

A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*

Maria Celina Bodin de Moraes**

Em cada época há palavras às quais se vincula intimamente o espírito objetivo de uma sociedade. Atualmente, o conceito de responsabilidade parece desempenhar este papel (Klaus Günther).

1. A constitucionalização do direito civil¹

Nos quase vinte anos que já se passaram desde a promulgação da Constituição da República, uma verdadeira reviravolta ocorreu no âmbito do direito civil. Na atualidade, poucos civilistas negam eficácia normativa ao texto constitucional ou deixam de reconhecer seu impacto sobre a regulação das relações privadas. Estudos de teoria geral do direito acerca da aplicação dos princípios constitucionais e da metodologia de sua ponderação foram determinantes para afastar definitivamente a cristalizada concepção da Constituição como mera carta política, endereçada exclusivamente ao legislador.²

* Este texto integrará a obra coletiva, organizada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

** Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio e Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. E-mail: celina.bodin@terra.com.br.

¹ Sobre o tema da constitucionalização do direito civil, v., em geral, Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional, trad. M. C. de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, espec. pp. 1-22; e seja consentido remeter a Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, n. 65, jul./set. de 1993, pp. 21-32; Id., Constituição e direito civil: tendências, in *Revista dos Tribunais*, n. 779, 2000, pp. 47-63.

² Exemplifica-se apenas com os pioneiros textos de R. Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1977] e R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993 [1985]; e no Brasil, P. Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

Neste contexto, dito pós-positivista, o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios.³ Assim, a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos.⁴

Mesmo a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, III, da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. De fato, a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais.⁵

Claramente, o efeito desta alteração na interpretação-aplicação dos institutos civilísticos tem sido notável e, deve-se mesmo afirmar, ainda não está completamente realizada. As influências do contexto histórico burguês e liberal em que o direito civil era concebido, como a regulação mínima necessária para garantir o livre jogo dos negócios, voltado unicamente para a proteção do patrimônio, fundado exclusivamente na tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico e que erigia o Código Civil como centro do sistema, vão porém se dissipando paulatinamente.

A proliferação da legislação esparsa sob a forma de estatutos especializados, por vezes tidos como “microssistemas legislativos”,⁶ tornou insustentável afirmar a centralidade do Código diante deste verdadeiro

³ Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESI, 2004, p. 9, segundo o qual: “Il ‘principio’ è norma che impone la massima realizzazione di un valore”.

⁴ Pietro Perlingieri, *Perfis*, cit., p. 80-81; Id., *Manuale di diritto civile*, cit., p. 10 e ss.

⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in I. Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

⁶ Para uma leitura crítica da concepção de “microssistemas”, v. Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, ora in *Temas de direito civil*, cit., pp. 1-22. A concepção original do tema pode ser vista em N. Irti, L’età della decodificazione, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* n. 10, out./dez. 1979, p. 15-33.

polissistema, que encontra, agora, na Constituição sua unidade sistemática e axiológica.

A suposta segurança oferecida pela estrutura milenar do direito civil clássico, que justificaria seu predomínio sobre a instável normativa constitucional, revela-se como apenas mais um mito elaborado para a manutenção de *status quo* individualista e patrimonialista.⁷ Já o imprescindível reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos demonstra que sob a sua aparente continuidade terminológica se ocultam radicais transformações semânticas.⁸ Em especial, a afirmação da democracia como fundamento de legitimidade de todo o ordenamento justifica a prevalência da Constituição, elaborada pela soberana assembléia nacional constituinte, com intensa participação popular, sobre a atividade regular do legislador, representante ordinário do povo. Em atendimento à função promocional do Direito, o princípio da democracia impõe a máxima eficácia ao texto constitucional, expressão mais sincera das profundas aspirações de transformação social.

Por conta disso, a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição, tal como se observa, por exemplo, na instrumentalização da família ao livre desenvolvimento de seus membros e na subordinação da tutela do contrato e da propriedade à realização da função (*rectius*, justiça) social, tornou-se uma conseqüência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes. Evidentemente, o mesmo ocorre na seara da responsabilidade civil.

A análise da jurisprudência destas duas décadas, especialmente no âmbito do direito privado, serve a desfazer – com as exceções normais – o justificado receio de que a aplicação direta das normas constitucionais, especialmente por meio de cláusulas gerais carentes de preenchimento valorativo, viesse a ocasionar arbitrariedades, violando a esfera de autonomia individual por meio de um perigoso salto sobre o legislador ordinário.⁹ Daí também a importância fundamental da motivação das decisões – anteriormente acentuada¹⁰ –, revelando os princípios jurí-

⁷ Maria Celina Bodin de Moraes, *Constituição e direito civil*, cit., p. 43 e ss.

⁸ António M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 2. ed., Lisboa, Publicações Europa-América, 1998, pp. 43 e ss.; Pietro Perlingieri, Normas constitucionais nas relações privadas, in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 63-64.

⁹ Sobre o tema, v. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001; e Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁰ V. Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 37, 190 e 274.

dicos envolvidos e as ponderações realizadas pelo magistrado ao julgar o caso concreto, de modo a permitir o debate em bases racionais e a determinação de critérios capazes de nortear novas decisões de maneira isonômica.

No entanto, as conquistas até aqui obtidas não diminuem a extensão do desafio que temos diante de nós. Diversos obstáculos persistem e novos problemas se põem à metodologia civil-constitucional no século XXI. O principal deles foi a promulgação da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o novo Código Civil. Alguns civilistas, animados com a suposta novidade, vieram a afirmar o ocaso do direito civil-constitucional diante do novo diploma, que já teria nascido “constitucionalizado” em virtude de sua promulgação posterior à Constituição.¹¹

*Post hoc ergo propter hoc.*¹² Tal falácia pode ser desfeita já a partir da análise dos diversos anacronismos e deficiências que o texto, elaborado na década de 1970, traz em seu corpo, consagrando, em numerosos dispositivos, entendimentos que se opõem ao movimento de personalização que se vinha operando em doutrina e jurisprudência.¹³ Neste momento, portanto, e talvez mais firmemente do que antes, será preciso persistir no esforço de conferir aos institutos civilísticos a interpretação condizente com a tábua axiológica prevista na Constituição.

2. A responsabilidade civil como mecanismo de proteção dos interesses da pessoa humana

Na definição de Ulrich Beck, vivemos atualmente em sociedades de risco.¹⁴ O sentido da expressão, porém, não se vincula diretamente às

¹¹ O alerta é de Gustavo Tepedino, O Código Civil e o direito civil-constitucional, in *Temas de direito civil*, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 377. V., a propósito, Francisco Amaral, *Direito civil*. Introdução, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 151 e ss., espec. p. 157, onde afirma que a promulgação do novo Código “deve levar ao refluxo a idéia de constitucionalização do direito civil nos termos formulados.”

¹² A expressão significa: “Depois disso, então por causa disso” e configura uma freqüente falácia lógica também denominada “correlação coincidente” ou “falsa causa”. Em virtude dela se assume que porque um evento ocorreu depois de outro, então o primeiro deve ser causa do segundo.

¹³ Maria Celina Bodin de Moraes, Apresentação a *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, no prelo. Para uma perspectiva crítica na ocasião da promulgação do Código, v. Gustavo Tepedino, O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira, in *Temas de Direito Civil*, t. II, cit., especialmente p. 358. V. ainda Antonio Junqueira de Azevedo, Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1, 2000, pp. 3-12.

¹⁴ Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, New Delhi: Sage, 1992.

crescentes hipóteses de risco – entendidas estas como o aumento real do número de acidentes – mas às sociedades que se organizam para fazer frente ao incremento daquelas hipóteses, introduzidas principalmente pelos avanços tecnológicos e pela intensa interferência humana no meio ambiente. Trata-se de sociedades preocupadas com o seu futuro, com a sobrevivência das gerações futuras,¹⁵ e que necessitam desenvolver instrumentos aptos a garanti-lo. No entanto, assinala Stefano Rodotà, a angústia em relação ao futuro não acarreta uma recusa ao futuro: “ao lado da percepção, sempre mais clara, dos riscos do progresso tecnológico, existe a consciência da impossibilidade de parar tal progresso, mesmo se este não se apresenta mais com estimativas apenas positivas.”¹⁶

O sentimento de angústia aprofunda-se diante do descompasso existente entre a velocidade do progresso tecnológico e a lentidão com a qual amadurece a capacidade de organizar, social e juridicamente, os processos que acompanham esse progresso. A todo momento, de fato, percebe-se a obsolescência das soluções jurídicas para fazer frente a um novo dado técnico ou a uma nova situação conflituosa.

A conceituação como sociedades de risco é, na realidade, consequência do fim da fase de fé cega no progresso da humanidade, confiança que havia definido a sociedade ocidental do séc. XIX como a de um “mundo de segurança” e delineado a legislação que o regulava mediante um sistema fechado e pretensamente completo que continha todas as respostas normativas.

No decorrer do séc. XX, porém, a segurança foi sendo irreversivelmente corroída. Como reflexo do novo panorama, pleno de incertezas, o legislador começa a utilizar-se de uma diversa linguagem normativa, passando a adotar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que, ao abrirem amplo espaço ao intérprete, acabam por acentuar a sensação de indeterminação e de insegurança perante o Direito.

Adverte-se então a necessidade de individuar os princípios jurídicos que devem direcionar cada interpretação-aplicação do direito, de referi-los continuamente para enfrentar tendências de mais longo prazo, e

¹⁵ Hans Jonas, *El principio de responsabilidad*. Ensayo de uma ética para la civilización tecnológica, Barcelona: Herder, 1995.

¹⁶ Stefano Rodotà, *A vida na sociedade de vigilância*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, no prelo, p. 191. V., ainda, André Comte-Sponville, *Bom dia, angústia!*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 61 e ss., segundo o qual: “A ciência, qualquer ciência, não tem consciência nem limites, além dos limites que ela se impõe como tarefa a transpor e que transpõe de fato, mais cedo ou mais tarde”.

de adotá-los para o preenchimento, em cada caso, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os quais funcionam assim como instrumentos de incidência dos princípios e valores constitucionais nas relações intersubjetivas.

Não é tarefa simples. A dificuldade na identificação dos princípios envolvidos não provém, contudo, somente do fato de que se trata de regular uma demanda em transformação. Decorre ainda da necessidade de se levar em consideração uma multiplicidade de exigências, de interesses e de necessidades com freqüência conflitantes entre si. A única constante a ser seguida encontra-se na prevalência da tutela da pessoa humana, princípio previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, considerada a sua dignidade como o valor precípuo do ordenamento, configurando-se como “a própria finalidade-função do Direito.”¹⁷

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável.¹⁸ Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.

Quanto ao aumento das hipóteses de ressarcimento, sabe-se que a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário.¹⁹

Também por esta razão se diz que o direito da responsabilidade civil é antes de tudo jurisprudencial. Os magistrados, com efeito, são os primeiros a sentirem as mudanças sociais e, bem antes de se poder

¹⁷ Assim, Fabio Konder Comparato, O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. Disponível em <http://www.dhnet.org.br>, acesso em 20 out. 2005.

¹⁸ Em 1980, Orlando Gomes, Tendências modernas da reparação de danos, in *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293, chamava a atenção, com base em G. Tucci, para a importante revisão por que passava o regime da responsabilidade civil, aludindo ao giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto.

¹⁹ Stefano Rodotà, Entrevista, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 11, jul.-set. 2002, pp. 287-288.

colocar em movimento qualquer alteração legislativa, estão aptos a atribuir-lhes, através de suas decisões, respostas normativas.

Mas isto somente ocorre porque o mecanismo da responsabilidade civil é composto, em sua maioria, por cláusulas gerais e por conceitos vagos e indeterminados, carecendo de preenchimento pelo juiz a partir do exame do caso concreto. Como a incidência dos princípios e valores constitucionais se faz, em via mediata, justamente desta maneira, através do preenchimento valorativo destes conceitos, vê-se que a constitucionalização da responsabilidade civil pode se dar naturalmente.

Já a canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil parece ter sido substituída com vantagens pela concepção que vislumbra no instituto a presença, e a conseqüente realização, de um dever geral de solidariedade, também hoje previsto constitucionalmente (CF, art. 3º, I), que se encontra na base do aforismo multissecular do *neminem laedere*, isto é, da obrigação de comportar-se de modo a não lesar os interesses de outrem.²⁰ Trata-se aqui de tomar consciência de importante atualização de fundamento, fruto daquela historicidade, imprescindível à ciência jurídica, que se permite atribuir novo conteúdo a conceitos radicados.²¹

3. O evento danoso e o problema de sua identificação

O dano, como se sabe, é o fundamento unitário da responsabilidade civil, a própria razão de ser do dever de indenizar.²² Conceitualmente, a responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo.

Diversamente do direito penal, porém, o direito civil não tipifica legislativamente cada comportamento danoso; ao contrário, a obrigação de indenizar está inserida em uma cláusula geral, prevista no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil. Cumpre, assim, identificar, quais são os eventos que fazem nascer a obrigação de indenizar. Em outras palavras, é preciso “circunscrever a área dos danos ressarcíveis”, de modo a evitar a “propagação irracional dos mecanismos de tutela indenizatória”²³.

²⁰ Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, 1967, p. 95 e ss.

²¹ António M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, cit., p. 43.

²² Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 78. A noção é fundamental porque se, eventualmente, o ilícito não causar dano não terá qualquer relevância no âmbito da responsabilidade civil.

²³ Luiz Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 1999, p. 296.

Ocorre que meras atividades cotidianas, devidas à normal ação humana, com frequência causam prejuízos a terceiros. Assim, por exemplo, a prática comercial bem sucedida pode ter como consequência a diminuição do número de clientes e do próprio lucro daqueles que atuam no mesmo ramo, ainda que a concorrência não ofenda os parâmetros legais, do mesmo modo que a construção de um novo edifício, sem nenhuma intenção emulativa e em total consonância com as normas edilícias pertinentes, pode acarretar o fim da vista panorâmica, da incidência de luz solar ou da brisa que refrescava o vizinho.

Tais situações, ainda que causadoras de danos, são autorizadas pelo ordenamento jurídico; os danos que aí se produzem são, portanto, lícitos, não acarretando a responsabilização daquele que, embora tenha dado causa a prejuízos, não se afastou dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao pautar sua atuação.

De outro lado, porém, em cada vez mais numerosas situações, o mesmo ordenamento jurídico determina danos que se forem causados, não obstante a liceidade da ação ou da atividade, a vítima não deve ficar irressarcida. Aqui também os danos seriam, à primeira vista, lícitos; geram, no entanto, obrigação de indenizar. Neste caso enquadram-se, por exemplo, as inúmeras hipóteses de responsabilidade objetiva, hoje reguladas seja através de cláusula geral (CC, parágrafo único do art. 927) seja mediante dispositivos específicos (CC, arts. 931, 932, 937, 938 etc.), consubstanciando-se, pois, em figuras de danos ressarcíveis, embora não resultantes da prática de qualquer ilícito.

O debate acerca da noção de dano ressarcível divide-se basicamente em duas correntes doutrinárias: de um lado, os que identificam o dano com a antijuridicidade, ou seja, com a violação culposa de um direito ou de uma norma; e, de outro, os defensores da chamada teoria do interesse, hoje majoritária, que o vinculam à lesão de um interesse (ou bem) juridicamente protegido²⁴. Na realidade, a primeira teoria acaba por interpretar o sistema da responsabilidade civil como se fora típico, uma vez que somente diante da violação de normas que, especificamente, reconhecem direitos subjetivos absolutos admite o surgimento da sanção civil.

Modernamente, pois, desvincula-se o conceito de dano da noção de antijuridicidade, adotando-se critérios mais amplos, que englobam não apenas direitos (absolutos ou relativos) mas também interesses que, porque considerados dignos de tutela jurídica, quando lesionados, obrigam à sua reparação. Eis aí a tutela ressarcitória com base na cláu-

sula geral de responsabilidade. Sob esta ótica, porém, será necessário indicar os critérios para a identificação da qualidade do interesse, se e quando deve ser considerado digno da tutela jurídica. O critério mais consistente, como se verá, sustenta que indenizável será o evento danoso relevante segundo uma ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais.²⁵

O alargamento da noção de dano ressarcível, todavia, veio ocorrendo de maneira avassaladora. Com efeito, fala-se hoje em dano ao projeto de vida, dano por nascimento indesejado, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de morte em agonia, dano de brincadeiras cruéis, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono afetivo e assim por diante.²⁶ O aumento desordenado de novas espécies de dano fez surgir o temor, antecipado por Rodotà, de que “a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”.²⁷

A preocupação com o significativo incremento de hipóteses de dano extrapatrimonial, situação cognominada como a “indústria do dano moral”, não parece injustificada.²⁸ Somente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o número de ações com pedidos desta natureza aumentou quase 200 vezes nos últimos 10 anos.²⁹ E isto evidentemente nem se compara com o crescimento exponencial ocorrido nos Juizados Especiais e na primeira instância. Não foi apenas o volume dos pedidos a inflacionar; o número de concessões e o seu valor sem qualquer critério têm gerado, como conseqüências previsíveis, de um lado, a ba-

²⁴ C. Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. 5, Milano: Giuffrè, 1995, pp. 584-585.

²⁵ V. Guido Alpa, *Il problema della atipicità del illecito*, Napoli: Jovene, 1979, p. 245. V. *infra* item 4.1.

²⁶ Assim Anderson Schreiber, Tendências atuais da responsabilidade civil, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 22, abr./jun. 2005, p. 60.

²⁷ *Apud* Anderson Schreiber, Tendências atuais, cit., p. 60.

²⁸ Em 10.10.1998, o então Des. Décio Antônio Erpen, do TJRS, em artigo intitulado “A indústria do dano moral”, publicado no *Jornal Zero Hora*, de Porto Alegre, afirmava: “Sem uma definição científica do que seja, realmente, o dano moral, sem uma norma estabelecendo as áreas de abrangência e sem parâmetros legais para sua quantificação, permite-se o perigoso e imprevisível subjetivismo do pleito, colocando o juiz numa posição de desconforto. Ele que deve ser o executivo da norma, passou a personalizá-la. (...) A corrente belicosa, se vitoriosa, gerará uma sociedade intolerante, na qual se promoverá o ódio, a rivalidade, a busca de vantagens sobre outrem ou até a exaltação do narcisismo. A promissora indústria do dano moral levará a esse triste quadro.”

²⁹ Consultor Jurídico, 21.07.2005: Em 1994 foram 47 ações contra 8.201 em 2004. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 22 jul. 2005.

nalização do dano moral e, de outro, a mercantilização das relações extrapatrimoniais.

É verdade, também, que o aumento do número de reclamações deste tipo tem o significado, relevante, de representar um reforço da cidadania, da luta em defesa dos próprios direitos e do amadurecimento cultural da sociedade. Mais do que isto. Como se tentará demonstrar, a difusão da reparação do dano moral é conseqüência direta, embora inconsciente, de um processo de constitucionalização da responsabilidade civil.³⁰ Com efeito, o expressivo aumento de indenizações a este título é revelador do fato de que o direito nacional voltou-se, como determina a Constituição, para a proteção dos interesses extrapatrimoniais das pessoas humanas.

Todavia, cabe indagar-se o que faria se o iogurte viesse mofado, se o sinal da TV a cabo deixasse de ser recebido por alguns dias, se o vôo atrasasse ou a bagagem se extraviasse, se o alarme da loja soasse porque a vendedora se esqueceu de remover o dispositivo anti-furto, se o quarto do hotel não estivesse reservado como solicitado, se o noivo desistisse do casamento? Em todas essas hipóteses – e em muitíssimas outras do mesmo jaez – juízes brasileiros, examinando casos concretos, tiveram ocasião de mandar indenizar, em quantias por vezes exorbitantes, as vítimas de tais espécies de danos. Com razão, afirmou-se que “se ninguém quer ter a sua dignidade colocada em dúvida, então é preciso parar com esse truque de ir dormir ofendido para acordar milionário”.³¹ Não há dúvida que a configuração atual do dano extrapatrimonial tem ensejado substancialmente incentivo à malícia, à má-fé, ao lucro fácil.

Na realidade, o problema maior da reparação do dano moral refere-se ao seu mecanismo de identificação. Sobre o conceito de dano moral, a maioria dos operadores jurídicos nacionais o define de acordo com o entendimento elaborado, na década de 1940, por René Savatier segundo o qual “dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”.³² Tal conceituação, contudo, não permite

³⁰ V., *infra*, item 4.1.

³¹ Martha Medeiros, A loteria dos espertos *apud* Ramon von Berg, Dano moral, artigo disponível em <http://www.blindagemfiscal.com.br>, acesso em 13 jul. 2005.

³² *Traité de la responsabilité civile*. vol. II, n. 525 *apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994. Também muito citado pela doutrina brasileira é o italiano Alfredo Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale (Danno morale)*, 3. ed., Milano: Società Editrice Libreria, 1917, p. 80 e ss., segundo o qual: “Quando parleremo di danni che non ledono il patrimonio della persona, il contenuto di questi danni non è il danaro, né una cosa commercialmente riducibile in danaro, ma il dolore, lo spavento, l’emozione, l’onta, lo strazio fisico

que se colha uma noção específica, satisfazendo-se a doutrina com uma idéia ampla e genérica a ponto de se admitir praticamente tudo na configuração do dano moral, isto é, justamente “todo sofrimento humano”. Daí, a subsequente especificação, feita jurisprudencialmente, do dano moral como gerador dos *sentimentos* de tristeza, constrangimento, vergonha ou humilhação.

Em 1996, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 172.720, o Supremo Tribunal Federal considerou que o dano moral se distingue da violação a direitos da personalidade bem como dos efeitos não-patrimoniais da lesão.³³ No julgamento discutia-se a reparação de dano moral decorrente de extravio de bagagem em transporte aéreo, em que a 1ª C. C. do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro havia negado a indenização sob o argumento de que a “simples sensação de desconforto ou aborrecimento, ocasionado pela perda ou extravio de bagagens, não constitui dano moral, suscetível de ser objeto de reparação civil”. O Supremo, porém, deu provimento ao recurso para reconhecer a existência de dano moral reparável, que estaria configurado nos *sentimentos* de desconforto, constrangimento, aborrecimento e humilhação, causados pelo extravio de bagagem em viagem ao exterior.

Todavia, será possível que a dor, a tristeza, o constrangimento, a perplexidade, o vexame ou a humilhação configurem elementos concretos suficientes para a conceituação jurídica do dano moral? Na verdade, todas as relações humanas ensejam sofrimentos e tristezas cuja causa normalmente atribuímos a outrem. Na perspectiva de Unamuno “*el dolor es la sustancia de la vida y la raíz de la personalidad pues sólo sufriendo se es persona*”. Como podem a *dor* ou os *sentimentos* ser considerados objetivamente para os fins de seu ressarcimento? Enfim, como distinguir as dores que devem ser reparadas das que não merecem sê-lo?

Recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou improcedente o pedido de indenização de danos morais por uso não consentido de imagem, de duas enfermeiras, publicada em material publicitário da clínica em que trabalhavam. Em seu voto, a Ministra Relatora afirma que “o dano moral compensável deve ser qualificado por um *elemento psicológico* que evidencie o *sofrimento* a que foi submetida a vítima, o sentimento de tristeza, desconforto, vexame, embaraço

o morale, in generale una dolorosa sensazione provata dalla persona, attribuendo alla parola dolore il più largo significato”.

³³ STF, 2ª T., RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, publ. DJ de 21.02.1997.

na convivência social ou a exposição ao ridículo no meio social onde reside ou trabalha”.³⁴ As autoras, em vez de alegarem tristeza profunda e constrangimento infinito, haviam afirmado não ser necessária a prova da ocorrência de dano moral pelo uso inconsentido da imagem, por se tratar de dano *in re ipsa* como, aliás, entende o STF.³⁵

Na situação de indefinição em que se encontra o conceito de dano moral, tem sido possível nele incluir qualquer coisa, isto é, qualquer “sofrimento humano”, e, de outro lado, considerar que “pouco ou nada” seria suficiente para oferecer as extremas do instituto, sob o argumento de que não passam de aborrecimentos – comuns ou extraordinários – do dia-a-dia, não chegando a configurar real e verdadeiro *sofrimento*.

O fato é que a reparação dos danos morais não pode mais operar, como vem ocorrendo, no nível do senso comum. Sua importância no mundo atual exige que se busque alcançar um determinado grau de tecnicidade, do ponto de vista da ciência do direito, contribuindo-se para edificar uma categoria teórica que seja elaborada o suficiente para demarcar as numerosas especificidades do instituto. A ausência de rigor científico e objetividade na conceituação do dano moral têm gerado obstáculos ao adequado desenvolvimento da responsabilidade civil além de perpetrar, cotidianamente, graves injustiças e incertezas aos jurisdicionados.

O ressarcimento do dano moral deve ser tratado com maior seriedade, tanto científica quanto metodológica, visto que séria também é a exigência de proteger eficazmente a pessoa humana e seus direitos fundamentais. Torna-se urgente, pois, identificar, especialmente no que tange às hipóteses de dano moral, que interesses, sob a perspectiva civil constitucional, são merecedores de tutela a ponto de sua violação completar os requisitos da tutela ressarcitória.

4. Aplicações da constitucionalização na responsabilidade civil

As profundas transformações ocorridas na responsabilidade civil, ramo do direito civil que apresenta atualmente grandes desafios aos juristas, devem ser enfrentadas a partir da perspectiva da aplicação direta

³⁴ STJ, 3ª T., REsp. 622.872, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., julg. em 14.06.2005, publ. DJ de 01.08.2005. Grifou-se.

³⁵ STF, 2ª T., RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 04.06.2002, v.u. O acórdão entendeu que a Constituição (art. 5º, X) prevê a existência de direito à indenização em caso de danos advindos da violação da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas, condenando o ofensor ao pagamento de danos morais.

e imediata das normas constitucionais. De fato, somente a perspectiva constitucionalizada é capaz de oferecer respostas às complexas indagações presentes no direito dos danos contemporâneo.

De maneira geral, a inspiração constitucional fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados ao definir o regime de reparação civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir.³⁶

A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos.

O impacto desta mudança de perspectiva pode ser percebido em dois problemas que têm atraído a atenção da doutrina e provocado acesas controvérsias na jurisprudência: o da conceituação do dano moral, já referido, e o do conteúdo da cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista *ex novo* pelo Código de 2002. Ambos os temas serão analisados a seguir.

4.1 A conceituação do dano moral

A Constituição, nos incisos V e X de seu art. 5º, consagrou a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral, colocando um ponto final na acirrada controvérsia doutrinária até então reinante neste tema.³⁷ Sua aplicação, contudo, não se resume à determinação da reparação do dano moral, mas tem também um papel fundamental na definição de seu conceito.

³⁶ Gustavo Tepedino, A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal, in *Temas de direito civil*, cit., p. 194.

³⁷ CF, art. 5º, V: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Majoritariamente, como se viu, o dano moral é conceituado como o efeito moral da lesão a um interesse juridicamente protegido, referido constantemente em doutrina e na jurisprudência como os sentimentos de “dor, vexame, sofrimento e humilhação”. A abrangência da definição costuma ser mitigada, em termos igualmente subjetivos e arbitrários, por meio da exigência de que se trate de um dano grave, um “mal evidente”, que não configure “mero desconforto ou aborrecimento”.³⁸

Em contraposição a essa conceituação de “dano moral subjetivo”, buscou-se refinar a definição, ajustando-a de acordo com a melhor técnica jurídica. Assim é que, de outro lado, definiu-se o dano moral como a lesão a um direito da personalidade.³⁹ Esta concepção de “dano moral objetivo” já contribuiu para oferecer maior rigor técnico no exame dos casos, evitando a praxe recorrente de avaliar a ofensa com base no senso comum.

É necessário, contudo, recordar as críticas à concepção de dano ressarcível como violação a um direito subjetivo, vinculado, pois, à noção de antijuridicidade.⁴⁰ Tal visão foi superada pela teoria do interesse, que concebe o dano ressarcível como a lesão a interesse juridicamente protegido. Além disso, não é possível ater-se ao modelo do direito subjetivo para tutelar os interesses existenciais relativos à pessoa humana: qualquer situação jurídica subjetiva pode ser idônea a proteger os aspectos extrapatrimoniais da personalidade.⁴¹ Assim, melhor do que se restringir a modelos típicos específicos de direitos subjetivos é recorrer a uma cláusula geral de tutela da personalidade.⁴² Enquanto em alguns ordenamentos esta cláusula vem expressa na legislação ordinária, no nosso sistema deve ser encontrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁴³

Sob esta perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, “toda

³⁸ Por exemplo, o voto do Min. Francisco Rezek no julgamento do RE 172.720 (STF, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 06.02.1996, publ. DJ 21.02.1997).

³⁹ Paulo Luiz Neto Lobo, Danos morais e direitos da personalidade, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6, abr.-jun. 2001, pp. 79-97.

⁴⁰ V. *supra* item 3.

⁴¹ Como afirma Pietro Perlingieri, *Perfis*, cit., p. 156: “Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”.

⁴² Gustavo Tepedino, A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in *Temas de direito civil*, cit., p. 50 e ss.

⁴³ É o caso do Código Civil português de 1966, que afirma em seu art. 70.1: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa a sua personalidade física ou moral”.

e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral”.⁴⁴ Socorre-se, assim, da opção fundamental do constituinte para destacar que a ofensa a qualquer aspecto extrapatrimonial da personalidade, mesmo que não se subsuma a um direito subjetivo específico, pode produzir dano moral, contanto que grave o suficiente para ser considerada lesiva à dignidade humana.

Para esta fundamentação é possível encontrar base na premissa kantiana de que a humanidade das pessoas reside no fato de elas serem racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir – sujeitos, portanto, do discurso e da ação – e, desse modo, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa (o chamado sujeito de direitos) à condição de objeto. Esta perspectiva desdobra-se nos seguintes postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Aplicados à esfera jurídica, serão corolários desta elaboração os princípios da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade social ou familiar, que se encontram previstos na Constituição da República. Dano moral será, em consequência, a lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana. Quando, contudo, estes princípios, entrarem em colisão entre si, será preciso ponderar, através do exame dos interesses em conflito, tais princípios em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana.

É o que se observa hoje no tocante, por exemplo, à reparação de danos morais no âmbito das relações familiares. Nestas relações, de maneira geral, subsiste o princípio da solidariedade em correspondência à pessoa da vítima e o princípio da liberdade ou autonomia em correspondência à pessoa do suposto ofensor. Contudo, como em toda

⁴⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 188.

ponderação, é necessário levar em consideração os aspectos distintivos de cada relação concreta. Assim, defende-se que, enquanto nas relações parentais é necessário ponderar igualmente a integridade psicofísica dos menores, o que justificaria a indenização, nas relações conjugais parte-se da igualdade entre os cônjuges e da livre dissolubilidade da relação, o que justificaria a ausência de reparação nas hipóteses de infidelidade, abandono do lar, descumprimento de débito conjugal, e desassistências semelhantes, podendo-se contar apenas com a sanção específica da separação judicial ou do divórcio.⁴⁵

4.2 A fundamentação da cláusula geral de responsabilidade objetiva

Outro campo em que se percebe nitidamente a influência da normativa constitucional sobre a responsabilidade civil é no âmbito da responsabilidade civil dita objetiva, ou seja, a que prescinde da avaliação da conduta subjetiva do agente para imputar o dever de reparar o dano causado.

Como se sabe, o sistema tradicional da responsabilidade civil foi construído a partir do conceito de ato ilícito, ou seja, da conduta reprovável daquele que, por negligência, imprudência ou imperícia, viola direito e causa dano a outrem.⁴⁶ O surgimento da responsabilidade exigia que a vítima conseguisse provar a quebra de um dever de cautela, de um padrão de conduta exigível por parte do agente que causou o dano. Esta exigência de uma avaliação ético-jurídica do comportamento do causador do dano para imputar-lhe o dever de repará-lo era tida como princípio axiomático, correspondente à idéia de punição pelo ilícito cometido.⁴⁷

No entanto, a complexificação social e a industrialização provocaram um salto no número cotidiano de acidentes, gerando danos injustos que, em virtude da incapacidade da vítima de provar a culpa do

⁴⁵ Maria Celina Bodin de Moraes, Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil, in T. da Silva Pereira e R. da Cunha Pereira (coords.), *A ética da convivência familiar*. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171 e ss.; Id., Deveres parentais e responsabilidade civil, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31, ago-set. 2005, p. 39 e ss.

⁴⁶ CC, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁷ O representante maior deste pensamento foi Rudolf von Jhering para quem não era o dano que obrigava o ressarcimento, mas a culpa, “assim como não é a chama da vela que queima mas o oxigênio”: V. Rudolf von Jhering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, trad. de F. Fusili, Napoli: Jovene, 1990, p. 38.

agente na produção do dano, ficavam irressarcidos. A insuficiência de um sistema de reparação calcado exclusivamente na noção de culpa *lato sensu* foi destacada de maneira pioneira por alguns juristas,⁴⁸ que buscaram a construção de outros mecanismos de imputação de responsabilidade que prescindissem do elemento subjetivo.

As transformações legislativas, inicialmente tímidas, principiaram esta transformação a partir de dispositivos legais de presunção de culpa, que invertiam o ônus dessa prova diabólica em benefício da vítima. Progressivamente, contudo, afastou-se inclusive a possibilidade de o ofensor provar a sua diligência para evitar o dever de reparar, através da previsão de verdadeiros casos de responsabilidade objetiva.

Assim, aqui no Brasil, foi promulgado em 1912 o Decreto n. 2.681, sobre transporte ferroviário, o qual abria exceção ao princípio da culpa, embora o legislador tenha então preferido usar a expressão “culpa presumida”.⁴⁹ Em 1919 foi promulgada a primeira lei acidentária brasileira, o Decreto Legislativo n. 3.724, de 15.01.1919.⁵⁰ Além destas, cumpre mencionar ainda a legislação acerca de atividades de mineração (DL. 227/67), acidentes de veículos (L. 6.194/74 e L. 8.441/92), atividades nucleares (L. 6.453/77), atividades lesivas ao meio-ambiente (L. 6.938/81), transporte aéreo (L. 7.565/86) e relações de consumo (CDC, arts. 12 e 14). A Constituição de 1988 atribuiu responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º) e àqueles que exploram energia nuclear (art. 21, XXIII, “c”).

⁴⁸ A partir dos precursores Venezian (1884), Coviello (1887) e Orlando (1893) na Itália e Merkel (1885) e Mataja (1888) na Alemanha, são indicados como pioneiros da responsabilidade objetiva Raymond Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris: A. Rousseau, 1897; e Louis Josserand, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris: A. Rousseau, 1897.

⁴⁹ Prevê o art. 17 do aludido Decreto: “As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem com viajantes e de que resultem a morte, ferimento ou lesão corporal. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: i. caso fortuito ou força maior; ii. culpa do viajante”. Por analogia, a normativa foi estendida, posteriormente, aos demais meios de transporte coletivos, isto é, aos bondes, às empresas de ônibus, ao metrô, etc.

⁵⁰ A responsabilidade objetiva foi adotada em todas as sucessivas leis especiais sobre acidentes do trabalho que vigoraram no país até 1967, quando o seguro foi integrado à Previdência Social, e passaram a carecer de fundamento as coberturas com base na responsabilidade civil do patrão. De acordo com a teoria atualmente em vigor nesta área, a teoria do risco social, a responsabilidade pelos danos advindos dos acidentes do trabalho deve ser da coletividade, tendo em vista a função social que a empresa desempenha.

Mesmo no âmbito do Código anterior já era visível esse processo de objetivação de certas hipóteses de responsabilidade, como por exemplo, a *effusum et deiectum*, nos termos do antigo art. 1.529; a responsabilidade pelo fato dos animais (art. 1.527); a responsabilidade decorrente de ruína (art. 1.528); etc. Foi o que também ocorreu com a responsabilidade do patrão pelos atos culposos de seus empregados, na década de 1960, quando o STF instituiu a Súmula 341, adotando verdadeira interpretação *contra legem* em relação ao art. 1.523 do Código Civil de 1916.

Estas hipóteses partilham de uma inspiração comum, capaz de substituir a culpa como fundamento da responsabilidade, que é a noção de risco. O próprio funcionamento da sociedade industrial transforma os acidentes, tradicionalmente vistos como acontecimentos extraordinários, em eventos normalmente esperados, decorrentes do curso natural de atividades coletivas. As “fatalidades” tornam-se estatisticamente previsíveis e regulares: são danos que “*devem acontecer*”.⁵¹

Neste novo contexto, a utilização de um princípio de imputabilidade moral para justificar que o dano fosse transferido da vítima ao agente revelava-se incondizente com as diversas espécies de relações jurídicas próprias da sociedade moderna. Na medida em que estes danos anônimos são algo esperado pelo próprio desempenho da atividade, a imposição do dever de repará-los há de decorrer da mera assunção deste risco.

A objetivação da responsabilização, neste ponto, nada mais é do que um aspecto de um processo maior de releitura do direito civil em virtude da incidência dos princípios constitucionais. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do *Code Napoléon* e do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.⁵² Trata-se, assim, de vincular diretamente a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade.

As vantagens deste modelo em relação à responsabilidade civil são muito claras: além de desonerar a vítima de uma prova (quase) impossível e, concomitantemente, de diminuir a margem de discricionariedade judicial, no sistema da culpa, a fim de elidir o pagamento de

⁵¹ Stefano Rodotà, Il problema della responsabilità civile, cit., p. 21.

⁵² Maria Celina Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana, cit., p. 29.

indenizações, basta ao agente atingir o nível de cuidado exigível, isto é, ser diligente; já no sistema da responsabilidade objetiva, ao contrário, o sistema força o agente a internalizar o custo de sua atividade. Independentemente de seu maior ou menor cuidado, terá que pagar por todo dano causado, portanto lhe convém, em seu próprio interesse, escolher o nível de atividades que acarreta a maior diferença entre a utilidade resultante da atividade e os danos por ela produzidos.⁵³

A partir da objetivação da responsabilidade civil do Estado e dos prestadores de serviço público na Constituição de 1988 (art. 37, §6º) e dos fornecedores de produtos e serviços nas relações de consumo (CDC, arts. 12 e 14), já se tornara difícil afirmar que no ordenamento brasileiro a responsabilidade civil subjetiva permanecia sendo a regra e as hipóteses de responsabilidade objetiva eram exceções, uma vez que as segundas superavam as primeiras em volume de demandas. Contudo, o reconhecimento definitivo da existência de um sistema dualista de responsabilidade civil veio com o Código Civil de 2002 que, ao lado de uma cláusula geral de responsabilidade pela culpa, instituiu uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco.⁵⁴

A adoção, no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, da cláusula geral de responsabilidade pelas atividades de risco, vem causando extensa controvérsia na doutrina, que busca esclarecer o sentido e o alcance da expressão. Assim refere-se a risco-proveito, risco-criado, violação de dever de segurança e habitualidade ou profissionalidade na interpretação da expressão legal “atividade normalmente desenvolvida”. O estado atual do debate revela que, como o modelo anterior estava ainda fortemente radicado na noção de culpa, será preciso aguardar o tempo necessário à gradual transição.

Com o passar do tempo, porém, o dever de solidariedade social, o fundamento constitucional da responsabilidade objetiva, sobressairá e aceitar-se-á que seu alcance é amplo o suficiente para abranger a reparação de todos os danos injustamente sofridos, em havendo nexo de causalidade com a atividade desenvolvida, seja ela perigosa ou não. Não

⁵³ Assim, Fernando Gómez Pomar, *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, in *In Dret* n. 1, 2001. Disponível em <http://www.indret.com>, acesso em 20 jul. 2005.

⁵⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

se sustentará mais qualquer resquício de culpa, de sanção ou de descumprimento de deveres no fundamento da responsabilidade objetiva. Com efeito, todas são as atividades que geram “risco para os direitos de outrem”, como prevê o dispositivo legal.

O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isto é, em quem quer que com o ato danoso esteja vinculado. No modelo solidarista, invertem-se os termos do problema e a responsabilidade subjetiva nada mais é do que uma outra hipótese de imputação de responsabilidade.⁵⁵

Em decorrência do princípio constitucional de solidariedade social, pois, distribuem-se as perdas e estende-se o mais amplamente possível as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa humana. Esta é a razão justificativa, a um só tempo ética e jurídica, do deslocamento dos custos do dano da vítima para o responsável pela atividade.⁵⁶

5. Conclusões

O atual modelo da responsabilidade civil assemelha-se a um terreno muito acidentado, ou a um canteiro de obras, conforme o pessimismo, ou otimismo, do observador. É fato, porém, que seus alicerces não estão bem assentados no que se refere a uma concepção sistemática e global do instituto, seja com relação à função que deve desempenhar, seja no que tange aos critérios de imputação que deve adotar (culpa, risco, perigo, atividade, propriedade, obrigação de custódia, parentesco etc.).⁵⁷

A fragilidade dos conceitos, de um lado, e a fragmentação da disciplina, de outro, tendo que fazer frente ainda, segundo o entendimento majoritário, a diversificadas funções, acarretam sérias dificuldades tanto para os estudiosos do tema, que não possuem uma firme base conceitual na qual se apoiar, como para os magistrados que, em conseqüência, não têm o conforto doutrinário com o qual fundamentar adequadamente

⁵⁵ Cesare Salvi, Responsabilità extracontrattuale, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Milano: Giuffrè, p. 1222: “Il danno ingiusto è trasferito a un terzo se la fattispecie concreta è sussumibile in uno tra i differenti criteri previsti a tal fine dall’ordinamento; fra questi è, qualitativamente non diversi dagli altri, la colpevolezza della condotta dannosa”. No mesmo sentido, Stefano Rodotà, Il problema della responsabilità civile, cit., passim. V. ainda, do autor, Modelli e funzioni della responsabilità civile, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, p. 599 e ss.

⁵⁶ Para o desenvolvimento deste ponto, v. Maria Celina Bodin de Moraes, Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva, in *Estudos em Homenagem ao Professor Celso Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, no prelo.

⁵⁷ V. Pietro Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli: Jovene, 1977, p. 293.

suas decisões e dotá-las do grau necessário de racionalidade, libertando-se do arbítrio.

Não obstante o Código Civil seja novo e os dispositivos relativos à responsabilidade civil tenham sido relativamente atualizados, sua disciplina normativa é, como se sabe, muito mais resultante de um conjunto de soluções jurisprudenciais conjunturais do que fruto de um pensamento científico-doutrinário estruturado, voltado para a elaboração de um modelo coerente e integrado.

Neste aspecto, o Código representou uma significativa perda de oportunidade no que se refere à ocasião para a reflexão acerca do modelo da responsabilização civil. Mas, para além deste inconveniente, os próprios conceitos básicos da disciplina encontram-se em discussão, havendo atualmente grande vacilação até mesmo no que se refere às suas noções mais elementares: há controvérsias, como se viu, acerca do conceito de dano ressarcível mas há, também, acerca das noções de culpa, de risco, de nexos de causalidade etc.

À fragmentação e fragilidade presentes no direito da responsabilidade civil corresponde, todavia, o monumental crescimento de sua importância na sociedade contemporânea. Com efeito, à responsabilidade civil deve ser reconhecido o papel de constituir-se como um dos fenômenos sócio-jurídicos mais importantes da pós-modernidade.

É imperioso, portanto, proceder à sua sistematização, a qual somente poderá ser realizada tendo-se em vista a adequada interpretação constitucional da normativa ordinária bem como a aplicação direta dos princípios e valores constitucionais, como prevê a metodologia civil-constitucional.

As constituições, assim como os demais documentos legislativos, são sempre causa e consequência. São consequência de uma determinada idéia de justiça presente na sociedade quando de sua elaboração; são causa de interpretações renovadas relativas a institutos antigos, cuja origem se perdeu nas brumas do tempo.

É sob esta benigna influência que se deve analisar o movimento de rotação completo da finalidade da responsabilidade civil que se observou no último quartel do séc. XX, conquistando o lugar central a idéia de que a vítima não deve permanecer irressarcida e funcionando o sistema da responsabilidade como um mecanismo de controle e distribuição dos riscos da vida em sociedade.

Com efeito, o objetivo do sistema reparatório, perante um evento danoso, ampliou-se a ponto de se abandonar, com cada vez maior freqü-

ência, o pressuposto da culpa, antes tido como um marco civilizatório na história da humanidade. O paradigma da culpa, em vigor desde o séc. III a.C, inserido que foi pela *Lex Aquilia*, perdeu consistência quando as atenções começaram a se voltar para o objetivo da ‘reparação’, em detrimento do objetivo anterior de ‘responsabilização’, radicando-se na consciência coletiva a idéia de justiça diante da reparação de todos os danos injustificados, independentemente de conduta ilícita.⁵⁸

O modelo, dito solidarista, que veio se delineando no horizonte bem antes da promulgação da Constituição, nela encontrou o seu receptáculo privilegiado. O modelo tornou-se então constitucional e, assim hierarquizado, ganhou impulso para modificar mais incisivamente a normativa ordinária, passando a Constituição de conseqüência – de uma idéia de justiça então presente na sociedade – à causa da interpretação-aplicação do direito, de *lege lata* e *lege ferenda*.

Mas, há sempre um porém. Se antes se temia o ocaso do instituto por conta do desenvolvimento de sistemas assecuratórios, que, previa-se, iam se tornar mecanismos monopolizadores do enfrentamento dos riscos pelos acidentes, o que, de fato, não ocorreu, hoje a preocupação é oposta: teme-se o alargamento excessivo do direito da responsabilidade civil, advertindo-se para a “crise de superabundância”, o “excesso de *inputs*”⁵⁹ e “colapso do sistema.”⁶⁰

Diante do seu vigor, pareceria contraditório falar-se em crise.⁶¹ Mas crise há e o que se discute, no momento atual, é o próprio papel que a responsabilidade civil deve desempenhar no ordenamento jurídico. Segundo alguns, a responsabilidade civil estaria sendo desfigurada porque direcionada para exercer funções incompatíveis com a sua natureza.⁶²

⁵⁸ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 27. ed., Padova: Cedam, 1985, p. 202, a propósito, assim se manifestou: “Possiamo dire che la tendenza a generalizzare la nozione di responsabilità costituisce un rilevante fenomeno sociale degli anni a noi vicini. Di fronte ad un evento che reca danni tutti gli sforzi si dirigono alla ricerca di una responsabilità. Nella coscienza del pubblico prende radice l’idea che ogni danneggiato deve poter reclamare una riparazione dall’autore del fatto dannoso; e il fenomeno così si allarga nell’aspetto della tendenza a una separazione tra i normali presupposti soggettivi di imputabilità e la riparazione dei danni.”

⁵⁹ Stefano Rodotà, *Modelli e funzioni*, cit., p. 596

⁶⁰ Gustavo Tepedino, O futuro da responsabilidade civil, Editorial, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 24, out.-dez. 2005, p. v.

⁶¹ Assim, Stefano Rodotà, *Modelli e funzioni*, cit., p. 596.

⁶² V., entre nós, Gustavo Tepedino, O futuro da responsabilidade civil, cit., p. iv, segundo o qual “(...) por mais louvável que seja a ampliação do dever de reparar, protegendo-se as vítimas de uma sociedade cada vez mais sujeita a riscos, não se pode desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil”.

Assim, além de sua função estrutural, a reparação do dano, a chamada função compensatória, estaria ela sendo distorcida para cumprir tantas outras funções, de caráter variado: função punitiva, pedagógica, exemplar, de consolo, de desestímulo, de instrumento de justiça social, de distribuição de renda, de substituição dos deveres do Estado etc.

Uma interessante parábola foi criada para narrar a história recente do direito da responsabilidade civil: um curso de água, alimentado por uma antiga fonte, atravessa um território e condiciona sua exploração econômica que, na origem, era fundamentalmente agrária. Quando se deu a passagem da economia agrícola de subsistência para um desenvolvimento industrial cada vez mais amplo, o fluxo d'água revelou-se insuficiente e os engenheiros tiveram que trabalhar, construindo diques e realizando todos os tipos de obras, para utilizar melhor e distribuir a escassa água disponível. De repente, o curso d'água aumenta de volume, com a confluência de pequenos riachos e a descoberta de novas fontes e, então, é preciso chamar de volta os engenheiros, agora, porém, para fazer as obras de contenção que permitam evitar perigosas inundações.⁶³

As inundações de fato estão ocorrendo como resultado do encontro entre um instrumento ainda não consolidado e demandas sociais por longo tempo reprimidas. Cabe agora, respeitado o modelo solidarista imposto pela Constituição, reelaborar os conceitos, delimitar as funções, racionalizar os critérios de imputação, em suma, proceder à reconstrução racional do sistema da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Este é o trabalho da doutrina e precisa ser realizado.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALPA, Guido. *Il problema della atipicità del illecito*. Napoli: Jovene, 1979.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶³ Francesco Donato Busnelli, La parábola della responsabilità civile, in *Rivista critica di diritto privato*, 1988, VI-4, p. 643 e ss.

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1, 2000, pp. 3-12.
- BARCELLONA, V. Pietro. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene, 1977.
- BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. New Delhi: Sage, 1992.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*, vol. 5. Milano: Giuffrè, 1995.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, n. 65, jul./set. de 1993, pp. 21-32.
- _____. *Apresentação a Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 (no prelo).
- _____. Constituição e direito civil: tendências. In: *Revista dos Tribunais*, n. 779, 2000, pp. 47-63.
- _____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: SILVA PEREIRA, Tânia da; CUNHA PEREIRA, R. da (coords.). *A ética da convivência familiar. Sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Celso Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BUSNELLI, Francesco Donato. La parabola della responsabilità civile. In: *Rivista critica di diritto privato*, 1988, VI-4.
- COMPARATO, Fabio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. Disponível em <http://www.dhnet.org.br>, acesso em 20 out. 2005.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Bom dia, angústia!* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998
- IRTI, N. Letà della decodificazione. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* n. 10, out./dez. 1979, p. 15-33.
- JHERING, Rudolf von. *Il momento della colpa nel diritto privato romano*. trad. de F. Fusili. Napoli: Jovene, 1990.
- JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad*. Ensayo de uma ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Danos morais e direitos da personalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 6, abr.-jun. 2001, pp. 79-97.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale (Danno morale)*. 3. ed., Milano: Società Editrice Libreria, 1917.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Traité de la responsabilité civile*. vol. II, n. 525 *Responsabilidade civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 2004.
- _____. Normas constitucionais nas relações privadas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999, pp. 63-64.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional, trad. M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- POMAR, Fernando Gómez. Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. In: *Dret*, n. 1, 2001. Disponível em <http://www.indret.com>, acesso em 20 jul. 2005.
- RODATÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, no prelo, p. 191.

- _____. Entrevista. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 11, jul.-set. 2002.
- _____. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967.
- SALVI, Cesare. Responsabilità extracontrattuale. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV. Milano: Giuffrè.
- SCHREIBER, Anderson. Tendências atuais da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 22, abr./jun. 2005.
- TEPEDINO, Gustavo, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, ora in *Temas de direito civil*, cit., pp. 1-22
- _____. O Código Civil e o direito civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. O futuro da responsabilidade civil. Editorial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 24, out.-dez. 2005.
- _____. *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 27. ed. Padova: Cedam, 1985.