

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-156-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo, durante o XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Brasília-DF, entre os dias 06 e 09 de julho de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para um relevante debate, em que os profissionais e os acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO E DESIGUALDADES: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 26 (vinte e seis) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este palpitante ramo do Direito, que é o Direito Civil, especialmente o contemporâneo. Os temas divulgados no 38º GT foram apresentados, seguindo a seguinte ordem de exposição:

Marcelo de Mello Vieira trouxe reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Já Rafael Vieira de Alencar e Maysa Cortez Cortez estudaram as peculiaridades do contrato de distribuição, enquadrado este na modalidade de contratos de longa duração. Luana Adriano Araújo e Beatriz Rego Xavier analisaram a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social.

Alexander Seixas da Costa estudou o regime das incapacidades, identificando os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. Os autores César Augusto de Castro Fiuza e Filipe Dias Xavier Rachid fizeram uma abordagem crítica às alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime das

incapacidades. Através de Luiza Machado Farhat Benedito e Juliana Aparecida Gomes Oliveira, foram abordados os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Por outro lado, Tula Wesendonck e Liane Tabarelli Zavascki fizeram uma análise doutrinária e jurisprudencial no trato do instituto da responsabilidade civil.

Lucas Costa de Oliveira fez um estudo sobre a situação jurídica do nascituro e sua problemática, tendo o seu artigo apresentado de maneira crítica as teorias clássicas que versam sobre a situação jurídica do nascituro, bem como as novas perspectivas mais adequadas ao paradigma contemporâneo. Já Carolina Medeiros Bahia focou a responsabilidade civil pelo fato do produto, analisando a emergência da sociedade de risco e o seu impacto sobre o sistema brasileiro de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Em seus estudos, Mateus Bicalho de Melo Chavinho investigou a teoria da aparência, sendo este um importante instituto doutrinário, tendo a finalidade de proteger a boa-fé e a confiança das pessoas nas relações jurídicas privadas.

As autoras Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Mariana Viale Pereira analisaram a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica, reconhecendo que o artigo 187 amplia a causa geradora de obrigações. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto e Kelly Cristina Canela analisaram as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo o português. Jose Eduardo de Moraes e Priscila Luciene Santos de Lima fizeram um estudo, com o fim de elucidar a relação entre o grau de facilidade negocial e o custo transacional, apontando as serventias notariais e de registro como as instituições centrais dessa discussão.

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata pesquisaram sobre os fenômenos da aquisição e da transmissão das obrigações, sendo este tema essencial para a plena compreensão do funcionamento do tráfego jurídico. Igor de Lucena Mascarenhas e Fernando Antônio De Vasconcelos trataram das inovações decorrentes da regulamentação de novos institutos do direito, tendo como foco as lacunas legislativas e o risco sistêmico, mais precisamente o direito à indenização no contrato de seguro de vida em casos de eutanásia. Já Ana Luiza Figueira Porto e Roberto Alves de Oliveira Filho propuseram em seu trabalho fazer uma breve análise histórica sobre a evolução do mercado e da maneira em que os contratos o acompanharam, focando no surgimento das redes contratuais.

Cristiano Aparecido Quinaia e Tiago Ramires Domezi estudaram também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, caracterizando-o como instrumento de transformação social. Já Ilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins fizeram uma releitura dos princípios da função social e da preservação da empresa, enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços que tem de atender aos interesses coletivos. Marina Carneiro Matos Sillmann abordou a temática da curatela e da tomada de decisão, apurando se tais institutos são adequados para a proteção e promoção dos interesses da pessoa com deficiência psíquica.

Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira pesquisaram sobre as redes contratuais no contexto das transformações da sociedade e do direito, representando clara expressão da função social dos contratos, trazida pelo Código Civil. Luis Gustavo Miranda de Oliveira avaliou, em seu trabalho, a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade. Aline Klayse dos Santos Fonseca e Pastora do Socorro Teixeira Leal focaram, em seu artigo, na ressignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Já abordando mais uma vez o Estatuto da Pessoa com deficiência, Nilson Tadeu Reis Campos Silva fez uma análise das consequências do impasse legislativo criado pela edição do Estatuto da Pessoa com deficiência e do novo Código de Processo Civil.

Sobre a temática acerca do fim do casamento, Renata Barbosa de Almeida e Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa analisam as providências de rateio patrimonial, sendo objeto de dúvida a comunicabilidade e partilha de quotas sociais. Luciano Zordan Piva e Gerson Luiz Carlos Branco pesquisaram acerca da insuficiência da legislação falimentar (Lei no. 11.101 de 2005) em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Para tanto, em seu artigo, analisaram como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. E, por último, Murilo Ramalho Procópio e Fernanda Teixeira Saches estudaram o instituto da indenização punitiva, a partir do referencial teórico do Direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

DO DANO À DANOSIDADE CIVIL: ASPECTOS SOCIOLÓGICOS, JURÍDICOS E FILOSÓFICOS DA PREVENÇÃO NO DIREITO DE DANOS

DAMAGE TO CIVIL POTENTIAL DAMAGE : SOCIOLOGICAL ASPECTS , LEGAL AND PREVENTION OF PHILOSOPHICAL IN DAMAGE RIGHT

Aline Klayse Dos Santos Fonseca ¹
Pastora Do Socorro Teixeira Leal ²

Resumo

O presente artigo parte da resignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Busca-se fomentar a reflexão dos fundamentos sociológicos, jurídicos e filosóficos que embasam a prevenção no Direito de Danos e o debate acerca da ampliação do conceito de dano de modo a abarcar a danosidade para fins de imputação. Sustenta, ainda, a capacidade do sistema da Responsabilidade Civil imputar responsabilidade à agentes de condutas que põem em risco a pessoa humana, bens e interesses jurídicos, mesmo sem o dano concreto.

Palavras-chave: Responsabilidade por danos, Prevenção, Danosidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article is the reinterpretation of the traditional assumptions of Liability for the consolidation of a Liability for Damage committed to prevention. Seeks to foster reflection of sociological , legal and philosophical foundations that support prevention in Damage Law and the debate about the expansion of the concept of damage to encompass the potential damage for imputation purposes . Also maintains the system capacity of Liability impute responsibility to agents of behaviors that endanger human person, property and legal interests , even without concrete damage.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Liability for damage, Prevention, Potential damage

¹ Advogada. Mestranda em Direitos Humanos e Relações Privadas pela Universidade Federal do Pará.

² Desembargadora do TRT8. Pós Doutora (Universidade Carlos III de Madrid) Doutora (PUC-SP). Mestra (UFPA) Docente da Universidade Federal do Pará.

1 INTRODUÇÃO

A nossa geração aprendeu na faculdade que, toda a manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade e que o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil. É dizer, a simples violação de uma regra jurídica não ensejaria a imposição do dever de indenizar se não resultasse em um dano.

Aprendemos atenciosamente que a responsabilidade civil possui pressupostos ou requisitos rígidos, quais sejam o prejuízo, o ato danoso, a antijuridicidade e o nexo de causalidade e que, as bases fundantes da Responsabilidade se daria através de sua relação com o dano. Estudamos, ainda, que a estrutura tradicional da Responsabilidade se funda em sua função reparatória.

Entretanto, a configuração jurídica da Responsabilidade Civil apresenta uma evolução muito célere, devendo atentar para o aparecimento de novos fenômenos, ocasionados, por exemplo, pelo avanço tecnológico, proteção do meio ambiente, do consumidor, que impulsiona uma mudança de paradigma: do dogma da responsabilidade civil como sistema centrado na reparação, para um sistema que compreende, também, um viés preventivo.

A sociedade de incertezas se constitui também como a sociedade de riscos decorrente dos processos de modernização autônoma, cujas ameaças escapam à percepção sensorial e ao próprio domínio do conhecimento científico. Esta modernização caminha lado a lado com o pensamento mercadológico, onde se questiona se se quer *ter* uma economia de mercado ou *ser* uma sociedade de mercado (SANDEL, 2015, p.31).

Ademais, percebe-se a perda da concretude das relações jurídicas, onde já não se sabe ao certo quem é comprador, vendedor, financiador, isto é, o próprio negócio se torna complexo o bastante, e por vezes é necessário remontar a cadeia causal para saber qual operação comercial lhe deu origem. Somos, a um só tempo, promotores de mercadorias e as mercadorias que promovem (BAUMAN, 2008,p.13).

A complexidade e a incerteza da sociedade atual coloca em xeque, inclusive, o pressuposto fundamental da existência humana, dada as incertezas que inundam a produção técnico-científica, que causam danos igualmente incertos, já que a dimensão espaço-temporal dos danos é nova e as lesões não são mais pontuais, imediatas e o tempo de vida do ser humano não coincide mais com a temporalidade dos danos (LEVY, 2012, p.15).

Então, como raciocinar acerca de institutos jurídicos que, pela sua rigidez, perpetram práticas danosas e causam descompasso entre a necessária precaução e prevenção dos danos e o aparato instrumental técnico-teórico? É preciso desacobertar as deficiências do sistema da responsabilidade civil no que tange à prevenção e precaução de danos.

Embora a dogmática jurídica sinalize para preocupação de se evitar o dano, ainda há óbice quando o assunto é impedir o ato contrário ao direito e, conseqüentemente, lesões jurídicas. Em outras palavras, o instrumental técnico-teórico da responsabilidade civil resiste em imputar responsabilidade ao que age na direção de conduzir uma futura lesão de modo a permitir que uma pessoa desista de um determinado comportamento ou o modifique.

Estudos mais recentes acerca da Responsabilidade Civil apontam para sua reorganização, tratando-a com um duplo enfoque: de um lado busca regular condutas e outra que procura reparar eficientemente. Isto impõe uma nova sistemática da disciplina: de um lado a responsabilidade civil que enxerga o agente, fundada em sua conduta, conhecido como Direito das Condutas Lesivas; de outro, uma disciplina que se preocupa apenas em indenizar a vítima, fundada nos novos mecanismos indenizatórios, chamada de Direito de Danos (LEVY, 2012,p.5).

Entretanto, a proposta deste artigo não se baseia na cisão da Responsabilidade Civil, mas sim, na releitura de seus pressupostos, ou a ampliação dos seus sentidos, especialmente, do dano, consumado pela ofensa à ordem jurídica, nas situações em que o agente não preserva a legalidade das situações jurídicas que pode chegar, no futuro, a frustrar direitos subjetivos, bens e interesses jurídicos. Nesses casos, entendemos pela desnecessidade de apuração material do resultado da violação à ordem jurídica. É dizer: condutas contrárias à ordem jurídica lesionam interesses, priva indivíduos da faculdade de atuar lícitamente, põe em risco bens jurídico.

Sob essa perspectiva, tutelam-se não apenas as conseqüências ou efeitos do dano, mas a violação do direito que o produz ou o pode produzir, fazendo com que a Responsabilidade Civil assumam, também, um papel de regular condutas. Nossa reflexão, para além de uma questão doutrinária, visa, através do ordenamento jurídico, especialmente da Responsabilidade Civil, ampliar a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais, de bens jurídicos e bens da personalidade e de interesses jurídicos (RIGAUX, 1990, p.607).

Dessa forma, o presente artigo será desenvolvido a partir do método de pesquisa qualitativa, através da técnica de pesquisa de revisão bibliográfica, sendo fundamentado

através da teoria do direito contemporâneo. Objetivamos apresentar uma reflexão dos fundamentos sociológicos, jurídicos e filosóficos que embasam a prevenção no Direito de Danos e instigar o debate acerca da ampliação do conceito de dano de modo a abarcar a danosidade para fins de imputação.

Analisaremos a capacidade ou não do sistema da Responsabilidade Civil imputar responsabilidade à agentes de condutas que põem em risco a pessoa humana, bens e interesses jurídicos, considerados individual ou coletivamente, mesmo sem o dano concreto. Para tanto, buscou-se fundamentar a discussão do ponto de vista sociológico, baseada especialmente na doutrina de Ulrich Beck e Zygmunt Bauman, além de fazer um apanhado jurídico pautado na máxima tutela da pessoa humana e explicar os aspectos da filosofia da Responsabilidade Civil, especialmente o atual debate entre formalismo e funcionalismo, e justiça corretiva e comutativa, buscando identificar qual das concepções melhor sustenta a prevenção no Direito de Danos.

2 FUNDAMENTAÇÃO SOCIOLOGICA: A SOCIEDADE DO RISCO, DE CONSUMO E A COMPLEXIDADE.

Uma das mais acentuadas peculiaridades da sociedade contemporânea é o intenso progresso tecnológico e científico. Busca-se incansavelmente a produção da riqueza, mas a produção dos riscos dela não se dissocia, ao revés, desencadeia-se os riscos e potenciais de autoameaça. Vivemos a era do medo, sentimento conhecido de toda criatura viva conforme ensina Zygmunt Bauman, e da incerteza. Não sabemos aonde podem nos levar esses avanços.

As conseqüências imprevistas das ações humanas por muito tempo utilizada para desculpar ações prejudiciais, justificá-las e eximi-las de punição com base na ausência de intencionalidade. Bauman (2008, p.150) nos instiga a refletir se o “imprevisto” significa necessariamente “impossível de prever” e se “não intencional” quer dizer “impossível de calcular” e portanto “impossível de evitar intencionalmente”, ou apenas a indiferença e frieza de quem fez os cálculos e não se preocupou muito em evitar.

O que chamamos atenção é o fato de que agentes de condutas que põem em risco a pessoa humana, bens e interesses jurídicos, considerados individual ou coletivamente, causam danos, ainda que não passíveis de ser visualizados “a olho nu”. Isto porque, riscos vividos pressupõem um horizonte normativo de confiança violada. É dizer: os riscos, mesmos quando

penetram calados, continuam a estar vinculados a visões danificadas da vida digna de ser vivida (BECK, 2011, p.33).

Um fato social ligado a práticas violadoras do ordenamento jurídico é o consumismo que tem se tornado um padrão de maneira como os cidadãos das sociedades ocidentais contemporâneas encararam suas atividades, fazendo com que a metafísica subjacente ao consumo tenha se transformado em uma espécie de filosofia-padrão de toda a vida moderna. Nessa senda, assevera Bauman (2008, p.119),

Os conceitos de responsabilidade e escolha responsável, que antes residiam no campo semântico do dever ético e da preocupação moral pelo outro, transferiram-se ou foram levados para o reino da autorrealização e do cálculo de riscos. Nesse processo, o “outro” como desencadeador, alvo e critério de uma responsabilidade reconhecida, assumida e concretizada, praticamente desapareceu de vista, afastado ou sobrepujado pelo eu do próprio autor. Responsabilidade agora significa, no todo, responsabilidade em relação a si próprio (“você deve isso a si mesmo”, “você merece”, como dizem os corretores do “alívio da responsabilidade”), enquanto “escolhas responsáveis” são, no geral, os gestos que atendem aos nossos interesses e satisfazem os desejos do eu.

Como reação a esta realidade social, fortalece-se o processo de humanização da responsabilidade civil, em que se valoriza o aspecto preventivo capaz de evitar a ocorrência de futuros ilícitos e danos, ficando em segundo plano a preocupação de mera recomposição patrimonial decorrente do dano, o estudo de novas perspectivas acerca da obrigação indenizatória passa a ser necessário, notadamente em sociedade de consumo massificadas, onde determinadas condutas podem gerar danos sistêmicos e difusos.

Essa perspectiva de humanização da Responsabilidade, não é apenas importante para a releitura desde instituto, mas é necessária, imprescindível. Sobretudo quando se observa que a racionalidade científica e a racionalidade social se distanciam uma da outra e que há uma pluralização e diversidade definitiva de riscos civilizacionais observável (BECK, 2011, p.36) que ameaça a pessoa humana, o solo, o ar, o tempo, dentre outros.

Nesse contexto, abre-se um espaço inteiramente distinta de causas e culpados. O nexo causal que produz riscos entre uma ação prejudicial atual ou potencial induz a diversas interpretações específicas, de modo que, pelo menos a título experimental, pode-se relacionar tudo com tudo e os efeitos de determinadas ações produzem-se independentemente do quão

sólidas pareçam as interpretações causais. É dizer, as causas esfarelam-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações (Op cit, p. 39).

Os riscos imbricam-se à complexidade, isto é, à totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias: algo é complexo, quando, no mínimo, envolve mais de uma circunstância. Com o crescimento do número de possibilidades, cresce igualmente o número de relações entre os elementos, logo, cresce a complexidade (LUHMANN, 1973, p 11). Tal complexidade extrema do mundo, não capaz é de ser compreensível pela consciência humana, pois o homem não possui capacidade de dar conta da captação da complexidade, sobretudo se observar todos os possíveis acontecimentos e todas as circunstâncias no mundo.

Desse modo, entre a extrema complexidade do mundo e a consciência humana há um hiato. E é justamente aí que os sistemas sociais manifestam a função de redução de complexidade, pois intervêm entre a extrema complexidade do mundo e a limitada capacidade do homem em trabalhar a complexidade (Op. Cit, p. 13). Muito embora o risco esteja presente em diversas situações da sociedade atual, ele dependerá de uma tomada de decisão e de uma avaliação acerca da relação temporal para que lhe seja proporcionada a possibilidade de tomadas de decisões com menor potencial de risco e danos futuros.

Assim, considerando que estamos inseridos numa sociedade de risco, do consumo e da complexidade, a responsabilidade civil pode ser discutidas em uma esfera em que ainda não tenha havido perpetração do dano, quando, por exemplo, adotam-se medidas preventivas para evitar a produção ou reiteração de danos. Impõem-se, então, que a Responsabilidade civil deve atuar em momento anterior ao ato danoso ou quando o ato já enseja um estado de danosidade, mas sem um dano concreto, auferível (BONNA, 2015, p.35).

Destarte, pode-se imputar responsabilidade ao agente de condutas que efetivamente culminaram em dano, conforme tradicionalmente entendido, ou ainda, imputá-la ao agente que gerou um estado de danosidade¹, ou seja, um estado em que há o ilícito e um indicativo para danos futuros por constituir a evidência concreta do ato contrário ao direito. E mais: a análise sistemática do instituto da responsabilidade civil, deve-se direcionar para responsabilizar pela falta de prevenção, precaução ou *por agir contrário ao ordenamento jurídico* ensejando danosidade. Nestes casos, passa-se do nexos causal entre o dano e o evento danoso, para o liame entre a conduta do agente e a norma jurídica que tutela a pessoa humana, bens e interesses (LEVY, 2012, p.158).

¹ O termo danosidade utilizada neste artigo possui íntima relação com os estudos sobre o risco criado desenvolvido por Claus Roxin, que defende que o risco criado é o agir provocado por decisões humanas, que muitas vezes colocam em perigo a própria sobrevivência do homem, bens e interesses jurídicos tutelados na esfera penal. (ROXIN, 2009, p. 115).

Desse modo, se por exemplo, um agente se vale de marca comercial de outrem, o eventual dano concreto derivado da infração não é o mais relevante, visto que se concretizou o estado de danosidade.

No âmbito empresarial, há hipótese legal de imputação da responsabilidade por violação ao ordenamento jurídico e que possibilita a prevenção de danos. Trata-se do art.158, II, da Lei 6.404/76 que prever que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder com violação da lei ou do estatuto.

Percebe-se, então, que é necessário um contínuo esforço de associar o risco, o consumismo e a complexidade às necessidades do bem comum, contudo tal objetivo só será atingido a partir da regulamentação da economia e do mercado, assegurando afirmação dos direitos e prevenindo violações ao ordenamento jurídico (instrumentalizando a pretensão de proteção dos direitos) e danos concretos ou em potencial. Em razão das necessidades temporais e espaciais da sociedade atual, requer a máxima objetivação do equilíbrio e harmonia do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o que se busca discutir é que a Responsabilidade por Danos não deve se constituir como um instrumento apto a funcionar apenas *ex post*, mas também, *ex ante*, sobretudo, tendo como objetivo a inviolabilidade dos direitos e a prevenção de danos. Inserir precaução e da prevenção para o interior da Responsabilidade por Danos favorece sustentação metodológica e teórica para que os magistrados e jurisdicionados melhor examinem e racionalizem o resultado das condutas lesivas ou produtoras de risco. Se no modelo liberal se costumava especificar o lucro e coletivizar o prejuízo, hoje o que se almeja é a minimização das tensões sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais e dos benefícios econômicos por elas geradas.

3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: A MÁXIMA TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DE BENS E INTERESSES JURÍDICOS.

A Constituição Federal ao elencar em seu art. 1.º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, reconhece a obrigatoriedade da máxima tutela à pessoa valendo-se do sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e

da personalidade humana. Com isso, assegura-se o respeito ao indivíduo, garantindo-lhe uma existência digna e salvaguardando de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, como pelo Estado.

Nessa senda, a interpretação jurídica da referida norma constitucional possibilita a compreensão de que onde não há respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), conseqüentemente, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2002, p.64).

No âmbito da responsabilidade civil a tutela da pessoa humana que está na seara das normas jurídicas, investido de força e eficácia, é considerada cláusula geral, que para Maria Celina Bodan de Moraes (2008, p.131) assumem enorme importância no Direito Civil Contemporâneo, dada a necessidade urgente de regular os dilemas criados pelos avanços científicos, com todos os desdobramentos político-ético-sociais que eles suscitam.

Nesse sentido, deve preponderar a salvaguarda da pessoa, o que implica em evitar condutas que ponham em risco à pessoa humana e às condições imprescindíveis para o seu desenvolvimento pleno individual e social, indo além da adequada proteção das relações jurídicas patrimoniais, categoria amplamente tutelada e regulamentada. Portanto, a tutela da pessoa humana, é um fundamento jurídico-constitucional para a prevenção na Responsabilidade Civil.

E mais: como o Direito Civil contemporâneo é caracterizado, também, pela relativização conceitual, tão necessária dada à dinâmica alteração da estrutura dos conceitos jurídicos, oriunda do modo de ser da sociedade atual e que reclama pela funcionalização de tais conceitos em prol de uma concretude e especificidade necessárias como forma de viabilizar a igualdade substancial, podemos perceber que, o conceito de dano para fins de imputação da Responsabilidade também merece uma reestruturação, abarcando condutas ilícitas que ensejam um estado de danosidade pondo em risco pessoas, bens e interesses jurídicos².

² Já é possível se verificar na jurisprudência esta tendência. Tutela-se, por exemplo, o tempo livre, principalmente quanto à liberdade na forma de dispor dele: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. APOSENTADORIA. ATRASO NA CONCESSÃO. DEMORA INJUSTIFICADA. CONDUTA OMISSIVA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO. RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME (...) **5. Em casos tais, o servidor se vê obrigado a continuar prestando serviços enquanto aguarda a conclusão do seu pedido de aposentadoria, quando poderia passar à inatividade e gozar do tempo livre para realizar outras**

Para Fachin (2012, p. 67) a Responsabilidade Civil Contemporânea no Brasil aproxima relações interprivadas com o objetivo de tutelar a dignidade da pessoa humana e para o sistema Jurídico formado em torno do dever de ressarcir centrado na vítima. Assim, A pessoa humana foi elevada ao patamar de epicentros dos epicentros. Como consequência, na responsabilidade civil, o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo o direito de danos como governo jurídico de proteção à vítima, abrindo espaço para os princípios da precaução e da prevenção na Responsabilidade Civil, enfatizados no presente artigo.

A teoria constitucional de proteção dos direitos fundamentais e a incidência imediata e direta destes sobre as relações privadas hoje prevalece e tende a expandir sua aplicabilidade a campos ainda inexplorados e incessantemente renovados (por força da própria atipicidade dos direitos essenciais), parece evidente que o Direito civil e, dentro dele, o instituto da responsabilidade civil, deve apresentar-se operativo e útil aos objetivos constitucional e civilmente vinculantes, no que se refere à concretização dos direitos e a prevenção contra violações.

Basta salientarmos a tutela preventiva dos direitos da personalidade que, por exemplo, demonstra o anseio do legislador de, antes mesmo de concretizar a lesão, paralisá-la, ainda, durante a fase em que condutas levam a um estado de potencial lesão. Insta salientar que o art.12, CC/02 enfatiza que, além da lesão, protege-se, igualmente, a ameaça de lesão, logo, a parte inicial do referido artigo consolida a tutela preventiva dos direitos da personalidade.

A tomada de consideração da prevenção na Responsabilidade Civil, conforme já mencionado, requer que sua aplicação não esteja subordinada sequer a um começo de realização de danos, podendo funcionar a partir de uma simples ameaça de prejuízo. Tal entendimento também vem sendo destacado no Direito ambiental, onde a ausência de fronteiras espaciais e temporais da danosidade requer a prevenção, de tratar com discernimento para que os danos não se produzam, de responsabilizar e de responsabilizar-se (VENTURI, 2014, p.197). É dizer: não mais se sustenta a construção da Responsabilidade Civil sob o único fundamento da reparação de danos já ocorridos.

4 FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA: FORMALISMO OU FUNCIONALISMO? COMUTATIVIDADE OU DISTRIBUIÇÃO?

A fundamentação filosófica da responsabilidade civil tem sido bastante discutida, sobretudo pela dicotomia formalismo³ e funcionalismo. De um lado, há os doutrinadores e filósofos do Direito que entendem que a responsabilidade civil se funda na ideia de eficácia econômica e que as normas jurídicas devem buscar a maximização da riqueza.

Do outro, argumentam que a responsabilidade civil está fundamentada, em termos morais, em concepções de justiça⁴ distributiva⁵ ou justiça corretiva, ou ainda em combinação de ambas, agregando-se mais de um valor para tentar explicar a fundamentação da responsabilidade civil.

Em suma, este debate entre formalismo e funcionalismo no direito privado, gira em torno da ideia de direito privado estruturada na justiça corretiva aristotélica e no direito kantiano em contraposição direta à funcionalizante Análise Econômica do Direito. Mas qual a concepção que fundamenta a prevenção no Direito de Danos?

A concepção o formalista da Responsabilidade Civil, concentra-se em analisar quais são as estruturas que justificam implicitamente o direito de modo a torná-lo coerente internamente. Não se analisa como o direito pode auxiliar no bem-estar humano.

O formalismo, de maneira ideal, fundamenta a responsabilidade civil, na esteira do direito privado como um todo, na forma das relações jurídicas de direito privado que se estabelecem entre duas pessoas. A causa formal defendida pelo formalismo estabelece um estudo da responsabilidade civil com base numa estrutura racional polarizada por um objetivo interno de reparação integral dos prejuízos em cada ato lesivo que preserva a dignidade e igualdade das pessoas. Destarte, o jurídico, para o formalismo, não é o legal do ponto de vista de seu status, ou de sua previsão no direito positivo (direito público kantiano), mas sua inteligibilidade dentro de um conjunto normativo internamente coerente e racional por deter um fim próprio (DRESCH, 2005, p. 113).

³ A expressão formalismo é utilizada por Ernest Weirib em *The idea of private Law*.

⁴ Cada concepção de justiça irá propõe diferentes esquemas de direito e deveres e de pretensões legítimas dos membros da comunidade, mas toda concepção de justiça deverá acolher aquilo que é próprio do conceito de justiça, a saber, a recusa de distinções arbitrárias e a busca do equilíbrio entre as diferentes pretensões às vantagens da vida social. Vale-se do modelo “a cada um a mesma coisa” em que “cada um” faz referência ao lesante e lesado, no caso de relações involuntárias. Não se leva em consideração as peculiaridades das partes na relação, já que ela busca apenas garantir a igualdade nas transferências dos bens entre eles.

⁵ A justiça distributiva, nesse viés, é aquela que busca a repartição de bens ou encargos, definindo a quantidade que cabe a cada participante, com base nas características pessoais destes.

Na visão formalista, foca-se na relação jurídica e a forma das relações de direito privado é identificada por uma conexão de uma pessoa à outra em todas as suas dimensões. Resta evidente que o formalismo tem por foco o direito universal que, segundo Kant, é da alçada dos filósofos, eis que objetiva a sabedoria respeitante a uma forma ideal de direito e não com a solução do caso concreto (*Op. Cit*, p. 132).

Assim, sabidamente, o formalismo tem sua idéia central vinculada ao termo forma e apresenta a possibilidade de um método de motivação jurídica que consiste em um modo de racionalidade próprio. Assim, essa distinta racionalidade é imanente no material legal no qual opera e esse material mostra, embora sempre imperfeitamente (pois dependente da positivação), uma ordem moral inteligível. Disso, constata-se que o formalismo expressa a possibilidade de uma “racionalidade moral imanente” própria do direito privado. Essa racionalidade imanente seria consequência de uma forma própria do direito privado.

O sentido da justiça utilizado pelo formalismo é o da justiça corretiva aristotélica⁶ e vale-se, ainda, dos elementos centrais da teoria de Kant sobre o direito segundo o formalismo, o direito privado tem uma ideia sedimentada nas concepções de coerência, correlatividade e personalidade.

Nessa senda, se, por exemplo, um indivíduo menos favorecido financeiramente causa um dano a um indivíduo rico, pode ser que a desigualdade de renda entre eles seja injusta, mas, ainda assim, o critério formal da igualdade indica que o pobre deve indenizar o rico. E se se deseja atenuar essa injustiça, parece que deve ser mudado o critério formal, e não defender a um não pagamento da indenização.

Através dessas concepções, pode-se compreender adequadamente as relações obrigacionais como relações entre indivíduos, legitimadas por direitos e deveres que determinam limites racionais entre os arbitrios de maneira correlata, em que o direito de um é o espelho do dever do outro através de uma estrutura coerente que tem por fim único a dignidade da pessoa humana e a consequente igualdade destas pessoas como dignidades.

Exemplificando, percebe-se que no Direito Brasileiro, para a imputação da responsabilidade civil é necessário o nexó de causalidade entre a ação do ofensor e o dano sofrido pelo autor se constitui em um importante elemento para a responsabilização. Esta relação pode ser interpretada em como uma realização da justiça corretiva, pois opera como conexão entre as duas partes, garantindo que a parte demandada em juízo seja mesmo

⁶ A concepção de justiça corretiva surge da idéia de que quando uma pessoa sofre um dano por outra, o ofensor deve compensar a vítima. A responsabilidade extracontratual é vista como a retificação de uma situação danosa que encarna um tipo particular de justiça cuja primeira formulação é encontrada no livro *Ética a Nicômaco*: as vítimas devem ser compensadas sem considerar o status particular dos recursos que tem.

responsável pelo ato que causou o dano que o autor buscar ver indenizado. O nexo causal que mantém a estrutura bilateral da justiça corretiva, ligando as partes numa unidade de um agir e um sofrer.

Insta ressaltar que há uma tendência de migração de uma concepção formalista para uma compreensão preponderantemente coletivista da funcionalização social do direito privado. Ademais, em outros sistemas, como o norte-americano, destaca-se uma funcionalização econômica.

Diferentemente, a outra concepção capaz de fundamentar o direito privado na atualidade, o funcionalismo, entende que esse ramo do direito fornece ferramentas a serem utilizados para alcançar, principalmente, fins sociais⁷ e econômicos desejáveis numa dada realidade social.

A responsabilidade civil serviria para estabelecer uma distribuição eficiente de custos de acidentes, ou para implementar uma maneira de coletivizar os riscos no mercado de consumo. O funcionalismo, então, mitiga a estrutura formal própria das relações de responsabilidade, e se direciona a objetivos que a responsabilidade civil pode alcançar e, portanto, na utilidade que tal instituto pode trazer para uma sociedade, sobretudo porque as realidades sociais contemporâneas apresentam graves restrições à igualdade e à dignidade dos indivíduos (BARBIERI, 2012, p. 56).

Assim, nessas sociedades, o direito ideal, plenamente formalista, em algumas situações limites tem no direito positivo uma alteração através da introdução de elementos distributivos na busca da transformação da realidade. Nesses termos, os casos centrais são aqueles que determinam a estrutura ideal de um objeto, enquanto os casos periféricos são aqueles que determinam uma estrutura adulterada.

Por conseguinte, o direito privado ideal, baseado na forma corretiva/comutativa, configura o caso central do direito privado obrigacional. O direito privado positivado, entretanto, pode conter elementos distributivos, caracterizando um direito privado periférico e accidental. A forma com que o direito privado de um determinado ordenamento está fundado no caso central formalista ou no caso periférico funcionalista depende da análise de cada ordenamento jurídico especificamente.

⁷ Uma boa interpretação do art. 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, nos direciona a compreender que a proteção judicial indenizatória pode e deve alcançar fins sociais para além dos interesses dos particulares em conflito: Art. 5º, LINDB: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O funcionalismo, por estar caracterizado por essa externalidade dos fins, engloba uma série de teorias a respeito do direito e, mais especificamente, do direito privado, pois basta que sejam determinados fins extrínsecos ao direito privado, para que uma teoria seja qualificada como funcionalista.

Nesse contexto, à análise econômica do direito, pode-se acrescentar o Direito Social pois ela é uma amálgama que usa ferramentas da microeconomia com uma visão ética consequentialista voltada para o estudo dos problemas legais. Desse modo, o fim que explica e justifica o direito é a eficiência: deve-se maximizar os benefícios para a sociedade a maior quantidade de pessoas usando a menor quantidade de recursos. Enquanto a riqueza é a única medida objetiva para os benefícios, a análise econômica do Direito defende a maximização da riqueza econômica através regras eficientes que geram a maior quantidade de benefícios sociais (ZAMORA, 2015, p.2545)

A externalidade dos fins para direito privado e, especialmente, quanto à responsabilidade civil, pode ocorrer de duas maneiras: a) os fins podem ser jurídicos, ou seja, do direito público, mas externos ao direito privado. Como exemplo mais saliente, é possível citar as finalidades de punição e dissuasão de condutas ilícitas, que são características do direito público, vinculadas à atividade precípua do Estado; b) os fins podem ser externos ao direito, como por exemplo, a finalidade de maximização da riqueza defendida pela análise econômica do direito (DRESCH, 2005, p. 137).

Os exemplos mais evidentes da funcionalização do direito privado são os de posituação da função social da propriedade e do contrato que evidenciam fins externos ao direito, evidentemente fins sociais. Nessa perspectiva ampla, constata-se que a abrangência e a influência da concepção funcionalista, portanto, é presente na prática do direito privado.

Entendemos que a Responsabilidade não deve ser vista apenas com uma especialidade direito civil, mas lida com um problema social e jurídica da maior importância. A partir de uma mais ampla perspectiva, a responsabilidade civil deveria ser enquadrada como uma das maneiras em que a sociedade é responsável por danos e acidentes. Uma reivindicação de responsabilidade civil, permite deslocar o custo de um fato para alguém.

Sabidamente, os fins de dissuasão, punição e maximização do bem-estar são exemplos de fins que hoje são considerados relevantes na disciplina do instituto da responsabilidade civil. Tais necessidades sociais não são determinadas pelo estudo do direito privado, pois saber se, na sociedade de consumo, é necessário utilizar da responsabilidade civil para impor indenizações que, além de reparar, devem desencorajar, punir e tornar o mercado mais eficaz, ou; ainda, se a responsabilidade civil deve socializar os riscos de acidentes de consumo, são

preocupações objeto do estudo da economia, da sociologia, da psicologia. Não é objeto específico do direito privado estudar a mente humana, o mercado e a sociedade a fim de definir os referidos objetivos. Cabe a ele apenas servir de instrumento para se atingir tais intentos.

Outrossim, no que tange a uma das principais teorias utilitaristas, a análise econômica do direito, uma pessoa deve ser responsabilizada por falhar em evitar um acidente, isto é, errar na prevenção, apenas quando o custo das precauções seja menor que o provável custo do acidente. Assim, do ponto de vista econômico, as regras de direito privado relativas à responsabilidade civil promovem incentivos para precauções justificadas por seu custo.

Com a inoculação de propósitos que são externos ao direito privado, como proteção de uma parte mais fraca através de socialização dos riscos ou a distribuição de gastos com acidentes para maximização da riqueza, há a possibilidade de funcionalização da responsabilidade civil. A realidade de determinada sociedade pode fazer com que o legislador utilize-se da responsabilidade civil como instrumento para fins diversos da simples proteção da liberdade e da igualdade, prevenção de danos, e, também, regular condutas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fundamento unicamente repressivo que justificou a responsabilidade civil, mostra-se inconcluso, pois somente a repressão à violação dos direitos, por mais efetiva que seja, não se revela a resposta mais razoável do sistema de justiça, tampouco para regular as relações sociais da sociedade atual, caracterizada pelo risco, pelo consumismo e pela complexidade.

Apesar de o dano ser destaque e objeto central para imputação da responsabilidade civil tradicional, a dinâmica social e o fundamento jurídico da máxima tutela da pessoa humana e da inviolabilidade dos direitos fundamentais individuais e transindividuais, exigem uma conjugação do formalismo e do funcionalismo de modo a dar respostas apropriadas aos anseios dos Estados, sobretudo porque o Direito Privado manifesta compromisso com a concretização dos direitos fundamentais.

Para além da disseminada mudança de paradigma da responsabilidade civil para o Direito de Danos, é imprescindível uma revisão conceitual dos elementos estruturantes do sistema da responsabilidade civil, especialmente o dano. Isso porque, a o instrumental técnico-teórico da responsabilidade civil resiste em imputar responsabilidade ao que age na direção de conduzir uma futura lesão de modo a permitir que uma pessoa desista de um

determinado comportamento ou o modifique, constituindo, assim, verdadeiro óbice ao adequado funcionamento do sistema de justiça civil, tanto repressivo como preventivo.

A máxima tutela da pessoa humana, de bens e interesses jurídicos e as características inerentes aos Direitos Fundamentais, fundamentam, ainda, a proteção preventiva, extremamente necessária à sociedade atual que passa por dinâmicas transformações.

Por isso, há a desnecessidade de apuração material do resultado da violação à ordem jurídica, de modo que condutas contrárias à ordem jurídica lesionam interesses, gerando um estado de danosidade, priva-os da faculdade de atuar licitamente, devendo ser imputado a responsabilidade, para prevenir e para fomentar o respeito ao ordenamento jurídico.

Ademais, o aparente antagonismo existente no debate filosófico da Responsabilidade Civil, entre formalismo e funcionalismo, não exclui a possibilidade de conglobar coerentemente ambas, para se consolidar a prevenção e a imputação da responsabilidade à agentes que não preservam a legalidade das situações jurídicas que podem chegar, no futuro, a frustrar direitos subjetivos, bens e interesses jurídicos.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Tradução Carlos Alberto Medeiros-Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo. Ed. 34; 2010.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no direito brasileiro: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas.** São Paulo. Ed. Atlas, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Ilustración Sociológica y otros ensayos.** Sur, Buenos Aires, 1973.

RIGAUX, François. **La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité.** Bruylant Bruxelles. Paris, 1990.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal.** Tradução André Luis Callegari. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009.

SANDEL, Michel J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.** Tradução Clóvis Marques. 7ªed. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade Civil Preventiva: A Proteção Contra a Violação dos Direitos e a Tutela Inibitória Material.** Ed. Malheiros. 2014.