuldades práticas da teoria inviabilizaram sua adoção (PEREIRA, 2018, p. 340-341).

⁸ Moacyr da COSTA NETO (2018, p. 63) observa, com precisão, que a insuficiência do modelo normativo oitocentista atingiu todos os institutos de direito privado e forçou a mudança da política legislativa no período: “A apontada insuficiência normativa, dado o surgimento de novos fatos e categorias de fenômenos, irrompeu a cadência de criação de diplomas especiais, por exemplo, extraindo do Código Civil de 1916 sua originária finalidade de servir ao povo como unidade hegemônica na leitura e regência de fenômenos”.

Com a teoria objetiva da responsabilidade se está reproduzindo este espetáculo. Os Códigos resistem às suas investidas, ciosos de uma intangibilidade fátua. Mas, os fatos se revolvam contra os Códigos e, se não o dominam no primeiro arremesso, inspiram leis especiais que quebram o monopólio do princípio geral. As relações especializam-se para exigir preceitos especiais, até o momento fatal em que o princípio geral rege um número tão reduzido de relações que a regra passa a exceção.

Este fenômeno se está processando com a teoria objetiva da responsabilidade. Precisando vencer um princípio estratificado pela ação dos séculos, encontrou formidável resistência, que não pôde ser eliminada no primeiro golpe. Mas, voltou à carga pelo sistema das guerrilhas, penetrando na legislação, através de preceitos contidos em leis especiais, destinadas a reger grupos de relações para as quais se faz sentir mais necessária a adoção de novas idéias. (GOMES, 2017, p. 357)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), cuja raiz principiológica pode ser encontrada na Resolução 39/248 editada pelas Nações Unidas em 1985,⁹ foi a mola propulsora da responsabilidade objetiva no direito brasileiro ao estabelecer, em linguagem direta, que o fornecedor responde “independentemente da existência de culpa” (art. 12, caput; art. 14, caput) por danos sofridos pelo consumidor ou usuário por produtos e serviços.

A teoria objetiva capitaneada pelo CDC tem como premissa o reconhecimento do potencial de geração de danos da sociedade contemporânea, caracterizada por sua natureza pós-industrial, da informação, de consumo e de risco (GIDDENS, 1991, p. 8-9) e da latente disparidade de sua distribuição entre os agentes de mercado e da sociedade (racionalidade esta que foi posteriormente repetida no § único do art. 927 do Código Civil de 2002).

O direito do consumidor busca repelir a denominada “socialização do prejuízo”, buscando alocar os custos operacionais e de desenvolvimento (i.e., internalizar as externalidades negativas) no agente que pratica a ação ou omissão ou explora a atividade econômica potencialmente lesiva, característica que também pode ser observada em outros campos do direito contemporâneo, como o direito ambiental.

Mas o Código de Defesa do Consumidor não se limitou apenas à adoção da teoria da responsabilidade objetiva, decorrente do risco da atividade desempenhada pelo fornecedor, como regra geral; o sistema que rege as relações de consumo estabeleceu princípios como o da vulnerabilidade (art. 4, I) e da prevenção e reparação plena e integral de danos (art. 6º, VI) instrumentalizando-os inclusive no âmbito processual, por meio da prerrogativa de inversão do

⁹ Resolution 39/248. Guidelines for consumer protection. Geneva: United Nations, 2018. Disponível em: <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/UN-Guidelines-on-Consumer-Protection.aspx> Acesso em 12 mai 2020.

ônus probatório que, a rigor científico, representa um sistema de presunções legais em favor do consumidor lesado (NOVAKOSKI, 2006, p. 10-11).

4. Constituição e Código Civil: a influência da releitura do direito privado a partir da constituição (ou constitucionalização do direito privado) no instituto da responsabilidade civil

O direito constitucional brasileiro orbita ao redor dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988, dentre os quais se dá destacado protagonismo à dignidade da pessoa humana,¹⁰ cuja interpretação deve atender aos objetivos (que a literatura qualifica como “valores”) positivados no art. 3º da Carta Magna, à semelhança da experiência francesa (FAVOREU, 2019, p. 965-966).

Uma das mais relevantes características do processo de constitucionalização do direito privado (ou “releitura do direito civil na legalidade constitucional”, como prefere Natalino IRTI e se apresenta tecnicamente mais adequado) é o fato de a Constituição passar a estabelecer normas que buscam atingir determinados objetivos, atribuindo (ou seria impondo?) ao direito uma “função promocional” (que não é isenta de críticas ante sua potencial ideologização)¹¹ por meio do incentivo a certas atividades ou comportamentos, previstas no próprio texto constitucional ou em normas setoriais, que são promulgadas de forma cada vez mais intensa (TEPEDINO, 2001, p. 9-10).

Longe do que poderia parecer à primeira vista, o fenômeno da “constitucionalização do direito civil” não representa uma transferência dos institutos de direito privado para o âmbito do direito público, mas sim a compreensão da racionalidade e das funções do direito civil (leia-se: privado) na legalidade constitucional (SCHREIBER, 2013, p. 6).

¹⁰ A despeito das crescentes críticas que a doutrina vem apontando à hipertrofia desta garantia e o risco de sua banalização e perda de significação jurídica (que deve ser de todo evitada), como pode ser conferido em seminal artigo “Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law” de Otávio Luiz RODRIGUES JÚNIOR.

¹¹ Um dos problemas do enfoque “promocional” é a ignorar que direitos possuem custos e sua enumeração meramente simbólica de “direitos irrealizáveis” é um fator de profundo desprestígio ao sistema jurídico e a seus operadores, como adverte FLÁVIO GALDINO: “E tais normas de direitos fundamentais cumprem relevantes funções no ordenamento (vide item 1.1), inclusive relevante função simbólica e emancipatória, sendo importante instrumento no processo crítico de conscientização dos cidadãos e de promoção dos direitos.

Mas a afirmação de direitos irrealizáveis não cumpre essa função emancipatória e sim função ideológica. Essas promessas irrealizáveis no contexto de um Estado (dito de bem-estar social) ineficiente, embora tenham a função ideológica de promover a confiança nas instituições - a chamada “lealdade das massas” -, acabam convertendo-se em fator de descrédito com evidente desgaste do próprio discurso dos direitos fundamentais e inefectível instabilidade das instituições democráticas. É importante levar os direitos a sério.” (GALDINO, 2005, p. 339)

Esse fenômeno de complementação sistêmica entre o público e o privado (SIRENA, 2016, p. 339) ocorre pois, embora os pilares da constituição e dos direitos humanos (aqui também abrangidos os fundamentais) constituam os “fundamentos últimos da argumentação jurídica”, não são suficientes para responder a todas as dúvidas que a sociedade suscita diuturnamente, reclamando constantes reexame e revalorização de seus institutos, como é o caso da própria responsabilidade civil, o que obrigatoriamente perpassa pelo exame do direito infraconstitucional (AZEVEDO, 2007, p. 585-586).

Se por um lado esse processo de “constitucionalização” ou “releitura” priva o Código Civil da antiga posição de centro referencial do sistema jurídico de direito privado (SILVA, 2004, p. 295), de outro proporciona instrumentos e ferramentas (leia-se, princípios e regras) que, por sua carga principiológica, valorativa e posição topológica no ordenamento (COSTA NETO, 2018, p. 63), viabilizam a contínua construção e reconstrução da interpretação dos institutos de direito privado funcionalizando-os para atender às necessidades empíricas de uma sociedade em constante mutação, massificada, globalizada e de alta complexidade, assegurando o prestígio ao caráter ético que deve permear as relações sociais (FACHIN, 1998, p. 146).

Gustavo TEPEDINO (2001, p. 175-176) assevera, a este respeito, que os objetivos enunciados no art. 3º do texto constitucional, em especial as ideias de solidariedade social (COMPARATO, 2001, p. 175-176) e justiça distributiva (aos quais sustenta a característica de princípios), atribuem nova moldura ao instituto da responsabilidade civil, intensificando os critérios de imputação objetiva do dever de indenizar e de repartição dos riscos¹² da atividade econômica no tecido social.

Esta “nova moldura”, entretanto, não pode permitir a transmutação do jurídico em político,¹³ tampouco o abandono das regras e a conversão do Direito em um “problema de principiolatria” ou “panprincipiologismo”, transformando o texto constitucional (e o Supremo Tribunal Federal, em “ultima ratio”) em um campo de batalha sobre opções políticas (e sem o crivo do voto e do poder legislativo), ambiente fértil para o arbítrio judicial que já se mostrou

¹² Toda atividade humana, por mais cotidiana que seja, gera riscos econômicos e não-econômicos e o mecanismo (econômico) do preço e da adequada alocação dos recursos (economia da segurança) é uma ferramenta importante a ser considerada na análise da responsabilidade civil na sociedade do risco (VELJANOVSKI, 1994, 57-58).

¹³ Bartolomé CLAVERO, ainda que analisando a questão sob um prisma diferente, parece ter opinião semelhante ao reconhecer que os direitos humanos, no atual contexto histórico, são mais potenciais que atuais: “Si unos derechos se predicán realmente como humanos, su reconocimiento ha de producirse en el ámbito de tal derecho internacional general o, al efecto, de un ordenamiento supraestatal sin excepción de Estado, al menos esto en principio y como empeño. Fuera de este ámbito, los derechos humanos de alcance universal no tienen la posibilidad de alcanzar a constituir derecho en sentido estricto.” (CLAVERO, 2014, p. 224)

perigosíssimo ao longo da história e, em especial, no curso do Século XX (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 59-61).

O modelo constitucional que emerge do texto de 1988 tem uma preocupação bastante clara em equilibrar a lógica de mercado inerente ao sistema capitalista de distribuição do trabalho com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana,¹⁴ procurando dotar a interpretação do sistema jurídico constitucional-civil de uma ótica que as compatibilize sem desprestigiar o núcleo essencial dos institutos jurídicos impactados (NOVAKOSKI, 2020, p. 240-241)

É essencial destacar, para evitar imprecisões interpretativas, que “O solidarismo não é contrário ao individualismo e nem se confunde com o coletivismo”, pois tem por escopo “harmonização dos interesses e o suprimento das necessidades pessoais” (LISBOA, 2012, p. 54), como aliás pode ser observado pelo art. 170 do texto constitucional, que busca conciliar os interesses privados e as demandas sociais no campo da ordem econômica, contexto no qual a função dissuasória da responsabilidade civil, enquanto mecanismo de promoção da paz social e a preservação do equilíbrio social do patrimônio (financeiro e moral) do indivíduo, não pode ser negligenciada, independentemente de discussão sobre a incidência direta ou indireta de direitos fundamentais nas relações privadas (CANARIS, 2003, p. 138),¹⁵ sua compatibilização e ponderação em caso de conflito (COMANDUCCI, 2008, p. 43-63) ou, finalmente, sua (ir)renunciabilidade (TREVISAN; BETTIN, 2019, p. 363-390).

O papel de “harmonização” assumido pelo instituto da responsabilidade civil no mundo contemporâneo é descrito com maestria por CARLOS ALBERTO GHERSI:

El derecho es ante todo armonización preventiva de conflictos, que se están instalados irremediavelmente em la sociedad a partir del juego de los intereses individuales –que operan em función de la riqueza y el poder– com los de la sociedad toda. [...] En síntesis, el derecho debe estar al servicio del hombre, concediéndole o reconociéndole derechos, marcándole límites y responsabilidad, posibilitándole su ejercicio y, fundamentalmente,

¹⁴ O intérprete, ao analisar os valores constitucionais, deve priorizar eliminar a “confusão geral” que, malgrado os contínuos esforços da literatura jurídica e da jurisprudência desde a denúncia de Antônio Junqueira de AZEVEDO (2002, p. 122) sobre a exegese do princípio da dignidade humana, ainda não foi eliminada (e quiçá tenha sido aprofundada na última década).

¹⁵ Filiamo-nos, neste aspecto, à linha que considera a eficácia indireta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, o que demanda sua incidência através do “filtro” do direito infraconstitucional, conforme ensinamentos de Claus-Wilhelm CANARIS: “A função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela carece, em princípio, para sua realização, da transposição pelo direito infra-constitucional. Este não fica, porém, por tal circunstância, em princípio subtraído à disposição do legislador ordinário, pois é apenas na sua globalidade que tem de oferecer uma eficaz proteção dos direitos fundamentais, e os diversos regimes específicos não são, enquanto tais, determinados constitucionalmente (v. II, 3, a = pp. 115 e ss.). Ao legislador ordinário fica aqui aberta, em princípio, uma ampla margem de manobra entre as proibições de insuficiência e do excesso (v. IV, 3, b, aa = pp. 119 e ss.).” (CANARIS, 2003, p. 138).

preservando su integridade espiritual y material frente a los hechos o actos de otros hombres. (GHERSI, 2003, p. 24-25)

A inserção da obrigatoriedade de o estado e da própria sociedade promoverem a proteção do consumidor e do ambiente na Carta Magna de 1988 mediante a atribuição de competência legislativa para implantação de leis ordinárias regulando relações de consumo, recursos ambientais e respectivas políticas públicas busca concretizar, empiricamente e por meio da ideia de “funcionalização do direito”, os preceitos de dignidade da pessoa humana e solidarismo (COSTA NETO, 2018, p. 63).

Diretamente influenciada por essa conformação político-constitucional, a responsabilidade civil encontra-se ela própria inserida como um elemento constitutivo da garantia fundamental de propriedade ao assegurar que a vítima possua mecanismos de direito material e processual realmente efetivos (“substantive” e “procedural due process”) para obter compensação por diminuição patrimonial ilícita, assim como compensação “in natura” ou pecuniária por lesão a qualquer direito de personalidade (VILJANOVSKI, 1994, p. 74).¹⁶

5. Hoje e amanhã: o futuro da responsabilidade civil

O que o futuro, globalizado e permeado pelo risco, reserva à responsabilidade civil?

Na feliz expressão de Paulo LEMINSKI, o filtro da culpa foi e permanece sendo erodido pela paulatina e sempre constante objetificação da responsabilidade civil, conduzida da culpa ao risco, num processo de idas e vindas, desde as célebres discussões de SALEILLES e JOSSERAND no final do Século XIX, que atingiu o sistema jurídico de todo o Ocidente:

Já denominada prova diabólica diante das dificuldades que trazia, no século XIX, às vítimas de danos derivados do maquinismo industrial, a prova da culpa veio gradativamente perdendo relevância em todos os ordenamentos de civil law. Assistiu-se, embora não necessariamente em uma evolução linear, (i) à multiplicação das presunções de culpa; (ii) ao avanço da responsabilidade fundada no risco; e (iii) à alteração da própria noção de culpa e do modo de sua aferição. (LEMINSKI, 2013, p. 153-4)

A noção de culpa, de outro lado, perdeu o caráter psicológico e subjetivo que detinha no Século passado e a passou a ser encarada como um modelo abstrato de comportamento

¹⁶ A importância multidisciplinar do conceito de dano e suas implicações com a ciência econômica é essencial para assegurar às vítimas a efetiva proteção patrimonial que a ordem constitucional lhes assegura pelas garantias da dignidade humana e da propriedade: “Acabamos de ver uma situação na qual uma utilização simples da economia pode não apenas melhorar a coerência da decisão judicial, como também o bem-estar dos acidentados. O fato de os juízes se negarem tão peremptoriamente a empregar técnicas financeiras-padrão, como juros compostos e razoáveis taxas de desconto, e persistirem numa abordagem tão cheia de erros, constituiu um daqueles ‘mistérios do direito’.” (VILJANOVSKI, 1994, p. 74)

exigido dos agentes ao se inter-relacionarem na sociedade e no mercado; consequência direta, o direito se vê na necessidade de uma refletir conceitos clássicos como o do “bom pai de família” do direito romano e do “homem razoável” da common law para viabilizar formas mais atuais e plausíveis de aferição de conduta esperada (LEMINSKI, 2013, p. 157).

Verifica-se atualmente também um abrandamento da prova relativa ao nexos causal,¹⁷ com a jurisprudência aglutinando a “teoria da causa direta e imediata” (Tomaso MOSCA e Nicolas COVIELLO) com a “teoria da causalidade adequada” (Johannes von KRIES), por meio da qual far-se-ia um juízo de valor abstrato para verificar se a causa do dano seria realmente apta a produzir o resultado danoso, para formar a cognominada “teoria da necessariedade”, na qual o devedor só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento (ALVIM, 1972, p. 356), mas, agora, com centralidade na tutela da vítima:

O que se vê, em muitos casos, é que os tribunais, muito pelo contrário, se valem da miríade de teorias exatamente para justificar uma escolha subjetiva, e muitas vezes a técnica, da causa do dano. Com efeito, expressões como “causalidade adequada” e “causalidade eficiente” têm sido empregadas, frequentemente, em procedimentos racionais que refletem o uso de outras teorias, como a subteoria da necessariedade. Em outros casos, tais expressões têm sido usadas mesmo sem refletir qualquer construção teórica, mas tão somente a eleição, com ampla discricionariedade, da causa que, no entendimento do magistrado, melhor assegura proteção à vítima. (LEMINSKI, 2013, p. 158-159)

A responsabilização civil independentemente de prova de nexos causal é regra no âmbito do risco decorrente de atividades nucleares, regulado internamente pela Lei 6453/77 e, na esfera internacional, pela Convenção de Paris de 1960 (VENOSA, 2017, p. 688-689); não será de se estranhar se, no futuro, ocorra mitigação da exigência de prova do nexos causal para viabilizar resposta adequada do instituto da responsabilidade civil à situação dos danos injustos.

Também não se pode ignorar a cada vez mais forte tendência, iniciada nos anos 1990, de coletivização das ações de responsabilidade civil, que, grosso modo, decorrem da natureza difusa e coletiva das interações entre os indivíduos, empresas e estado no ambiente na sociedade da informação e do risco,¹⁸ irreversivelmente globalizado, formado por blocos econômicos e acessível remotamente por ferramentas disponíveis na internet, especialmente nos campos das relações de consumo (cada vez mais concentrado em serviços prestados em meio digital de

¹⁷ “O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor, ou, como diz SAVATIER, um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado.” (ALVIM, 1972, p. 340)

¹⁸ Emerson Penha MALHEIRO (2016, p. 218-220) afirma que a sociedade da informação e o processo de globalização representam duas facetas de um mesmo fenômeno decorrente da fragmentação das barreiras físicas de trânsito de bens e serviços que impõe à ciência jurídica a necessidade de constante reformulação.

forma transnacional) e ambiental (que suporta o impacto da extração dos recursos naturais e a incessante geração de resíduos de difícil e custosa destinação), o que exige uma nova compreensão do papel da sociedade com a ciência jurídica (MALHEIRO, 2017, p. 385-395).

A este respeito, Reinhard ZIMMERMANN menciona a pressão que os institutos de direito privado clássicos, como o contratos e a responsabilidade civil, têm sofrido no sentido de identificação de similaridades e mitigação de assimetrias entre os sistemas legais dos países-membros da União Europeia (ZIMMERMANN, 2017, p. 354-355), processo que certamente impactará não apenas os estados europeus, mas também todos aqueles (desde pessoas naturais até empresas transnacionais) que, direta ou indiretamente, interagem naquele ambiente.

Este fenômeno da uniformização de institutos jurídicos não passou despercebida de Emerson Penha MALHEIRO e Allan Marsick de ASSIS quando, ao tratarem da globalização, explicaram que este processo “compreende muito mais do que apenas o fluxo monetário e de mercadorias entre os Estados” e exigiria algum grau de “uniformização de procedimentos nos diversos setores da vida humana” (MALHEIRO; ASSIS, 2009, p. 115), dentre os quais fatalmente se incluirá o instituto da responsabilidade civil, mormente ao se considerar que, numa sociedade caracterizada por risco globalizado, não raras vezes o dano ocorrerá em país distinto do local de prestação do serviço ou da origem do produto fornecido ante a “ruptura de restrições mercadológicas” que outrora limitavam as relações de mercado (MALHEIRO; ASSIS, 2009, p. 117).

A “desestatização” da responsabilidade civil também é uma realidade incipiente que, brevemente, deverá merecer atenção da comunidade jurídica, tanto por meio de sistemas de seguro privado (senão obrigatório por força legal, imprescindível por estratégia empresarial),¹⁹ quanto por mecanismos de garantia de cumprimento de contratos e obrigações por agentes intermediários de negócios jurídicos, como diversos agentes econômicos tem implantado no âmbito do comércio eletrônico nacional e internacional (principalmente quando a garantia de entrega e pagamento), mormente a partir da perspectiva de que micro-danos, assim entendidos aqueles cuja tutela judicial é antieconômica para a vítima (e, pior!, sua causação pode ser

¹⁹ “A elaboração de soluções que, como o seguro privado obrigatório, se centrem sobre a capacidade contributiva dos agentes econômicos potencialmente responsáveis pelos danos, seria extremamente útil na conjuntura brasileira, em que, como já ressaltado, a face mais dramática da responsabilidade civil consiste não nos pedidos de reparação indeferidos, mas na imensidade de danos que permanecem sem reparação por falta de acesso ao Poder Judiciário.” (LEMINSKI, 2013, p. 171).

vantajosa para o agente), geram um estado de conflito social que não é compatível com a função normativa do instituto da responsabilidade civil.²⁰

Um ponto que trará muita discussão no âmbito da responsabilidade civil consiste na irreversível intensificação das hipóteses de imputação do dever de reparar ao terceiro cúmplice (ou agente externo), tema que exigirá uma profunda reflexão sobre dogmas do direito privado, como a inoponibilidade e relatividade dos efeitos do contrato, com reflexos diretos sobre a caracterização e apuração judicial da culpabilidade e do nexo de causalidade, o que somente é possível em um sistema verdadeiramente preocupado com a vítima.

A “crescente complexidade social da vida moderna, nos planos econômico, financeiro e tecnológico, e consequente intensificação e imbricamento das relações contratuais” (BANDEIRA, 2007, p. 87), assim como das demais interações sociais e econômicas não-contratuais, exponencialmente multiplicadas com o incessante desenvolvimento dos meios de comunicação e de negócios da sociedade da informação, geram situações de risco que somente serão adequadamente mitigadas mediante trabalho de continua (r)evolução dos preceitos clássicos da responsabilidade civil (BANDEIRA, 2007, p. 88-89).

Tratando da responsabilidade civil na sociedade do risco e da incerteza, Tereza Ancona LOPEZ recorre às lições do sociólogo Hans JONAS sobre precaução e prevenção de danos²¹ para apresentar seu conceito sobre as funções da responsabilidade civil no Século XXI, que não mais se limitariam aos escopos dissuasório e compensatório clássicos do instituto, legados pelo sistema romano e evoluídos a partir da doutrina e jurisprudência desenvolvidas ao longo do Século XX, para quem a responsabilidade civil do Século XXI, de caráter multidisciplinar e transversal, passaria a ter uma função que iria além da reparatória, agindo antecipadamente à causação do dano (preventiva em sentido lato), denominada responsabilidade preventiva (LOPEZ, 2010, p. 1230).

A aparente novidade do pensamento de Hans JONAS pode ter causado surpresa no campo da sociologia, mas não no do direito privado, que trata dos princípios da precaução e da prevenção como elementos internos da responsabilidade civil desde o final do Século XIX,

²⁰ Não sem razão a Resolução apontava, ainda em 1985, a necessidade de mecanismos eficientes para permitir a efetiva reparação de danos e debelar esses pequenos danos: “A disciplina normativa da responsabilidade civil do fornecedor tem a pretensão de aumentar as possibilidades de reparação dos danos sofridos pelos consumidores. Há indicação para a disponibilização de acesso à justiça e aos órgãos administrativos para a solução de controvérsias concernentes à relação de consumo, inclusive pela via informal, com atenção especial aos consumidores de baixa renda. Registre-se a importante recomendação para que as empresas sejam responsáveis pela solução do conflito diretamente com o consumidor, de maneira justa, eficiente e informal.” (SANTANA, 2014, p. 58)

²¹ As ideias de HANS JONAS podem ser encontradas na obra *El principio de responsabilidade: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

como demonstrou AGUIAR DIAS (1983, p. 99-104) em sua clássica obra ao apresentar ao leitor brasileiro a doutrina de Gaston MARTON; o princípio da prevenção também foi abordado por Clóvis do COUTO E SILVA (2015, p. 333-348).²²

O mérito que deve ser creditado à Hans JONAS decorre da percepção de que o sistema de responsabilidade civil, no mundo contemporâneo repleto de riscos (e também oportunidades),²³ pode transitar tanto no sentido passivo (função dissuasória do instituto), quanto ativo do instituto (função reparadora e preventiva em sentido lato), priorizando não só as vítimas, como também as potenciais vítimas de comportamentos antissociais e lesivos:

De fato, no sistema atual de responsabilidade civil o que se faz é subverter a antiga coerência do sistema, superando, em cada vez mais numerosos casos, a antiga finalidade de identificação do culpado. Isso ocorre pela atribuição de uma responsabilidade, sem culpa, com o objetivo de proteger os direitos das vítimas injustamente lesadas, realizando assim um verdadeiro compromisso com a solidariedade social. (MORAES, 2006, p. 24-5)

Essa tendência de o instituto da responsabilidade civil assumir um papel preventivo, de gerenciamento de riscos, é fortemente comprometida em eliminar o denominado “custo social da não-reparação” de danos injustos, que se constitui em um fenômeno erosivo da segurança jurídica e fonte de injustiça que as mais diversas teorias jurídicas aplicadas ao direito civil, como a análise econômica do direito e constitucionalização do direito privado, não toleram (SCHREIBER, 2009, p. 220-221).

Como ensinou AGUIAR DIAS (1983, p. 12) em sua magnífica obra sobre o instituto da responsabilidade civil, “Não se pode duvidar de sua eterna juventude e do seu incorruptível valor”: agora, comprometido com a vítima e não com discussões estereis sobre a culpa do agente pois “Não importa o autor do dano; é a vítima que importa” (LOPEZ, 2010, p. 1232), a ponto de não surpreender a descoberta (ou desenvolvimento) de um “princípio da proteção da vítima” na interpretação do sistema civil-constitucional vigente.

A elevação da vítima (em substituição à culpabilidade) ao “status” de eixo valorativo e exegético do instituto assegura a primazia dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais da dignidade humana (do qual deflui a proteção do direito de propriedade e sua reparação em caso de lesão), impedindo que a interpretação do instituto da responsabilidade civil, i.e., do direito infraconstitucional possa ocorrer em detrimento da vítima e da efetiva

²² A respeito do tema, explica COUTO E SILVA: “Um princípio importante em matéria de responsabilidade civil é o princípio da prevenção. A reparação, qualquer que seja, não deve conter, no seu conteúdo, aspectos penais, como sucede, p. ex., com “exemplary damages” da common law. Mas a medida da indenização detém, por igual, a função de elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina de princípio da prevenção.”

²³ “Se os riscos são probabilidades de ganhos ou perdas, quanto a estas, é preciso modelar instrumentos que permitam transferir ou mitigá-las” (STAJN, 2011, p. 8).

reparação de danos que atinjam seu patrimônio e personalidade, situação que colidiria com o postulado do art. 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que assegura que a interpretação das regras jurídicas de direitos humanos priorize a norma mais favorável à pessoa humana.²⁴

Considerações finais

A história da responsabilidade civil e de sua evolução é rica e estimulante, demonstrando que a busca da justiça e da equidade possuem papel central no instituto.

A responsabilidade civil contemporânea, fundada nos princípios de equilíbrio na distribuição dos riscos, na equidade no tratamento dos agentes e das vítimas e, não menos importante, no ideal de solidariedade social, diminuiu suas preocupações com responsável pelo fato lesivo e as concentrou no problema de perquirir quem deve ressarcir o dano injusto causado à vítima, o que se mostra essencial na sociedade da informação, orientada a um irreversível processo de globalização e de profunda complexidade das relações sociais, econômicas e institucionais, no qual o sistema jurídico deve assegurar a mitigação do risco e proporcionar a efetividade da reparação de danos injustos.

É importante advertir que, ainda que aplicado em um contexto de sociedade globalizada e de risco, um “princípio da proteção da vítima” não pode constituir um cheque em branco a ponto de transformar o instituto da responsabilidade civil em um sistema de simples garantia, equivalente à teoria do risco integral, subvertendo a lógica e a dogmática própria do Direito Civil, sob pena de eliminar os incentivos (de livre iniciativa responsável) para os agentes econômicos atuarem no mercado.

Referências bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil, vol. I**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil, vol. II**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983a.

²⁴ Vide, a este respeito da aplicação do art. 29 da CIDH, o voto do Min. CELSO DE MELLO no julgamento da ACD 41 (STF. ADC 41, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. 06/08/2017, DJE de 17-8-2017), acessível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 97, São Paulo, jan. 2002, p. 107-125.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 102. São Paulo, jan. 2007. p. 579-590.

BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 30. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2007. p. 79-127.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra, Almedina, 2003.

CASTRO, Julia Ribeiro de; SOUSA, Thiago Andrade. **A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais**. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 141-168.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho global: Por una historia verosímil de los derechos humanos**. Madrid, Trotta, 2014.

COMANDUCCI, Paolo. **Problemas de compatibilidade entre direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 4, Vitória, jul./dez. 2008, p. 45-63.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

COOTER; Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5.ed. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA NETO, Moacyr da. **A autonomia privada e a prevalência do negociado**. Revista Univap. v. 24. n. 45. Edição especial. Universidade do Vale do Paraíba: São José dos Campos, 2018. p. 61-69.

- COUTO E SILVA, Clovis V. do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. Revista de direito civil contemporâneo, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2015. p. 333-348.
- DÍEZ-PICAZO y Ponce de León, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. **“Virada de Copérnico”: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro contemporâneo**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 317-324
- FACHIN, Luiz, Edson. **O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115-150.
- FAVOREU, Louis. **Droit constitutionnel**. 21.ed. Paris: Dalloz, 2019.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparacion de danos**. 3.ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- GOMES, Orlando. **Culpa x Risco**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2017. p. 349-358.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: Del Rey, 2005.
- JONAS, Hans. **El principio de responsabilidade: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Herder, 1995
- LEMINSKI, Paulo. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 149-172.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LISBOA, Roberto Senise. **Dignidade e solidariedade civil constitucional do direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, v. 11, n. 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2010. p. 30-70.
- LISBOA, Roberto Senise. **Solidarismo internacional e constitucional: em defesa do estatuto de erradicação da pobreza**. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (Coords.). Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 47-62

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Responsabilidade civil na sociedade do risco**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 105. São Paulo, jan./dez. 2010. p. 1223-1234.

MALHEIRO, Emerson Penha. **A defesa dos direitos humanos e a inserção de suas normas no sistema jurídico da sociedade da informação**. Revista dos Tribunais, v. 106, n. 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2017. p. 385-395 [recurso online].

MALHEIRO, Emerson Penha. **Direitos humanos na sociedade da informação**. Revista Paradigma, v. 25, n. 1, Ribeirão Preto, jan./jun. 2016. p. 218-230.

MALHEIRO, Emerson Penha; ASSIS, Allan Marsick de. **Tratados internacionais e globalização**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 6, n. 6, Piracicaba, 2009. p. 106-119.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Revista dos Tribunais, v. 854. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2006. p. 11-37.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NOVAKOSKI, André Luis Mota. **A distribuição do ônus probatório nas lides de consumo: falsa inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC**. Revista Dialética de Direito Processual, v. 37. São Paulo: Dialética, abr. 2006. p. 9-18.

NOVAKOSKI, André Luis Mota. **Proposta de interpretação para compatibilização das garantias fundamentais clássicas de liberdade e propriedade às exigências de função social do direito privado introduzidas pela constitucionalização do direito civil**. In: FIUZA, César Augusto de Castro; CORRÊA, Cláudia Franco; LISBOA, Roberto Senise. Direito civil contemporâneo I [recurso online]. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 224-241.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**. O Direito, n. 143, vol. II, Almedina: Coimbra, 2011, p. 43-66.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Responsabilidade civil no direito romano**. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011a. p. 1-16.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo, Atlas, 2013.

SANTANA, Hector Valverde. **Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação.** Revista de Direito Internacional, v. 11, n. 1, Brasília: 2014. p. 53-64.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição.** São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. **Romanismo e germanismo no código civil brasileiro.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 27. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2004. p. 295-313.

SIRENA, Pietro. **Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali.** In: GRAZIADEI, Michele; BENACCHIO, Gian Antonio (orgs.). Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Trento, 2016. p. 335-351.

STAJN, Rachel. **Sistema financeiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TREVISAN, Leonardo Simchen; BETTIN, Danielle Antpack. **O peep show na Alemanha e a possibilidade da renúncia de direitos fundamentais.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 35, n. 2: Pouso Alegre, jul./dez. 2019. p. 363-390.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução.** Trad. Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** v. II. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VILLEY, Michel. **Direito romano.** Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés Editora, 1992.

WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 2.ed. Trad. A. M. Botelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Direito romano e cultura europeia.** Trad. Otavio Luiz Rodrigues Junior e Marcela Paes de Andrade Lopes de Oliveira. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2016. p. 243-278.

ZIMMERMANN, Reinhard. **O código civil alemão e o desenvolvimento do direito privado na Alemanha.** Trad. Arthur Maximus Monteiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2017. p. 317-358.