

LUÍS ALBERTO BORDIN

**ASPECTOS DA DICOTOMIA, PATRIMONIALIZAÇÃO E
DESPATRIMONIALIZAÇÃO, A LUZ DO NOVO DIREITO CIVIL E DA
RESPONSABILIDADE CIVIL.**

**Curitiba
2007**

LUÍS ALBERTO BORDIN

ASPECTOS DA DICOTOMIA, PATRIMONIALIZAÇÃO E
DESPATRIMONIALIZAÇÃO, A LUZ DO NOVO DIREITO CIVIL E DA
RESPONSABILIDADE CIVIL.

Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito do Setor
de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof^o Luiz Edson Fachin

Curitiba
2007

Sumário

Introdução	4
1.1 - Modernidade, fonte formadora da racionalidade e do Direito atual.....	5
1.2 - A Modernidade em crise e os reflexos sobre o Direito.....	13
2 – Repensando o Direito Civil moderno: do patrimônio à pessoa humana.....	14
2.1 – Crise do Direito Moderno.....	15
2.2 - Aproximação entre direito privado e público	19
2.3 – Neoconstitucionalismo pós-guerra e constitucionalização do direito privado	23
2.4 – Dignidade da pessoa humana e despatrimonialização do direito civil.....	28
3 – Responsabilidade Civil: tutela patrimonial individualista	32
3.1 – Breve apanhado histórico.....	34
3.2 - Da responsabilidade civil e seu caráter patrimonialista.....	38
3.3 – Funções da Responsabilidade Civil: Reparatória, Sancionatória e Preventiva	42
3.4 – Responsabilidade por culpa	46
4 – Responsabilidade Civil Objetiva, constitucionalização da Responsabilidade Civil e a proteção da vítima do dano injusto	48
4.1 – Surgimento da Responsabilidade Civil Objetiva.....	49
4.2 – Desenvolvimento da doutrina objetivista e as teorias tradicionais que fundamentam a Responsabilidade Civil Objetiva	54
4.3 – Princípio da Solidariedade na Responsabilidade Civil objetiva	58
4.4 – Mudança de foco: Da conduta ilícita do agente à proteção da vítima do dano	63
Conclusão	67
Bibliografia.....	71

Introdução

As idéias iniciais do presente trabalho surgiram diante da observância de uma possível dicotomia enfrentada pela atual ordem jurídica civil. Ela se descortina nos conceitos de patrimonialização e despatrimonialização que estão presentes e dividem o cenário dos ramos da Responsabilidade Civil e do Direito Civil em geral.

A Responsabilidade Civil tem como um de seus princípios básicos a patrimonialização dos danos, independentemente de qual seja sua natureza, se material ou imaterial. Assim também, o Direito Civil em geral, desde a Modernidade, carregou uma carga ideológica muito marcante, a qual pode ser observada na prevalência da tutela das situações patrimoniais, individuais e da liberdade. A questão dicotômica surge quando se analisa o Direito Civil sob o enfoque das ordens constitucionais do século XX.

O Direito Civil sofreu ao longo das últimas décadas uma ingerência muito forte de princípios e valores, diversos daqueles sobre os quais foi assentado no século XVIII. Esses valores representam a preeminência de questões existenciais, de valorização do ser humano e da coletividade, os quais evidenciam um choque em relação ao almejado pela Modernidade. Essa mudança foi materializada com a promulgação de Constituições, que ganharam novos papéis nos ordenamentos jurídicos e espalharam seus princípios para os mais diversos ramos do Direito. Assim, um “novo” Direito Civil passou a ser analisado por um viés de despatrimonialização. Ou seja, o patrimônio, até então cerne do Direito Civil, deu lugar ao ser humano, este sim, elemento principal das relações jurídicas.

O foco do presente trabalho está direcionado a análise das influências dessa nova forma de encarar o Direito Civil sobre alguns aspectos da Responsabilidade Civil. Atividade esta já desenvolvida, com esplendor, pela professora Maria Celina Bodin de Moraes e que servirá como um dos marcos teóricos para o desenvolvimento da presente monografia.

1.1 - Modernidade, fonte formadora da racionalidade e do Direito atual.

A Modernidade é o berço cultural, econômico, político, ideológico, filosófico e também jurídico dos nossos dias. Muitos dos aspectos presentes no mundo ocidental atual decorrem desse período, apesar das inúmeras influências de épocas e civilizações anteriores perceptíveis, por vezes, de forma clara, mas, muitas vezes, de forma bastante remota.

O legado deixado pelas civilizações da Antigüidade, desde Helênicos, Romanos, Gregos, Germânicos, dentre tantos outros, passando pela Idade Média, com a formação do pensamento cristão, são fontes imprescindíveis para a formação da sociedade ocidental do século XX. A democracia, a matemática, a filosofia, alguns institutos do direito, a ciência em geral, têm fortes raízes plantadas em momentos diversos da história do homem e que não podem ser esquecidas. Mas, foi a Modernidade o período em que, de forma mais significativa, se deu a conformação da atual sociedade.

O termo “modernidade” representa o período que teve início com as Revoluções burguesas, mais especificamente a Revolução Francesa, as quais, resultaram em profundas transformações nas estruturas da sociedade Européia; mudanças nas estruturas de poder, na economia, na estratificação social, dentre outras, que representaram a formação do mundo ocidental moderno e o definitivo rompimento com a Idade Média.

Paulo Tadeu Gomes DA SILVA diz, ao citar Reinhart KOSELLECK, que, para este “o século XVIII (é) o início da Modernidade, pois foi o Iluminismo que permitiu o desenvolvimento de idéias derivadas das transformações tecnológicas e industriais, aliado a que a própria Revolução Francesa possibilitou novas formas de experiência.”¹

¹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direito e Modernidade: lineamentos para uma teoria da reforma constitucional*. Disponível na Internet via [www.url:
<http://www.atontecnologia.com.br/acms2005/view/viewArquivo1.php?ID_CLIENTE=12&PK_ARQUIVO=5291=PauloThadeu_DireitoeModernidade.pdf.com>](http://www.atontecnologia.com.br/acms2005/view/viewArquivo1.php?ID_CLIENTE=12&PK_ARQUIVO=5291=PauloThadeu_DireitoeModernidade.pdf.com) . Acesso em 22/05/2007. p. 4.

A Modernidade teve grande influência de um movimento que se desenvolveu em diversos setores do conhecimento humano², chamado de Iluminismo. Por volta do século XII, a igreja católica começou a ser confrontada e questionada em inúmeros pontos de sua doutrina. Com isso, o Iluminismo ganhou corpo, caracterizando-se por um processo de laicização do mundo que elevou a razão, em detrimento da fé, como mecanismo primeiro de compreensão do mundo. Essa “quebra” foi a semente que levou ao fim da Idade Média conhecida também como “idade das trevas”, e início de um novo período, a “idade das luzes”.

Uma das mais importantes transformações que decorreram da Modernidade foi uma mudança das estruturas de poder do Estado. A queda do Estado absolutista, que concentrava todo poder nas mãos do monarca, do clero e da aristocracia, deu lugar a um Estado liberal burguês, almejado pela classe burguesa que surgia vigorosa, sedenta por difundir seus ideais.

Norberto BOBBIO, quando trata da Modernidade diz que, “O Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto. Este nascimento, que tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa, foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental é o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe (o monarca)”.³

Na ciência e na tecnologia, as transformações ocorreram influenciadas pela maior difusão do conhecimento até então restrito quase que exclusivamente aos mosteiros e igrejas católicas. Foram nas Universidades européias em que mais se desenvolveu o conhecimento científico racional. Estas já existiam desde o século XII e ganharam importância ao longo dos séculos seguintes, tendo forte relevância como local de difusão e de criação do conhecimento científico.

Fator de grande importância para as mudanças ocorridas na Modernidade foi o renascimento da filosofia antiga, que permitiu a expansão e o aperfeiçoamento de métodos racionais de conhecimento, e mesmo, o

² É possível observar a influência do Iluminismo nas artes, no direito, na literatura, na arquitetura, nas ciências em geral, entre outros campos do conhecimento humano.

³ BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. De Alfredo Fait, 3ª ed, Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 15.

aproveitamento de conhecimentos já desenvolvidos na Antiguidade, mas, pouco difundidos na sociedade, em virtude das restrições impostas no período medieval.

Todas essas transformações e a conformação do mundo moderno não ocorreram de forma imediata, mas sim, por meio de processos paulatinos que culminaram com as revoluções burguesas do século XVIII, ápice de um processo de implantação da ideologia burguesa.

Para John GILISSEN, os principais aspectos da Modernidade, principalmente quando se trata do direito e do Estado moderno, surgem já no século XII e XIII. Para ele, é nesse período que surge a noção de Estado no sentido moderno do termo; surgem os grandes centros de troca comercial que resultariam, mais tarde, nas grandes cidades; a economia fechada é substituída pela de troca; a lei reaparece como fonte de direito, apesar de o costume ainda ser a fonte material por excelência do direito. É nesse período, também, que ocorre o renascimento do Direito Romano, pontado pelos italianos da Escola de Bologna. Todas essas transformações desenvolvem-se ao longo dos séculos seguintes e ganham estabilidade nos séculos XVII e XVIII.⁴

Ensino semelhante é o de Leo HUBERMAN que, em sua obra “História da Riqueza do Homem”⁵, constrói essa fase de transição do mundo medieval para o mundo capitalista pós-revolução francesa. Para ele, as transformações do mundo medieval, que levaram à implantação do Estado liberal burguês têm início já no século XI. Época em que o comércio, até então pouco expressivo, começa dar passos significativos. As Cruzadas, inicialmente incentivadas pela igreja católica como forma de expandir seus dogmas, elevam o contato entre os povos europeus e o mundo oriental gerando, conseqüentemente, uma intensificação no comércio entre os mesmos. O aumento da oferta de produtos exóticos na Europa e a disponibilidade de riquezas nas mãos dos senhores feudais, propiciam o aumento da demanda por produtos comerciáveis no

⁴ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003. p. 239 e ss.

⁵ HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Trad. de Waltensir Dutra. 21ª ed. Rio de Janeiro: LTC. p. 3-140.

mercado europeu, o que faz aumentar significativamente o número de trocas comerciais. São os primeiros sinais do surgimento de uma sociedade de consumo.

O transporte e o comércio de produtos na Europa passou a ser feita pelos comerciantes, que viam, nessas atividades, uma forma de se tornarem independentes da terra e também dos senhores feudais, centralizadores de todo o poder econômico e político ao longo de toda a Idade Média. O desejo de independência em relação ao poder dos senhores feudais levou à formação de povoados onde os artesãos, comerciantes, artífices e ex-colonos (que conseguiam se libertar do poder do senhorio), podiam se estabelecer e viver sem a necessidade de cumprir inúmeras obrigações impostas pelos senhores feudais aos seus servos. Essas povoações foram chamadas de burgos, gérmen das cidades européias.

Ao longo dos séculos seguintes, a Igreja Católica perde força, apesar de continuar muito poderosa econômica, política e espiritualmente. Junto dela, os senhores feudais passam a ser confrontados pelos camponeses, insatisfeitos com sua situação de servidão. Diante da redução do poder desses dois estamentos, as cidades ganham importância e a burguesia (os moradores dos burgos) passa a se organizar para garantir seus interesses. A necessidade de proteção fez com que grupos de burgos se unissem, com o intuito de formar exércitos para proteção contra outros grupos e contra exércitos formados por senhores feudais, o quais viam na pilhagem dos burgos uma forma de sustentar o poder que perdiam. A unificação de inúmeros burgos gerou a necessidade de se estabelecer uma autoridade central. Essa autoridade, o rei, existia durante a Idade Média desde o fim do império romano, porém, com pouca ou quase nenhuma importância, uma vez que os grandes senhores feudais é quem faziam o papel do poder nas comunidades locais.

Esse foi o momento do surgimento do Estado-Nação. Os indivíduos não mais faziam parte de cidades ou feudos, mas de nações, as quais eram governadas por um poder central (o rei).

Detentora de uma grande riqueza arrecadada nas atividades comerciais, a burguesia viu no financiamento do Estado-Nação uma forma de lucrar e de

garantir seus interesses, diante do embate contra os senhores feudais. Com essa ajuda, ao longo do século XV, XVI e XVII, a monarquia volta ao poder, carregando consigo a nobreza, sanguessuga dos cofres públicos, ambas sustentadas pelo trabalho da grande massa da população pobre (classe média dos burgos e colonos). Sem esquecer do clero que, junto com as estruturas do Estado, impunham elevadíssimas cargas tributárias a todos os cidadãos, principalmente os mais pobres.

Os privilégios da corte, dos nobres e do clero se tornaram um peso muito grande para serem suportados pelas classes baixas, principalmente colonos e pobres que residiam nos burgos. A revolta destes não tardou. Nos séculos XVII e XVIII emergem os grandes levantes contra toda a máquina governamental que se formara com a monarquia. Junto dos mais necessitados, a burguesia, insatisfeita com a falta de privilégios, com as constantes ingerências do Estado nos assuntos de comércio e sedenta pelo poder político, inflama a população para a derrubada da monarquia.

Fatores como: 1) O grande interesse da burguesia na modificação das estruturas de poder do Estado. 2) A avalanche de mudanças que se desenhava nas mais diversas áreas da estrutura da sociedade: na ciência, na economia, na educação, na arte, na indústria e também no direito. 3) O iluminismo que tomava conta da racionalidade humana. Tudo isso, culmina com as chamadas revoluções burguesas, estabelecendo o fim do Estado absolutista e a formação de um Estado de direito.

No caso dos franceses e de boa parte dos países que passaram por esse mesmo processo de formação da Modernidade, a instrumentalização da criação da nova estrutura do Estado se deu por meio da promulgação de uma Constituição. Já tendo sido criada em 1787, nos recém independentes Estados Unidos da América, foi editada em 1791 e estabeleceu as bases do Estado francês.

O movimento de criação dos novos modelos de Estados baseados em uma lei fundamental, recebeu o nome de constitucionalismo, e se caracterizou por ser um movimento social, político e jurídico. A criação das Constituições substituiu

o poder central até então localizado na figura do monarca, e passou-o para outro local à Carta Política. O Estado passou a ser o Estado de Direito (da legalidade), tendo como princípios, a liberdade e a igualdade.⁶

O mais importante marco neste período para o Direito foi a Revolução Francesa. “As idéias políticas, filosóficas, econômicas e sociais do século XVIII foram concretizadas na legislação revolucionária a partir de 1789, [...] tornando-se um fundo comum do direito dos países da Europa continental.”⁷

Apesar da participação de uma gama muito grande de grupos sociais na Revolução Francesa, foi a burguesia a principal privilegiada pelas mudanças. Isso pode ser observado no direito moderno, que recebeu características da ideologia liberal burguesa, as quais representam até hoje grande parte da carga ideológica implícita no direito. Ideais como a autonomia privada, liberdade, a proteção ao patrimônio, a tutela individual, enfim uma série de características, principalmente no direito privado, são oriundas desse período e marcadas com os sinais de sua origem.

Característica marcante desse período foi a secularização do mundo e com ela a racionalização. A secularização, conforme já explicitada, decorreu de uma descrença do homem na fé como meio de compreensão do mundo e adoção da razão como meio capaz de desvendar e explicar toda complexidade do mundo. O uso da razão e da ciência levou a uma quebra entre o conhecimento e a realidade que passou a ser abstraída (raciocinada – desenvolvimento do método dedutivo), e não apenas vivida (empiricamente – uso prevalente do método indutivo).

Paulo Thadeu Gomes DA SILVA refere-se a Rauanet, que por sua vez diz: “em Weber modernidade é identificada como racionalização: [...], a economia é racional por que empresarial baseada no cálculo; a política é racional por que dispõe de um sistema tributário centralizado, de um poder militar permanente, do monopólio da violência e da legislação, e de uma administração burocrática

⁶ Sobre a formação do Estado Liberal Burguês vide: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 275-281.

⁷ GILISSEN, J. Obra citada. p. 413.

racional; a cultura é racional por causa da dessacralização das visões do mundo tradicionais.”⁸

Esta mesma consequência da Modernidade pode ser observada no direito. Emanuel KANT, como tradicional jusfilósofo moderno, diz que o direito empírico (extraído do direito positivo) nunca poderá estabelecer o que é justo e injusto, apenas poderá determinar o que é lícito ou ilícito. Por isso, propõe a investigação do direito como não-empírico, mas sim, racional.⁹

A racionalização do direito e o uso de técnicas de dedução levaram a uma crescente abstração de conceitos e a criação de conjuntos de regras jurídicas, chamados de institutos jurídicos, com os quais se pretendia dar conta de todos os casos que a realidade pudesse apresentar ao direito. Foi nesse intuito de abstração de conceitos que o ser humano foi abstraído de sua condição real e passou a figura secundária nas relações jurídicas. O sujeito de direito se tornou o pólo das relações jurídicas, em uma estrutura em que o patrimônio era o valor mais importante da realização da pessoa humana.

Diante disso, a forma encontrada para se agrupar esse conjunto de abstrações jurídicas foi a sistematização dos institutos jurídicos e a criação dos Códigos. Conhecido como “movimento das codificações”, a sistematização das leis em Códigos pretendeu, por meio do agrupamento dos institutos abstratos, dar conta de todas as situações da realidade. Esse movimento acabou por se disseminar pelos Estados da Europa continental e, posteriormente, espalhou-se por boa parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, dentre eles, o brasileiro. No Brasil, tem-se no Código Civil de 1916, o exemplo patente do que foi a criação do movimento das codificações modernas.

O Código Civil Francês de 1804, tendo como princípios fundamentais a família monocrática, a propriedade individual, a autonomia da vontade individual e a responsabilidade individual¹⁰, é o principal exemplo do resultado da implantação da ideologia liberal burguesa engendrada no direito privado moderno, servindo como diploma legal característico do direito moderno.

⁸ Rauanet apud: SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Obra citada. p. 8.

⁹ BOBBIO, N. Obra citada. p. 67-68.

¹⁰ GILISSEN, J. Obra citada. p. 536.

O direito privado atual, apesar de algumas ligações ao menos mediatas com o direito de outros tempos, tem sua origem no contexto retro exposto. Pode ser caracterizado como um direito burguês, configurado pela burguesia que emergiu ao poder no século XVIII e estabeleceu um direito voltado aos seus interesses. Foi uma ferramenta de imposição ideológica individualista (ao passo que a proteção se dava aos interesses individuais), igualitária (ao passo que privilegiava a igualdade formal entre os indivíduos) e patrimonialista (ao passo que a proteção do patrimônio era o fim último ao qual se voltava o direito privado).

O individualismo presente no direito da Modernidade diz respeito à garantia do mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos. Autonomia encarada como um espaço de liberdade do homem que é livre para escolhas e livre de impedimentos públicos.

A igualdade idealizada pela burguesia moderna é a igualdade em sentido formal, representando o tratamento igual de todos os homens perante o ordenamento. Não há necessidade de um real equilíbrio entre os indivíduos, o que hoje é conhecida como igualdade substancial. A noção de isonomia (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais), não tinha as configurações de proteção à dignidade humana como nos dias atuais.

O caráter patrimonialista legado às estruturas jurídicas privadas da Modernidade, decorreram da situação em que se encontrava a burguesia quando tomou o poder do Estado das mãos da monarquia. Detentora de uma riqueza material muito grande, oriunda das trocas comerciais realizadas com a abertura comercial pós-Idade Média, este grupo precisava garantir uma tutela satisfatória ao patrimônio que havia adquirido, evitando que o Estado interviesse e impedisse o livre e individual acúmulo das riquezas.

A implementação desse último princípio tinha a intenção de garantir o pleno desenvolvimento do ser humano, à luz de uma postura liberal e individualista. Para a ideologia burguesa do século XVIII, “ter” era mais importante do que “ser”. Nessa ordem de idéias, a tutela patrimonial e a garantia da liberdade individual representavam a melhor forma de garantir ao ser humano seu desenvolvimento pleno.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO: “A codificação civil liberal tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontrastável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana.”¹¹

Estas características do direito privado moderno são muito caras ao presente trabalho. Ao analisar a Responsabilidade Civil observa-se que, como todo o direito civil originário da Modernidade, tradicionalmente ela direciona-se à proteção patrimonial e tem como elemento essencial a culpa individual. Em uma sociedade como a atual, em que o risco é imanente a muitas atividades humanas, é necessário que outras formas de responsabilização sejam pensadas, evitando que um grande número de situações fáticas, analisadas somente sob uma ótica individualista, sejam deixadas à própria sorte pelo Direito.

À luz de um conjunto de princípios desenvolvidos nas Constituições do século XX, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade material e a democracia, o direito privado vem sendo repensado de forma a dar efetividade a estes princípios, garantindo que o ser humano seja tratado com a devida humanidade, por meio da recolocação do homem no centro do ordenamento jurídico privado, deslocando o patrimônio para um segundo plano. Essa também deve ser a tendência da Responsabilidade Civil como ramo pertencente a um ordenamento jurídico, que tem a Constituição como lei fundamental, devendo respeitar os princípios nela garantidos e proteger o ser humano como elemento primordial.

1.2 – A Modernidade em crise e os reflexos sobre o Direito.

A estrutura racional estabelecida na Modernidade como fonte da compreensão do mundo, não conseguiu dar conta de toda a complexidade da sociedade. Inúmeras situações foram surgindo, novas fronteiras na ciência, problemas sociais mais complexos, novos paradigmas filosóficos, enfim, inúmeras

¹¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 36, nº 141, janeiro/março, 1999. p. 103.

situações que fizeram com que a Modernidade, no seu projeto de completude racional-iluminista, não se mostrasse satisfatório.

Esse processo de crise da Modernidade pode ser abordado sob inúmeras formas. Tomado sob um enfoque jurídico destacam-se as correntes da Teoria Crítica do Direito. Conforme salienta Celso Luiz LUDWIG, ao citar Freitag: “O cerne da teoria crítica consiste em mostrar que *o saber produzido pelo Iluminismo não conduzia à emancipação e sim à técnica e ciência moderna que mantém com seu objeto uma relação ditatorial [...]. A razão que hoje se manifesta na ciência e na técnica é uma razão instrumental, repressiva (grifou-se).*”¹²

A Teoria Crítica do Direito parte da descrença no positivismo, baseado em uma lógica técnico-formal e em pressupostos cientificistas, e caminha para uma tentativa de repensar o direito a partir da realidade e da dinâmica social, longe do direito engessado em institutos inertes no tempo e no espaço.¹³

2 – Repensando o Direito Civil moderno: do patrimônio à pessoa humana

“A patrimonialização das relações civis, que persiste nos Códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira. A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.”¹⁴

No presente capítulo, passar-se-á ao estudo de alguns momentos importantes da trajetória do direito civil moderno, ao longo dos séculos XIX e XX, e de como ocorreram algumas de suas significativas mudanças, as quais levaram à sua releitura, à luz de um ordenamento jurídico centrado na Constituição. Essas mudanças têm como característica marcante o fato das Constituições atuais terem

¹² LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da Libertação: Paradigma da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 191-192.

¹³ LUDWIG, C. L. Obra citada. p. 193 e ss.

¹⁴ LÔBO, P. L. N. Obra Citada. p. 103.

a proteção da dignidade da pessoa humana como seu princípio mais importante. Isso, muitas vezes, vai de encontro aos princípios do direito civil moderno, tais como os princípios da igualdade (formal), da individualidade e da patrimonialidade.

2.1 – Crise do Direito Moderno

O primeiro grande sinal de que o projeto da Modernidade não conseguiria dar conta da complexidade do mundo foi a crise estabelecida após o fim da 1ª Guerra Mundial. As conseqüências trágicas do período pós-Guerra levaram a uma “nova fase” na construção do Ocidente. Essa “nova fase” decorreu de uma frustração em relação à promessa dos ideais modernos (liberdade e igualdade), representada pela impossibilidade de garantir o bem estar de grande parte da população européia, ao longo de todo o século XIX, e principalmente após os resultados catastróficos das batalhas que deixaram muitos indivíduos em situação de grave miséria.

Depois de quatro anos de sangrentas batalhas, grande parte da população européia encontrava-se abandonada à própria sorte. Junto desse fator, a falta de assistência do Estado liberal construído sob a égide do princípio da não-ingerência do Estado na vida privada, a concentração do capital nas mãos de alguns poucos indivíduos voltados a interesses exclusivamente privados, torna insustentável a realidade de uma grande quantidade de pessoas.

Os efeitos pós-Guerra, em verdade, foram a consolidação de algo que já vinha se apresentando por mais de um século na Europa. Os sinais de que uma parcela da população européia, desprovida de riquezas materiais, não conseguiria estabelecer-se de forma satisfatória na sociedade moderna foram se apresentando ao longo de todo o século XIX.

Desde a Revolução Francesa, os ideais burgueses vigoravam como forma de dominação da consciência de boa parte do mundo ocidental. Os ideais de liberdade e igualdade não garantiram a sobrevivência das camadas mais humildes do povo.

A igualdade formal não possibilitou àqueles desprovidos de riquezas, a competitividade no mercado e na indústria. A necessidade de investimentos para o aprimoramento da tecnologia e da ciência tornou inacessível a produção industrial aos menos ricos, além do que, era nas mãos dos senhores do capital que se concentravam a educação e o conhecimento técnico qualificados. Em outras palavras, quando se pensava em igualdade (em sentido formal), não se tinha em mente que um ser humano muito pobre não tem condições de competir em um mercado capitalista com um ser humano muito rico. Dessa forma, imensas dificuldades surgiram para a manutenção das necessidades individuais, geradas pela própria sociedade capitalista moderna. Criou-se uma massa muito grande de indivíduos excluídos do sistema sem qualquer perspectiva de inclusão, que se encontravam totalmente desprotegidos, jurídico, social e politicamente.

A liberdade, imaginada como forma de garantir ao indivíduo a prosperidade econômica, sem a ingerência de um Estado que inibisse qualquer possibilidade de crescimento, não possibilitou, a não ser para os que já detinham riquezas anteriormente à Revolução, que a massa de indivíduos pobres pudessem ter um mínimo de garantias de bem estar. Em outras palavras, a realidade engendrada pelo Estado liberal burguês criou um quadro de exclusão e concentração de poder na mão dos detentores das riquezas.

Ao longo do século XIX surgiram, na Europa, inúmeras correntes políticas e ideológicas voltadas a uma contra estrutura capitalista. Com ideais sociais, essas correntes inspiraram grandes movimentos que resultaram em alguns dos mais importantes desenvolvimentos teóricos do Estado democrático e social. O marxismo de Marx e Engels e o anarquismo de Proudhon e Bacunin são exemplos claros da insatisfação que o ideal burguês moderno havia criado em toda a sociedade ocidental.

O marxismo pregava a necessidade da luta de classes como o motor da história. Tentava explicar a necessidade que a classe operária tinha de lutar contra a estrutura de poder, centrada na mão dos detentores dos meios de produção. Com isso, visava a tomada de poder por parte dos operários, recriando o ciclo

contra-hegemônico, como foi o exemplo da tomada do poder pela burguesia (final da Idade Média).

O anarquismo foi um conjunto de idéias desenvolvidas por pensadores do século XIX, e que, levados pela descrença nas fantasias criadas pela Modernidade, pregavam a aplicação da autogestão (menos chefes), da liberdade, da solidariedade humana, da pedagogia libertadora, entre outros princípios que tornassem o homem livre e independente das estruturas burguesas do capitalismo.

A 1ª Guerra Mundial, causada por fatores até hoje pouco claros aos historiadores, levou a um cenário catastrófico. Um total de nove milhões de mortes e trinta milhões de feridos; fome e doenças foram os resultados das batalhas. Os países vencedores (tríplice entente), por meio do Tratado de Versalhes, impuseram à Alemanha a culpa pela Guerra e um grande rol de sanções¹⁵. Esse foi um golpe muito forte contra a população alemã, extremamente desolada pelos horrores da guerra. Desenvolve-se, na Alemanha, uma esfera de necessidade de democratização do Estado e de proteção ao ser humano, que não poderia ficar apenas condicionada a uma fórmula de liberdade, igualdade (formal) e individualidade, sem qualquer tipo de assistência do Estado à vida civil.

No início do século XX, as Constituições de Weimar (1919) e do México (1917), foram cartas políticas que representaram bem a necessidade que se impunha de mudança nas estruturas de Estado, do período do final do século XIX. Na Alemanha, saída da guerra, que lhe custou, “ao cabo de quatro anos de combate, cerca de dois milhões de mortos e desaparecidos (quase 10% da população masculina), sem contar a multidão dos definitivamente mutilados, o povo alemão passou a descrer de todos os valores tradicionais e inclinou-se para soluções extremas.”¹⁶ Desenvolveu-se, após a Primeira Guerra mundial, uma

¹⁵ Dentre as sanções impostas estão: ceder partes de seu território à França (Alsácia e Lorena), à Bélgica, à Polônia e à Dinamarca; suas colônias foram divididas entre a Inglaterra, o Japão, a Austrália, a França, a Bélgica e a Nova Zelândia; entregar material bélico e de transporte aos países vencedores; ceder a região do Sarre, rica em minas de carvão, à França por quinze anos; pagar uma pesada indenização aos vencedores; ficou proibida de rearmar-se. In: (http://www.portalbrasil.net/historiageral_primeiraguerramundial.htm). acessado em: 30/06/2007)

¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *A constituição alemã de 1919*. Disponível na Internet via www.url: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 15 junho 2007.

corrente de idealizadores da chamada social-democracia. A Constituição de Weimar foi idealizada por estes e era vista como uma esperança de transformação da realidade social do país que lutava para reconstruir-se. Ela buscava um rompimento com o Estado de classes, estabelecido pela Modernidade, e a integração da classe trabalhadora no jogo político. Isso pode ser visto pela introdução no texto constitucional de uma "... proposta de revalorização da utilização dos recursos produtivos pelos indivíduos e cidadãos, orientada por uma lógica centrada na 'responsabilidade social' e 'coletividade de interesses', e que também teriam sido determinantes para a formulação das concepções contemporâneas sobre os direitos sociais e econômicos"¹⁷.

No México, a insatisfação popular com a ditadura de Porfírio Dias que vigorava desde 1876, e a influência do anarcossindicalismo, que se difundiu no último quartel do século XIX em toda a Europa, chegando até a América, inspiraram líderes populares como Ricardo Flore Magón que lançaram as bases para a promulgação da Constituição, em 1917.¹⁸

Até a primeira Guerra mundial as garantias de proteção aos direitos humanos eram tratadas apenas no âmbito da liberdade dos indivíduos perante o Estado. Fundamental para o bom desenvolvimento dos ideais burgueses, a liberdade era a proteção suficiente que o ser humano precisaria para bem se desenvolver no estado liberal. Esse modelo de proteção nasceu com o Bill of Rights, de 1689, chegou à Europa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa, de 1789. Foi então que, em 1917, a Constituição Mexicana apresentou, pela primeira vez, a inclusão dos direitos sociais no texto da carta constitucional. Direitos esses que garantiam ao cidadão a atuação positiva do Estado, para além de uma mera garantia de liberdade. Este mesmo caminho foi trilhado, em 1919, pelos alemães que, por meio da Constituição de Weimar, procuravam uma forma de superar a precária realidade na qual se encontrava seu país pós 1ª Guerra Mundial.

¹⁷ POLIDO, Fabrício Pasquot. *A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da 'Função Social' dos direitos proprietários*. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 27. p. 3 – 47. jul/set 2006.
¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A constituição mexicana de 1917*. Disponível na Internet via www.url <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em 15 junho 2007.

Conforme salienta Carmem Lúcia Silveira RAMOS, no direito, essas mudanças do início do século XX¹⁹ levaram à descrença na neutralidade do Direito e a superação do modelo ideológico, baseado no individualismo-capitalista que tinham nos Códigos o documento “redigido para regular a vida da sociedade civil como documento completo e único...”. Esse processo levou a descodificação e em alguns ordenamentos jurídicos, à criação de estatutos especiais que regularam temas específicos, tentando superar a insuficiência dos Códigos modernos.

2.2 - Aproximação entre direito privado e público

Um segundo fator de abalo do tradicional direito moderno ocorreu com a crescente ingerência do Estado na vida privada e o desenvolvimento dos modelos de Estados Sociais. Estes se caracterizaram por um processo de modificações sociais, políticas e jurídicas que, em termos gerais, visou a implementação de políticas sociais, superando assim a individualidade absoluta, na tentativa de garantir o mínimo de dignidade e bem estar para as camadas menos favorecidas pelo capitalismo. Afinal, este havia criado no homem moderno um ímpeto acumulador e expansivo deveras monstruoso.²⁰

Os Códigos e as Constituições, após a Revolução Francesa, tinham papéis distintos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Os primeiros, inspirados no jusnaturalismo e racionalismo, tratavam claramente das relações da vida civil. Eles protegiam a liberdade, a igualdade, a individualidade e o patrimônio, que formavam o cerne principiológico das relações privadas e, não se ocupavam das relações do Estado. As segundas tinham como foco principal a organização do Estado e a relação deste com os cidadãos. Afinal, haviam sido criadas para

¹⁹ O início do século XX “entendido como tal não a partir de seu momento cronológico inicial, mas pelos marcos históricos que representaram a efetiva ruptura com os cem anos precedentes, cabendo lembrar, como tais, a Revolução Russa de 1917 e o final da Primeira Guerra Mundial, pelas modificações que provocaram nos diferentes Estados, por via direta ou reflexa” RAMOS, Carmen Lúcia Silveira Ramos. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 6.

²⁰ “O individualismo e o abstencionismo ou neutralidade do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social ...” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional nº 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 115.

substituir a figura do monarca absoluto, garantindo a não-ingerência do Estado na esfera privada dos cidadãos.

Característica importante e resultante do ordenamento jurídico que se desenvolveu a partir da construção do Estado liberal é a prevalência dos Códigos como fonte geral do ordenamento jurídico. Conforme salienta Michele GIORGIANNI:

“... jusnaturalismo e racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico, que eles entenderam essencialmente como ‘Direito Privado’, em função do indivíduo e a considerá-lo como o conjunto dos direitos que a ele cabem. No centro desse sistema, cujas origens ideais justamente remontam ao movimento renascentista, está o ‘sujeito’ de direito, subvertendo-se, assim, a origem etimológica desse termo, relacionada, ao contrário, a um estado de sujeição. O direito subjetivo é por isso entendido como poder da vontade do sujeito, e no centro do sistema sobressai o ‘contrato’ como voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade: pode-se dizer que todo o direito positivo, através da ficção do ‘contrato social’, é reconduzido aos esquemas voluntarísticos do Direito Privado”²¹.

Em outras palavras, para a Modernidade, o Direito era em sua maior expressão fundado na vontade do sujeito que, sendo detentor de direitos subjetivos, tinha a possibilidade de deles dispor e gozar autônoma e voluntariamente. Esse voluntarismo revela quão importante era o direito privado na formação das estruturas sociais, garantindo ao indivíduo seu pleno desenvolvimento pessoal.

Sobre essa estrutura assentou-se a dicotomia: direito privado/ direito público. Nesse período, a separação entre o que eram relações privadas, baseadas nos Códigos, e o que eram relações públicas, baseadas nas Constituições, eram bem distintas, possibilitando clara diferenciação entre os dois ramos. Para Michele GIORGIANNI, “Nesse sistema (moderno), as relações do Direito Privado com o Direito Público são bem claras. O Direito Privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto que o Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para escopos de interesse geral. As duas esferas são quase que impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o

²¹ GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e as suas fronteiras atuais*. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 747, jan. 1998, p. 35 e ss.

poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para exigências dos próprios indivíduos.”²²

Ainda na opinião do autor acima, ao longo do século XIX, essa estrutura estanque que diferenciava direito público e direito privado sofreu abalos que levaram à quebra da dicotomia estática. Para ele, é preciso ter em mente que a mudança ocorreu não somente com a crescente ingerência do Estado no âmbito das relações privadas, mas, também, com a alteração do conteúdo do direito privado moderno. Isso se deu gradativamente devido a algumas mudanças, dentre as quais destaca, como se segue.

Primeiramente “o nascimento da idéia moderna de Estado, o qual assume paulatinamente uma série de funções ou serviços que antes era deixado à iniciativa do particular ou de instituições não estatais”. Essa mudança pode ser observada por meio das correntes filosóficas do século XIX que, “[...] dão novo valor ao ‘grupo’, à ‘sociedade’, à ‘nação’, ao ‘Estado’ e a este último acabam por atribuir a função de equilibrar a ‘liberdade’ dos indivíduos com a ‘necessidade’. A conhecida afirmação hegeliana pela qual o Estado constitui a mais perfeita criação do espírito, se insere nessa corrente de idéias”²³.

Em segundo lugar, a modificação da noção de “direito subjetivo” a qual, “de senhoria da vontade, torna-se interesse juridicamente protegido, até se chegar [...] a formulações nas quais é evidente a absorção do direito objetivo, ou seja, da chamada ‘norma’. O próprio negócio jurídico, no passado considerado o domínio da vontade, é permeado de tintas ‘normativistas’²⁴.

Em terceiro lugar, a mudança das formas de produção. Surgem as grandes indústrias que substituem os centros de produção individuais, impondo a necessidade da formação de sociedades. A propriedade, sinônimo de poder de investimento, dá lugar à iniciativa econômica e ao poder de gerenciamento, com eles, a quebra da figura dos grandes capitães da indústria. O controle da sociedade passa a ser mais importante que a propriedade das ações.²⁵

²² GIORGIANNI. M. Obra citada. p. 35 e ss.

²³ GIORGIANNI. M. Idem. p. 35 e ss.

²⁴ GIORGIANNI. M. Idem. p. 35 e ss.

²⁵ GIORGIANNI. M. Idem. p. 35 e ss.

E por último, a modificação de outro pilar do direito privado, que é o contrato. Este tem na “[...] produção de bens e serviços em série, (na) contratação coletiva nas relações de trabalho, (no) nascimento dos monopólios de fato no campo da produção.”²⁶, mudanças significativas em relação aos contratos tradicionais.

Assim, o direito civil antes visto como o estatuto dos particulares dentro do ordenamento jurídico, que tinha na sua órbita a inclusão de todas as normas de tutela dos indivíduos, volta-se à tutela das relações econômicas na vida da sociedade deixando para as Constituições o tratamento das condições existenciais do homem. Nas palavras de Giorgiani: “O aspecto, digamos assim, ‘constitucional’ do Direito Privado pertence hoje, sem algum contraste ao Direito Público, ao mais público - se se pudesse dizer - dos direitos, ou seja, ao Direito Constitucional, e é consignado às ‘constituições’ dos estados modernos. Formalmente, esse aspecto dos códigos de Direito Privado passou às chamadas ‘longas’ constituições somente no século XX, primeiramente àquela de Weimar de 1919.”²⁷

Para Luís Roberto BARROSO, a relação entre direito constitucional e direito civil passou, nos últimos dois séculos, por três fases, quais sejam: Mundos apartados; Publicização do direito privado e Constitucionalização do direito civil. Aqui, tratar-se-á apenas das duas primeiras fases, sendo que esta última será tratada no item seguinte do presente trabalho.

A primeira fase tem a Revolução Francesa como marco inicial, sendo dado ao direito constitucional uma Constituição escrita (1791) e ao direito civil, o Código Civil napoleônico (1804). Nas palavras de Luiz Roberto BARROSO:

“No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista com uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a ‘Constituição do direito privado’.²⁸ ... , o papel da Constituição era limitado,

²⁶ GIORGIANNI. M. Idem. p. 35 e ss.

²⁷ GIORGIANNI. M. Idem. p. 35 e ss.

²⁸ Idéia semelhante, e já explicitada, é a de Giorgiani. Para ele, os códigos individualistas, liberais, resultantes do jusnaturalismo e racionalismo moderno apresentam um aspecto de “constitucionalismo” no sentido de que o desenvolvimento do indivíduo era garantido pela liberdade neles contida, o que fazia com que o Código que regia a vida privada fizesse o papel de garantidor do bom desenvolvimento do ser humano (A “prioridade” do

funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. ... O código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário.”²⁹

Mas essa estrutura de incomunicabilidade foi sendo superada e resultou na fase chamada de Publicização do direito privado, descrita por Luiz Roberto BARROSO da seguinte forma:

“Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.”³⁰

2.3 – Neoconstitucionalismo pós-guerra e constitucionalização do direito privado

Terceiro momento de significativo rearranjo do direito moderno foi, e ainda vem se consagrando, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o da constitucionalização do direito. Esse é um processo que teve início após a II Guerra Mundial e tem origem no chamado neoconstitucionalismo, do qual, Luiz Roberto BARROSO é um dos pensadores.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, os ordenamentos jurídicos europeus, principalmente a Alemanha, Itália e mais tarde Portugal, Espanha e França, receberam novas Constituições. Essas, por sua vez, não seguiam o mesmo modelo do constitucionalismo emergido da Revolução Francesa do século

Direito Privado sustentada pelos jusnaturalistas tinha por isso o efetivo significado de inclusão na sua órbita de todas as normas colocadas à tutela dos indivíduos frente ao príncipe), que hoje e, a partir do final do século XIX e início do século XX, é dada a constituição.

²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalização e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, n. 384, p. 71 - 104, mar-abr 2006, p. 89 - 90.

³⁰ BARROSO, L. R. Obra citada. p.90.

XVIII. O momento em que esse novo constitucionalismo foi inspirado esteve ligado a uma tentativa de superação do positivismo jurídico, oriundo do jusnaturalismo moderno, que havia equiparado o direito à lei. Esse modelo de direito serviu como legitimador dos regimes totalitários que resultaram nas maiores barbáries da II Guerra Mundial. Tentando evitar a prática dos mesmos erros, a ciência do direito abre mão do seu excessivo puritanismo e retoma a ética e os valores como fundamentos de sua construção (pós-positivismo).³¹

O neoconstitucionalismo foi um processo que teve no reconhecimento da força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, os assentos teóricos para seu desenvolvimento.³² A força normativa que as Constituições ganharam decorreram de grandes discussões a respeito da aplicabilidade ampla e irrestrita das normas (princípios e regras) consagradas nas Constituições, dessa forma, perderam o papel de diploma legal programático ganhando prestígio nas discussões dos aplicadores do direito. A jurisdição constitucional foi constituída pelas formas de controle de constitucionalidade da lei, tanto no mecanismo concentrado quanto no abstrato, gerando maior garantia da supremacia da Constituição. A nova interpretação constitucional visa a superação da interpretação tradicional definida pelos métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico de interpretação da norma. A interpretação tradicional parte da noção de que as respostas para as situações fáticas estão no sistema jurídico e cabe ao interprete desvendar as respostas. Na nova interpretação constitucional, o intérprete é co-participante da criação do Direito, fazendo a implementação da norma jurídica por meio de uma série de valores consagrados, trabalhando na concretização das cláusulas abertas do ordenamento.

³¹ Nas palavras da prof^a Maria Celina Bodin de Moraes: “Se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendências*. São Paulo: Revista do Tribunais. ano 89. volume 779. setembro de 2000. p. 52.

³² BARROSO, L. R. Obra citada. p. 72-79.

No Brasil, esse processo teve início com a Constituição de 1988, momento de redemocratização, pós-regime militar, e de criação de um novo cenário constitucional no país. O grande debate que antecedeu sua promulgação consagrou-a como uma carta política protetora de uma diversidade muito grande de interesses. Além desse forte caráter democratizante, ela também previu uma série de matérias ligadas aos principais ramos do direito infraconstitucional e um conjunto de princípios e valores centrados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que dão a ela o título de Constituição cidadão.

O neoconstitucionalismo criou as condições para o desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do direito. Este se caracteriza pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, tornando-a a lei suprema, o nó do sistema jurídico. A partir dessa premissa, a Constituição passa a ser a lei maior, não apenas em sentido formal, mas materialmente por meio de sua força normativa e do estabelecimento dos princípios sobre os quais todo o ordenamento jurídico deverá ser implementado.

Essa postura representa uma significativa mudança em relação ao direito moderno. O direito, originado nos ideais de liberdade e igualdade da burguesia moderna, tinha como principal fonte o Código Civil. Não somente para o direito civil ele era a fonte geral, mas também, para os mais diversos ramos do direito. Baseado nessa estrutura, os princípios consagrados no Código Civil eram usados na interpretação e aplicação de todo o Direito.

Para Luiz Roberto BARROSO, com a constitucionalização do direito, "... a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si [...] mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. [...] a constitucionalização não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reintegração de seus institutos sob uma ótica constitucional."³³

É nesse contexto que se insere a denominada constitucionalização do Direito Civil. Esse ramo, já caracterizado como o lugar por excelência do direito privado, sofre os efeitos do processo ora analisado. E no mesmo sentido do

³³ BARROSO, L. R., Idem. p. 87.

entendimento de Luiz Roberto Barroso vão as palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO. Para este: "... deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre)."³⁴

Sob a perspectiva constitucional, o Direito Civil, de tradição eminentemente patrimonialista, tem de ser repensado. Para tanto, deve ocorrer a recolocação do ser humano no centro das suas relações, levando ao que a doutrina chama de repersonalização do Direito Civil e, como conseqüência, a uma despatrimonialização do Direito Civil. Nas palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO, isso se coloca aos civilistas como um desafio de "... ver a pessoa em toda dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio."³⁵ Deveria-se, em outras palavras, retirar o ser humano da condição secundária que ocupa na relação jurídica (como sujeito abstrato de direito, deslocado de sua condição real) criada pelo tecnicismo moderno, e colocá-lo como figura central nas relações de direito.

Em recente conferência, depois publicada em obra organizada por Margarida Camargo, Maria Celina Bodin de MORAES salienta que: "... enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a tutela prioritárias."³⁶

Esse também é o entendimento de Pietro PERLINGIERI quando diz que ao civilista cabe "... individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor;"³⁷

³⁴ LÔBO, P. L. N. Obra citada. p. 100.

³⁵ LÔBO, P. L. N. Idem. p. 103.

³⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988 – 1998: uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 127.

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

As idéias da constitucionalização do direito já têm sido aplicadas pela jurisprudência brasileira, como forma de concretizar os princípios e valores consagrados pela Constituição de 1988. A título de exemplo tem-se:

Decisão da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, relatado pelo Desembargador Albino Jacomel Guérios:

“A Constituição Federal estruturou a dignidade da pessoa humana como valor absoluto (artigo 1º, III). A partir dele, toda a atividade econômica deve amoldar-se ao homem, à proteção dos seus direitos fundamentais e da sua personalidade. O direito à habitação íntegra, como pressuposto da dignidade da pessoa humana, essa nova ordem axiológica. A restrição a um direito da personalidade (direitos que são absolutos, inalienáveis, indisponíveis etc.) requer, por óbvio, como conseqüências dessas características, um procedimento seguro, democrático, logo, participativo, o que somente é garantido pelo processo judicial. Esse modo de conceber a realidade, principalmente a realidade jurídica, é resultado da chamada constitucionalização do direito privado, ou seja, da colocação da norma constitucional como ponto de referência do macrosistema fragmentado pela criação de microsistemas. Nesse sentido: ‘Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais... Em conclusão, pode-se afirmar que a tutela dos direitos humanos na atividade econômica e, mais genericamente, nas relações de direito privado, consolida-se na interpenetração dos espaços público e privado, fazendo-se a cada dia mais urgente, na medida em que avanços tecnológicos e a ampliação dos mercados tendem a ‘despersonalizar’ o indivíduo, aniquilando conquistas sociais e fomentando o predomínio da perversa lógica econômica [...]. Somente o respeito à Constituição e a seus valores fundamentais poderá resgatar a unidade perdida, e recuperar os princípios gerais em meio ao contingente, ao emergencial ditado pelas experiências, sempre fugazes, de sucessivos planos econômicos’. 1 E a proteção da dignidade da pessoa humana, insistindo neste ponto, passa por um sistema restritivo de situações que a coloquem em risco e sem proteção judicial, como ocorre com a fragilíssima proteção dispensada pelo Decreto-lei 70/66.”³⁸

Decisão da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pela desembargadora Helena Ruppenthal Cunha.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento. Relator Albino Jacomel Guérios, 5 de abril de 2005. 14ª Câmara Cível, Publicado no DJ: 6864.

“Com a constitucionalização do Direito Civil, o contrato passou a ter uma face pública, onde emergem características como solidariedade, cooperação entre os contratantes e destes em relação a terceiros, como dos terceiros em relação aos contratantes. Não se considera mais a autonomia da vontade como princípio absoluto nos contratos. Passou a haver a funcionalização do contrato diante o mundo econômico, interpretada a vontade entre os contratantes de forma mais ampla, com a diminuição dos efeitos da autonomia, visando inclusive a justa circulação de riquezas.”³⁹

2.4 – Dignidade da pessoa humana e despatrimonialização do direito civil

O papel ocupado pela Constituição, no ordenamento jurídico, deve levar a uma mudança significativa de postura do direito civil em relação ao patrimônio e ao ser humano. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 marcou o início desse novo momento do ordenamento jurídico brasileiro. A Carta Política de 88 é carregada de uma série de princípios que decorrem de um central: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Mas, o que é a Dignidade da Pessoa Humana?⁴⁰

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana tem suas primeiras origens no pensamento cristão. Mas, não se deve olvidar que os gregos contribuíram muito para a noção de dignidade. Criaram a noção de racionalização do pensamento e do agir humanos que fizeram com que o homem e suas relações, entre si e com a natureza, se tornassem o centro de suas reflexões. Com isso, o homem passou a pensar e a discutir temas relacionados a si e ao seu meio.

A noção de que o homem é concebido segundo a imagem e semelhança de Deus, um Deus transcendente e superior a tudo, leva a criação de uma nova concepção de ser humano. Cristo (Deus homem), coloca como sua missão evangelizadora a revalorização do homem, qualquer que seja sua condição. Cria-se uma situação em que todos os homens são iguais e, via de consequência, a

³⁹ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. LEGALIDADE. Apelação Cível. Lojas Volpato Ltda e Celular CRT S.A. Relatora Helena Ruppenthal Cunha. Data de Julgamento 13/07/2005. Publicação no DJ em 19 de julho de 2005.

⁴⁰ Sobre a origem histórica do termo Dignidade da Pessoa Humana vide: MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. p. 19-33.

violação da dignidade da pessoa seria uma violação da dignidade do próprio Deus.

Foi São Tomás de Aquino o primeiro a usar o termo “dignidade humana”. Para ele, o ser humano se sobressai em relação aos demais seres por sua racionalidade e intelectualidade, mas, ainda, resguardada a igualdade entre os homens, tendo em vista que foram criados à imagem e semelhança de Deus. Dessa forma, a dignidade do ser humano é tomada como qualidade imanente que deve ser respeitada, qualquer que seja a condição em que se encontra o indivíduo.

Emanuel Kant foi quem desenvolveu a concepção de Dignidade da Pessoa Humana que é usada nos dias atuais. Dentre os seus estudos sobre a moral, Emanuel Kant estabelece três máximas morais que são as fórmulas sob as quais alguém deve agir para cumprir com o imperativo categórico da moral interior universal⁴¹. A segunda máxima moral de Emanuel Kant corresponde à sua noção de Dignidade da Pessoa Humana qual seja: “2) Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio.”

Dessa forma, se percebe que para Emanuel Kant, a Dignidade da Pessoa Humana está relacionada à finalidade do ser humano. Como fim em si mesmo, ele não deve ser usado como meio para a satisfação de outras vontades. Assim, somente os seres humanos possuem dignidade. Enquanto seres racionais, não podem ser usados como objetos, e são os únicos dotados de dignidade, tendo em vista que os seres irracionais são dotados não de dignidade, mas de valores

⁴¹ “O imperativo categórico está contido na seguinte sentença: ‘Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral.’ Esta formulação foi desdobrada por Kant em três máximas morais. São elas: I) ‘Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza’, que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar; II) ‘Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio’, que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas; III) ‘Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais’, que exprime a separação a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral”. MORAES. Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80.

(preço). Neste ponto ele não se distancia muito de São Tomás de Aquino, ao relacionar a dignidade humana à racionalidade.

Sartre também fez sua contribuição para a conceituação da Dignidade da Pessoa Humana. Baseado em uma concepção existencialista e marxista, o ser humano teria uma existência precedida da essência. Dessa forma, não haveria um determinismo na sua construção. O homem é livre para suas escolhas, e não estaria sujeito a uma moral universal (Kant) nem a uma natureza humana (São Tomás de Aquino e Cristianismo), sendo que sua dignidade estaria justamente no fato de sua existência estar toda por ser construída.

Foi com Hannah Arendt que a Dignidade da Pessoa Humana recebeu o status de princípio constitucional, primeiramente na Alemanha e posteriormente espalhando-se pela Europa, por fim chegando ao Brasil. Tendo baseado seus estudos nos totalitarismos europeus do século XIX e XX, Hannah Arendt percebe que era preciso recuperar os mecanismos que afastam as forma de castração (os totalitarismos) da condição humana e garantir o pleno exercício da criatividade do ser humano.

No Brasil, a Constituição de 1967 pela primeira vez acrescentou a Dignidade da Pessoa Humana como princípio constitucional. Mas foi com a Constituição Federal de 1988 que teve seu apogeu, consagrado na ordem jurídica brasileira como “fundamento da República”, a Dignidade da Pessoa Humana passa a ser um princípio fundamental ao qual é atribuído “valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.”⁴²

A Dignidade da Pessoa Humana tratada na Constituição Federal de 1988 deve ser analisada, conforme palavras de José Afonso da SILVA, como “...um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”⁴³ Refere-se ele a importância que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem no ordenamento jurídico brasileiro, como fonte para a concretização de todos os direitos fundamentais e conseqüentemente todas as normas constitucionais.

⁴² MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 83.

⁴³ SILVA, J. A. da. *Obra Citada*. p. 105.

Maria Celina Bodin de Moraes, retomando a construção kantiana de Dignidade da Pessoa Humana, destaca quatro postulados que dele decorrem e que no direito vão representar quatro fundamentos seus.

O primeiro: “o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele”. Decorre deste o princípio da Igualdade⁴⁴: aqui tratada como sendo igualdade material e não formal⁴⁵.

O segundo: “os sujeitos são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular” o sujeito moral. Decorre deste o princípio da Integridade física e moral⁴⁶.

O terceiro: “o sujeito é dotado de vontade livre, de autodeterminação”. Decorre deste o princípio da liberdade⁴⁷.

O quarto: “o sujeito é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. Decorre deste o princípio da solidariedade⁴⁸.

Seguindo os passos da definição traçada pela prof^a Celina, pode-se então definir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador da ordem constitucional, como o princípio fundado na reunião dos subprincípios da Igualdade, Integridade física e moral, Liberdade e Solidariedade.

Diante dessa nova ordem fundada na Constituição, que não exclui o direito moderno privado, que é dado pelo Código Civil e outras leis especiais esparsas, é baseada não mais no pleno desenvolvimento patrimonial do indivíduo, mas no seu pleno desenvolvimento humano como indivíduo dotado de dignidade humana. Em outras palavras, prima-se pelo desenvolvimento da educação, da saúde, da igualdade, da liberdade, da solidariedade, da boa-fé, da função social da propriedade, enfim, uma série de bens que demonstram a necessidade de

⁴⁴ MORAES. M. C. B. de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 86-92.

⁴⁵ Sobre o assunto: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 283-285.

⁴⁶ MORAES. M. C. B. de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 92-102.

⁴⁷ MORAES. M. C. B. de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 102-108.

⁴⁸ MORAES. M. C. B. de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 108-117.

tutela às situações que compõem o patrimônio imaterial dos indivíduos mas que não podem ter o mesmo tratamento de outros bens monetariamente mensuráveis.

A noção de despatrimonialização do direito civil surge como consequência dessa nova ordem de idéias. Para Carmen Lúcia Silveira RAMOS, a despatrimonialização “[...] não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas como maior justiça.”⁴⁹

Para Pietro PERLINGIERI, com a despatrimonialização “[...] não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável”.⁵⁰

Diante dessa primeira abordagem do direito, refletiu-se sobre uma nova circunstância dentro da qual está inserido o Direito Civil, a qual representa uma releitura das estruturas do direito moderno que até hoje predominam no ramo do Direito Civil, mas, que passa a ser pensada a partir de outro ponto de referência. Essa não poderia deixar de ser a situação da Responsabilidade Civil. Enquanto parte integrante do Direito Civil, ela carrega, devido às construções modernas, bem como o legado das civilizações mais antigas chegando até nós, uma forte tendência à centralidade patrimonial. Isso, sob a perspectiva desenvolvida pela constitucionalização do direito civil vai de encontro ao que se construiu e vem sendo construído no Direito Civil atual.

3 – Responsabilidade Civil: meio da proteção patrimonial individualista

No presente capítulo abordar-se-á a Responsabilidade Civil, implementando-se um breve apanhado histórico desde as suas origens nas civilizações mais antigas, importante para a compreensão da responsabilização atual. Avançar-se-á tratando de características marcantes, que demonstram como

⁴⁹ RAMOS, C. L. S. R. Obra Citada. p. 16.

⁵⁰ PERLINGIERI, P. Obra citada. p. 33.

a Modernidade e sua ideologia liberal tiveram, neste segmento do direito civil, um aliado muito importante para garantir a centralidade do elemento patrimônio.

Para tanto, cabe, em primeira consideração, ressaltar que a Responsabilidade Civil é o ramo do Direito Civil que trata de ocasiões em que um indivíduo sofre um dano e esse dano é suportado por alguém. Para evitar que o peso do dano seja sempre arcado pelo indivíduo lesado, a Responsabilidade Civil trata de imputá-lo a alguém. Danos sempre ocorrem, mas somente alguns são passíveis de serem imputados a indivíduos diversos do lesado. Esses danos para serem imputados devem seguir alguns requisitos e se enquadrarem nas possibilidades que o direito reconhece como passíveis de tal medida.

O dano que é tratado pela responsabilidade civil está ligado ao patrimônio, ou seja, havendo uma diminuição/lesão indesejada do patrimônio do indivíduo, há um dano. Quando se fala em patrimônio não se restringe ao patrimônio material (monetariamente mensurável), mas também se refere ao patrimônio imaterial, como a moral, a imagem, a fé pública, enfim, todo o cabedal de bens jurídicos que formam o patrimônio de um indivíduo⁵¹.

Tendo como critério as fontes⁵² das quais decorreria a responsabilidade, a maioria da doutrina divide a Responsabilidade Civil em dois tipos: Responsabilidade Civil Contratual: "... teria por fonte o descumprimento de um dever nascido de um vínculo pré-existente entre as partes.", e Responsabilidade Civil Extracontratual: "... teria por fundamento a imputação de um dever de indenizar independente da existência de um prévio vínculo entre o agressor e o lesado, justificando-se, exclusivamente, pela ocorrência de um dano imputável ao

⁵¹ Alguns autores usam a expressão extrapatrimonial para representar os bens tratados como patrimônio imaterial. Nas palavras de Paulo Roberto Ribeiro Nalin: "A expressão 'não patrimonial' e 'extrapatrimonial', sinônimo que são, englobam não somente os bens de ordem moral, enquadrando-se em seu conteúdo os bens da incolumidade física e psíquica, a produção intelectual e artística e tantos outros." NALIN. Paulo Roberto Ribeiro. *Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba, 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 105.

⁵² Existem autores como Caio Mario da Silva Pereira, que defende a unidade da noção de culpa e sobre ela a eliminação da distinção clássica. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 19, p. 260-269, jul - set 2004. p. 261, e Paulo Nalin, para quem, apesar de haver algumas diferenças, não existem fundamentos suficientes para a manutenção da distinção. NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Obra citada. p. 59 e ss.

agressor.”⁵³ Este é fundado no princípio geral do *neminem laedere*, legado romano ao direito moderno. No presente trabalho, delimitar-se-á a discussão ao âmbito da chamada Responsabilidade Civil Extracontratual. Dessa forma, dar-se-á maior ênfase ao que foi proposto evitando que assuntos muito abrangentes sejam abordados, inalcançáveis em um trabalho de fôlego pouco extenso como este.

3.1 – Breve apanhado histórico

A responsabilidade ou responsabilização por dano, remonta às primeiras civilizações. Dentre às civilizações antigas, a romana foi a que teve maior influencia na formação do Direito Civil moderno, é inegável o reconhecimento desse legado na Responsabilidade Civil. Afirma Caio Mario da Silva Pereira, que o Direito Romano foi quem trouxe às civilizações modernas o subsídio para a construção da Responsabilidade Civil⁵⁴.

Diante disso, optou-se por fazer essa apresentação das origens da responsabilidade a partir do seu desenvolvimento em Roma. Mas, não se pode deixar de mencionar que o Direito Civil, como se conhece hoje, foi uma construção da Modernidade. O que existia nas sociedades mais antigas tais como Roma, Babilônia, Grécia, povos germanos dentre outros, eram formas de responsabilização que traziam maior estabilidade às relações sociais⁵⁵ e que em alguma medida traçou linhas do que depois se tornaria a Responsabilidade Civil. O renascimento do Direito Romano, já mencionado na primeira parte do presente trabalho, iniciado pela Escola de Bologna e depois também na Alemanha, é, em grande parte, responsável por essa influência.

Danos sempre existiram, como conseqüência inexorável do convívio em sociedade. Esses danos sempre geraram conseqüências, seja para o próprio lesado ou para outrem. Desde os primórdios da história da humanidade, a responsabilidade pelo dano sofrido por um indivíduo, seja por uma escolha de

⁵³ LEONARDO, R. X. Obra citada. p. 261.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.2.

⁵⁵ SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade Civil: teoria e prática das ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 3.

quem foi lesado, do grupo social, do Estado, do ordenamento jurídico, ou outra forma, sempre foi imputada a alguém. Em outras palavras, alguém sempre foi escolhido como responsável para “pagar” pelos danos.⁵⁶

Conforme salienta Luiz Cláudio Silva, a responsabilidade surge quando o homem cria consciência da necessidade da convivência harmônica no grupo social. Inúmeros são os fatores que levaram o ser humano a viver em sociedade: a necessidade de proteção, o convívio entre iguais, o desenvolvimento pleno dos potenciais individuais são exemplos de tais fatores.

Na origem, a responsabilização não tinha tratamento jurídico, era por meio da chamada vingança privada que o indivíduo lesado ressarcia-se de forma indireta⁵⁷ pelos danos sofridos. O Estado não intervinha nas relações de responsabilidade. Conforme afirma Alvino LIMA, esta é a “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.⁵⁸

O período seguinte pelo qual passou a responsabilidade se caracteriza pela apropriação, por parte do Estado, da iniciativa do particular de responsabilização por danos sofridos. O Estado tomou o lugar do particular quando passou a criar leis que estabeleciam as ocasiões em que poderia ocorrer a responsabilização para reparação do dano. Não mais cabia ao indivíduo lesado vingar-se sem antes haver do Estado uma autorização.

O período seguinte foi marcado pelo desenvolvimento da composição. O homem deixa de lado seus instintos mais primitivos e passa a perceber que “... mais conveniente do que cobrar a retaliação – que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente o oposto da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois os lesados –

⁵⁶ Mesmo nos casos em que o dever de reparar o dano seja imputado ao próprio indivíduo lesado, ainda assim há responsabilidade. Esse é um conceito amplo de Responsabilidade Civil dado por Josserand e citado na obra DIAS. José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed, revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro:Renovar, 2006. p. 22.

⁵⁷ A reparação era de forma indireta, pois, o que se tinha era uma sanção aplicada ao causador do dano e não necessariamente a reposição do estado anterior ao dano.

⁵⁸ Alvino Lima. Apud: DIAS. J. de A. Obra citada. p. 26.

seria entrar em composição com o autor da ofensa,...”⁵⁹. O ofensor passa, nesse sistema, a adquirir o direito ao perdão do ofendido por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro.

Esse momento foi muito importante quando se fala no caráter patrimonial da Responsabilidade Civil moderna. Destaca-se, nesse período, a presença de indícios da monetarização dos danos. São os primeiros indícios da substituição de um dano, até então reparado por meio de sanções que não representavam um valor quantificado, por um valor monetário que representava a compra do perdão do indivíduo.

Passo seguinte na evolução da responsabilidade foi a ingerência do Estado na composição. A partir desse momento, o Estado passa a determinar as hipóteses em que seria possível ocorrer composição entre os particulares, estabelecendo em lei a tarifação da compensação. No caso romano isso se deu com a Lei das XII Tábuas, assim, a composição econômica, até então voluntária, passa a ser obrigatória. Apesar de ainda não existir em Roma um princípio geral fixador da responsabilidade, o caso concreto era previsto pela lei como passível de responsabilização.

Conjuntamente, o Estado assumiu função que não se restringia somente a dizer qual a reparação a ser aplicada, mas passou também a aplicar a sanção decorrente do ato lesivo. É ainda, nesse momento, que segundo José de Aguiar DIAS passou-se a ser considerados dois tipos de delitos: “os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados.”⁶⁰

Essa característica desenvolvida pela responsabilidade tem grande importância para o estudo da responsabilidade moderna. Porque até esse momento não havia uma diferenciação entre a responsabilidade que surgia por danos oriundos das relações entre particulares, e que somente na esfera jurídica desses gerava efeitos, e a responsabilidade por danos que geravam efeitos para toda a coletividade.

⁵⁹ DIAS. J. de A. Obra citada. p. 26.

⁶⁰ DIAS. J. de A. Idem. p. 27.

Essa diferenciação, conforme defendido por grande parte dos estudiosos atuais, se deu com a Lei Aquilia, na qual se estabeleceu a diferenciação entre a responsabilização no âmbito Civil e responsabilização no âmbito Penal. Esse foi o marco legislativo que diferenciou o tratamento jurídico da reparação do dano (propriamente dita) e da sanção criminal no Direito Romano. Para José de Aguiar DIAS, “É na Lei Aquilia que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse ainda ‘*uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno*’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquilia o seu nome característico.”⁶¹

A Lei Aquilia era composta por três capítulos, e, um deles, apesar de tratar de casos concretos, característica do Direito Romano, estabelece um princípio generalizante da reparação do dano que é o *damnum injuria datum*. Apesar de ter seu alcance restrito, a atividade dos pretores e jurisperitos levou a dilatação da aplicação do princípio, inicialmente aplicável somente aos danos às coisas de propriedade de cidadãos romanos, passando a ser aplicado em todas as situações de danos às coisas independentemente do titular.

Alguns autores como Carlos Roberto Gonçalves defendem, também, que foi em decorrência desse monumento legislativo que surgiu a noção da culpa como elemento da imputação da responsabilidade. Ele diz que “sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquilia*⁶². Essa idéia é rebatida por José Aguiar DIAS quando diz: “...acreditamos, com os Mazaud, que a noção da culpa sempre foi precária no direito romano, onde jamais chegou a ser estabelecida como princípio geral ou fundamento da responsabilidade,...”⁶³

A Lei das XII Tábuas, monumento legislativo por excelência do Direito Privado Romano, compilou as regras sobre a Responsabilidade Civil que existiam

⁶¹ DIAS. J. de A. Idem. p. 28

⁶² BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. *A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 9. p. 157 - 182. Jan/mar 2002. p. 160.

⁶³ DIAS. J. de A. Obra citada. p. 57.

e deu tratamento jurídico à matéria. A partir dessa fase, a responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal, cada uma com suas características, uma voltando-se às lesões de ordem pública e mais graves, e outra aos danos decorrentes das relações entre particulares que tratava sobre o ressarcimento por danos.

Já no século XVIII, com o advento do Estado liberal francês, houve a retomada do direito romano e com ele a disciplina da responsabilidade. Os franceses, por meio de uma vigorosa jurisprudência, aperfeiçoaram a Responsabilidade Civil e estabeleceram, com o Código Civil de 1804, um princípio geral de responsabilização: a culpa. Essa foi a base para as legislações de boa parte do mundo ocidental (que adotaram o sistema da *civil law*) no tocante à Responsabilidade Civil.

3.2 – O caráter patrimonial da Responsabilidade Civil

Como depreende-se das breves linhas que relatam as evoluções romanas e antigas da responsabilização, que mais tarde influenciaram a formação da Responsabilidade Civil moderna, claramente pode-se evidenciar que a contrapartida a realização de um dano é representada monetariamente. Esse passo pode ser visto com uma forma de humanização das relações sociais, a partir do momento em que os instintos primitivos da vingança e da autotutela são abandonados. Ou seja, sempre que ocorre um dano, qualquer que seja este dano, a forma de se repará-lo é através de uma quantia de riquezas.

Quando se fala em Responsabilidade Civil, imediatamente faz-se menção ao dano. Elemento essencial para a existência da responsabilização, ele está diretamente ligado a uma noção de modificação na situação patrimonial do indivíduo. Diz Caio Mário da Silva PEREIRA que: "... o dano é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil. Ao propósito, dizem os irmãos Mazeaud que entre os elementos constitutivos da responsabilidade civil, o

prejuízo é o que menos suscita discussões, a tal ponto que a imensa maioria da doutrina contenta-se com registrar a regra.”⁶⁴

Como já tratado, o Direito privado moderno tinha como uma das principais características a tutela ao patrimônio. E a Responsabilidade Civil, nessa mesma direção, se destacou como uma forma de proteção patrimonial. Domat, um dos responsáveis pela construção do Código Civil Napoleônico, ao desenvolver seus estudos sobre a Responsabilidade Civil, ainda no século XVII, destacou como características da Responsabilidade Civil: 1) o Universalismo, que sob a influência do jusnaturalismo leva a busca por princípios aplicáveis a todas as relações jurídicas, sendo que determinados valores seriam válidos em todos os lugares, tempo e circunstâncias, podendo, esses padrões, serem apreendidos pela razão; 2) o Individualismo, ligado à noção de sujeito individual de direito, sendo a tutela e a responsabilização individualmente consideradas; 3) o Moralismo, há uma determinada moral na sociedade, por isso a responsabilidade é firmada na culpa. Ligada a uma concepção liberal de mundo a responsabilidade estaria vinculada a livre escolha do indivíduo, sendo que, não é o dano que justifica o dever de indenizar, pois, danos ocorrem o tempo todo e nem todos eles são imputáveis a um indivíduo diverso do lesado, mas sim, o dano que ocorre devido à conduta imoral de outrem é que gera a responsabilização; 4) a Patrimonialização, sendo que o dever de indenizar ocorre sempre através de uma quantia monetária, não se impondo outras formas de sacrifício ao lesante.

A característica patrimonialista da Responsabilidade Civil se mostrou muito coerente e conveniente diante dos interesses da burguesia na Modernidade. O Direito Privado era visto, nessa época, como o reduto de proteção do indivíduo e tinha a proteção ao patrimônio a forma mais eficiente de concretização dos ideais liberais. Para a burguesia, o interesse maior era proteger a riqueza que havia conquistado com as práticas comerciais e industriais.

No ordenamento brasileiro, o Código Civil de 1916 tratou a Responsabilidade Civil tendo por base o Código Civil francês de 1804. Como este, o Código brasileiro consagrou a teoria da Responsabilidade fundada na culpa,

⁶⁴ PEREIRA, C. M. da S. Obra citada. p. 37-38.

como fundamento geral para a imputação do dever de indenizar. Assunto este que será abordado nas próximas seções deste trabalho. Além da opção pela adoção da teoria da culpa como fundamento da imputação da responsabilidade, o artigo 159 do Código Civil de 1916 demonstra claramente que o legislador brasileiro teve a pretensão de tutelar, como regra geral⁶⁵, as situações em que houvesse um dano patrimonial “material”.

O artigo 159 diz que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Isso mostra que, ao tratar do dano, o legislador de 1916, como regra geral, tratou do dano causador de prejuízo o que remete a uma noção do dano ao patrimônio material.

A complexidade das relações sociais resultantes da Modernidade gerou inúmeras situações em que o patrimônio a ser protegido não se restringiu ao patrimônio material, monetariamente mensurável. A moral passou a ser protegida. A boa-fé, elemento de indiscutível valor nas relações comerciais, teve de ser protegida. A imagem, tendo em vista as relações de massa e a criação de grandes aglomerados de indivíduos e a criação dos meios de comunicação de massa, teve de ser protegida. Enfim, inúmeras outras situações que não eram tuteladas pela Responsabilidade Civil tiveram de ser incluídas dentre as possibilidades de reparação de danos. Merecem destaque aqui os danos morais oriundos, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, dos danos causados a direitos personalíssimos.⁶⁶

Algumas dessas situações incluídas nas possibilidades de reparação por via da Responsabilidade Civil, anteriormente não abarcadas por esse ramo do Direito, passaram a ser quantificadas e reduzidas a valores monetários. Com isso, fatos anteriormente incompatíveis com a reparação de danos por não serem redutíveis a valores, passaram a integrar o rol de possibilidades de geração do dever de indenizar.

⁶⁵ O Código Civil de 1916 já previa algumas situações especiais em que os danos patrimoniais imateriais eram tutelados pela Responsabilidade Civil. Tais como: artigo 1.538, 1.547, 1.548, 1.550, dentre outros.

⁶⁶ Ver MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p.155 e ss.

Com isso é possível observar, como característica marcante no direito moderno, a monetarização das situações por ele internalizadas. Ou seja, tudo o que ele pretende tutelar deve ser reduzido ou redutível a valores materiais. Isso é reflexo de uma ordem jurídica fundada nos princípios consagrados pelos Códigos Civis modernos os quais exerciam o papel de fonte por excelência do direito. Atualmente o que se busca é um deslocamento do Código Civil e com ele, dos seus princípios reitores, dando lugar à Constituição como cerne fundamental do ordenamento jurídico. Tratar-se-á desse tema à luz da Responsabilidade Civil mais adiante, na última parte da presente monografia.

Existem, no direito brasileiro atual, outras formas de indenização de danos causados que não tenham uma imediata representação monetária, no entanto, essas não são as formas mais comumente usadas para indenizar danos. Paulo Roberto Ribeiro Nalin, diz que, são três as formas de indenização: a reconstituição natural do prejuízo, a reparação por equivalência (voltada a danos patrimoniais) e a compensação (destinada a danos extrapatrimoniais não indenizáveis “in natura”). E para exemplificar, o mesmo cita o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal brasileira que garante “... o direito de resposta à ofensa praticada publicamente, em meios de comunicação e afins, formando-se um arremedo de compensação ‘in natura’ do prejuízo moral sofrido.”⁶⁷

Maria Celina Bodin de Moraes diz que a possibilidade de ressarcimento de danos extrapatrimoniais (aqui tratado como dano patrimonial imaterial) é muito recente, o *pretium doloris* (preço da dor), base para a mensuração de um dano imaterial não era admissível nos ordenamentos de tradição romano-germânicos, com exceção dos casos previstos pelo legislador.⁶⁸ O Novo Código Civil brasileiro, ainda fortemente baseado na teoria da responsabilidade por culpa, apesar de ter como base o Código Civil de 1916, previu como regra geral a possibilidade de responsabilização por danos patrimoniais imateriais.

Do texto do Código depreende-se: “artigo 927: Aquele que por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Ao prever o

⁶⁷ NALIN, P. R. R. Obra citada. p. 48.

⁶⁸ MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 145.

surgimento de um dever de indenizar daquele que pratica um ato ilícito, o Código abriu a possibilidade para que o previsto no artigo 186 abrangesse as situações independentemente da ocorrência de prejuízos ao lesado, como era previsto no Código Civil de 1916. Prevê o artigo 186 que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Dessa forma, as situações de danos patrimoniais imateriais, não tuteladas como regra geral pelo ordenamento jurídico brasileiro até 2002, passaram a ser protegidas. O mesmo caminho é trilhado pelo o artigo 187 que prevê a possibilidade do cometimento de ato ilícito pelo titular do direito que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Para Sílvio de Salvo Venosa, o Código Civil de 1916 não vedou de forma expressa a indenização por danos morais, mas somente a partir da Constituição de 1988 a discussão sobre a possibilidade de reparação desse tipo de dano foi assentada. “Sem dúvida, a Constituição de 1988 abriu as comportas represadas por tantas décadas no meio jurídico brasileiro, referentes ao dano moral.”⁶⁹

Por fim, cabe considerar que característica comum a todos os tipos de dano é a forma como via de regra ocorre a reparação. Em geral, independentemente de o dano ser monetariamente mensurável ou não, a forma de contraprestação a ele será dada por uma quantia em dinheiro. Ou seja, esse caráter patrimonial monetarista, torna a relação da Responsabilidade Civil uma relação patrimonialista por excelência.

3.3 – Funções da Responsabilidade Civil: Reparatória, Sancionatória e Preventiva

A responsabilização gera um dever de indenizar um dano e, como já destacado, essa reparação normalmente ocorre por meio de uma quantia monetária, mesmo que o dano ocorrido não seja diretamente um dano material. Recompôr o patrimônio do lesado à situação anterior à ocorrência do dano é uma

⁶⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203.

das funções que pode emergir da Responsabilidade Civil, é a função mais importante e primordial. Mas, reparar o dano não é a única função que se infere da aplicação da Responsabilidade Civil.

Como função reparatória, a Responsabilidade Civil tem no fato de reduzir todas as situações por ela tuteladas a uma quantia em dinheiro uma forma bastante coerente e cômoda de atuação do Direito. Mas, essa não é a única função da Responsabilidade Civil.

Para Fernando Noronha,⁷⁰ a Responsabilidade Civil exerce três funções: 1) a função reparatória: essa é a finalidade principal, seja para apagar o prejuízo causado, minorar o sofrimento impingido ou compensar pela ofensa. Essa, sem dúvidas, é a finalidade por excelência da Responsabilidade Civil. Consagrada no artigo 944 do Código Civil que dispõe: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”⁷¹. Essa é a função primordial quando se tratam de danos patrimoniais, pois, a reposição da situação anterior ao dano é o principal objetivo da Responsabilidade Civil. 2) A função sancionatória: essa função está ligada ao fato de que se impondo ao lesante um dever de reparação, ocorre também um sacrifício por parte deste que acaba sendo punido. Essa função sancionatória seria mais justificável em casos em que o dano não pode ser computado monetariamente, tais como, danos morais e dano a imagem. Mas, de qualquer forma, essa função deve ser reputada como secundária. 3) A função preventiva: essa está ligada diretamente à função sancionatória uma vez que impondo um dever de reparação, há um sacrifício por parte do lesante que será constrangido a não praticar novamente o dano. Mas, também, há função preventiva geral que impõe a coletividade um exemplo a não ser seguido sob pena de sofrer o mesmo constrangimento. Assim como na função sancionatória, a função preventiva de ser encarada como função secundária da Responsabilidade Civil.

Para Paulo Roberto Ribeiro Nalin, a Responsabilidade Civil baseia-se em dois pilares, quais sejam, o princípio da reparação integral dos danos e o papel

⁷⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 437 e ss.

⁷¹ Não será feito aqui análise que leve ao aprofundamento do tema tratando das formas de dano, tais como lucros cessantes, danos emergentes e “perda de chance”.

repressivo ao fato ilícito. Daquele depreende-se a função precípua da Responsabilidade Civil “que é a de colocar o lesado na situação em que se encontrava antes do fato danoso.” Deste depreende-se a função de prevenção geral e especial, que visa a inibição da repetição do ato ilícito seja pelo agente causador do dano, seja pela sociedade⁷².

Maria Celina Bodin de Moraes adota uma postura mais restritiva da função da Responsabilidade Civil. Para ela a função sancionatória caberia somente à Responsabilidade Penal, sendo assim, para a Responsabilidade Civil restaria apenas a função de reparação do dano. A autora citada, tratando especificamente dos danos morais, reconhece a possibilidade de um caráter punitivo à Responsabilidade Civil somente em casos muito especiais; tais como os casos de danos à direitos difusos⁷³.

Para essa corrente de idéias, qualquer que seja o tipo do dano, a reparação sempre voltar-se-á exclusivamente a recomposição da situação patrimonial do lesado, anterior ao dano. Na responsabilidade por dano material essa quantia refere-se à diminuição quantitativa do patrimônio do lesado. Já na responsabilidade por dano imaterial, essa quantia seria o equivalente, em dinheiro, ao dano causado ao lesado.

Essa discussão ganha importância quando se trata da fixação do montante da indenização. Considerando-se a reparação como função única, o *quantum* indenizatório fixa-se exclusivamente no equivalente à diminuição do patrimônio do lesado, com isso, restabelecendo o patrimônio deste ao *status* anterior do dano. Considerando-se a existência da função sancionatória, será preciso avaliar quais as condições patrimoniais do agente responsabilizado para mensurar-se o valor da indenização. Afinal, obrigar um rico a pagar uma quantia insignificante, para além do dano material, possivelmente não representará a melhor forma de inibi-lo a praticar novamente o mesmo ato. Obrigar um pobre a

⁷² NALIN, P. R. R. Obra citada. p. 36.

⁷³ MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 258 e ss. A autora ainda comenta: “... o novo Código Civil, em nenhuma de suas numerosas disposições sobre a responsabilidade civil contempla o caráter punitivo.” p. 217.

pagar uma quantia excessivamente alta, para além do dano material, pode não ser necessário para impor-lhe a sanção devida.

Pode-se observar que o assunto também é tratado pela jurisprudência. Para exemplificar, segue um exemplo de decisão que usa o binômio reparação/prevenção como meio de fixação do valor da indenização:

1) Ementa: I – Apelação Cível. Ação de Indenização. Manutenção de nome do consumidor em rol de inadimplentes. Dívida paga. (...) III – Inobservância de prazo razoável para a exclusão do nome do consumidor, do rol de inadimplentes. Dano Moral caracterizado. Indenização devida. Precedentes do STJ. (...) IV – O valor da indenização que atende o binômio da compensação daquele que sofre o dano e da prevenção relativamente ao causador (...) e o valor da indenização foi fixado de forma razoável atendendo o binômio daquele que sofre o dano e da prevenção relativamente ao causador; (...) - Publique-se. Curitiba, 30 de abril de 2007.⁷⁴

A responsabilidade individual por culpa é a regra geral do sistema da Responsabilidade Civil do direito moderno e, portanto, regra geral do nosso direito atual. Nesse contexto, a Responsabilidade Civil se destaca como mecanismo de concretização de justiça retributiva, voltada à tutela de bens materiais, ideal em um ordenamento que tem a proteção do patrimônio material, a individualidade e a liberdade como elementos centrais. A reparação do dano serve, diante de tal cenário, como mecanismo de assegurar ao indivíduo sua incolumidade patrimonial.

Discutir as funções da Responsabilidade Civil se torna importante quando vêm à baila os novos paradigmas sob os quais o direito civil vem tomando assento, quais sejam: os princípios positivados na Constituição Federal de 1988. Nessa nova ordem modifica-se o caráter da Responsabilidade Civil e desenvolve-se nela um sentido voltado à justiça distributiva. Com a primazia de bens não patrimoniais na órbita jurídica do indivíduo, a reparação não representa mais a função mais importante da Responsabilidade Civil, afinal reparar o dano a um bem de valor não mensurável pode não representar a melhor forma de proteção desse bem. Por isso, a função repressiva pode representar uma melhor adequação à

⁷⁴ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível. Relator Jorge de Oliveira Vargas. Acórdão de 09/05/2007. Publicação no DJ 7368.

efetividade da Responsabilidade Civil no tocante à proteção de bens imateriais, os quais podem ter na prevenção resultados mais efetivos do que na reparação.

3.4 – Responsabilidade por culpa

Durante muito tempo a teoria da culpa foi o único fundamento da imputação do dever de reparação de danos, tanto que, até nos dias atuais alguns autores insistem na proposta de que “sem culpa, nenhuma reparação”⁷⁵.

Foram os franceses os grandes contribuintes para o desenvolvimento da Responsabilidade Civil do direito moderno e atual. Para eles, a culpa sempre foi o fundamento para a responsabilização. A partir do Código de 1804, essa doutrina se espalhou por grande parte da legislação do mundo. Essa a foi opção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Inspirado pelos Códigos modernos, diretamente pelas ordenações portuguesas e assim reflexamente pelo Código Civil Napoleônico, o Código Civil de 1916 adotou a teoria da culpa como principal fundamento da responsabilização civil.

A culpa, elemento essencial para a responsabilização em caso de dano, decorre da violação de uma conduta moralmente aceita e exigida como regra geral da sociedade. Para a prof^a Maria Celina Bodin de Moraes, o princípio do *neminem laedere* formou a base das relações sociais, tornando-se um dever jurídico primordial. Dessa forma, desde antes das codificações, a imputação da responsabilidade tem como fundamento natural a violação da obrigação de não prejudicar a outrem. Sustentado pelo princípio da liberdade, este sim, contribuição da Modernidade, emergiu a noção de que somente havendo liberdade no ato do causador do dano, haverá possibilidade de imputação do dever de indenizar. Argumento favorável a essa noção é o de que, em casos fortuitos não há como se imputar responsabilidade.

Desta nuance surgem dois corolários: “primeiro, não se é responsável se o dano foi causado pelo fortuito, ou pelo próprio ofendido, quando então caberá à

⁷⁵ Fórmula proposta por Von Ihering.

vítima suportá-lo; segundo, quando tiver havido vontade (culpa) e daí surgir o dano, a consequência deverá ser a reparação do dano todo.”⁷⁶

A noção de que o indivíduo é livre e responsável por suas atitudes, primado da Modernidade, era a forma de garantir ao ser humano seu mais efetivo e pleno desenvolvimento. Segue, que, se das ações que derivam da liberdade decorrer danos a outrem, o indivíduo que causou o dano fica obrigado a repará-lo.⁷⁷

Para a Modernidade e para o Direito que nos foi legado deste período, a Responsabilidade Civil por culpa disciplinava as relações sociais de forma muito adequada aos princípios vigentes e desejados pela burguesia. A exigência da culpa pode ser vista como forma de proteção patrimonial aos componentes da sociedade, uma vez que não havendo imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano, não haverá o dever de indenizar. Assim, resguarda-se a obrigação de ressarcir o dano de outrem somente nos casos em que o dano sofrido tiver sido originado por culpa do agente causador do dano.

Como já mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro baseou-se na teoria da culpa para a fundamentação da responsabilidade. No Código Civil de 1916, há prevalência da culpa como regra geral de imputação da responsabilidade, mas essa não é a única forma prevista no diploma. O legislador brasileiro teve alguns, poucos é verdade, avanços em relação às previsões legais modernas. Ele previu casos específicos de responsabilidade independentemente de culpa. Conforme expressa Alvino Lima ao tratar da opção que o legislador de 1916 fez sobre a teoria da culpa: “[...] o legislador brasileiro, consagrando a teoria da culpa, nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tivesse acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações, como seria de desejar.”⁷⁸

O Novo Código Civil também tem como base de fundamentação da imputação da responsabilidade a doutrina subjetiva (culpa). A cláusula geral do

⁷⁶ MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 203-208.

⁷⁷ Mazeaud. Apud: MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 44.

⁷⁸ Alvino Lima, apud: DIAS, J. de A. Obra citada. p. 62.

artigo 927 apresenta no ato ilícito, definido pelos artigos 186 e 187, o fato gerador da responsabilidade. Entre os elementos do artigo 186, a culpa está inserida nos termos negligência e imprudência.

Para Carlos Alberto Menezes e Sérgio Cavalieri Filho, dos artigos supracitados, pode-se aferir os pressupostos da Responsabilidade subjetiva quais sejam: “Há um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária, o que fica patente pela expressão ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária’; um elemento subjetivo, que é a culpa *lato sensu* indicado pelos vocábulos ‘negligência ou imprudência’; e há, ainda um elemento causal-material que é o dano e a respectiva relação de causalidade, expresso nos verbos ‘violar direito e causar dano a outrem’.”⁷⁹

Atenção importante deve-se dar a esse ponto no que se refere ao caráter individualista tomado pela Responsabilidade subjetiva. A culpa exigida para a imputação da responsabilidade deve ser provada por quem a alega, e esse é um dogma herdado desde antes da Modernidade e que, também a partir dela, foi aplicado. A vítima de um dano qualquer, para obter a reparação, deve oferecer prova de pelo menos três elementos: o dano; a culpa e a relação de causalidade entre o ato do ofensor e o dano. Sem a prova desses três elementos não há possibilidade de indenização. Em muitos casos, isso leva a imposição de um peso muito grande sobre os ombros do lesado, que deve arcar com o ônus da prova de suas alegações.

4 – Responsabilidade Civil Objetiva, constitucionalização da Responsabilidade Civil e a proteção da vítima do dano injusto

Desenvolvimento relativamente recente da doutrina e jurisprudência já adotado em certa medida por alguns diplomas legais, a responsabilidade civil objetiva representou uma conquista, alargando as possibilidades de

⁷⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

responsabilização, garantindo que inúmeras situações, não amparadas pela doutrina subjetiva, pudessem receber o devido tratamento jurídico.

Nessa seção, tratar-se-á das principais teorias que levaram à fundamentação da responsabilidade independente da culpa, encaminhando para uma perspectiva de fundamentação da mesma a partir de princípios ligados à ordem constitucional vigente. Assim como todo o Direito Civil, a Responsabilidade Civil também deve ser estudada a partir dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente os princípios garantidos na Constituição Federal de 1988. Para isso, serão usadas, principalmente as idéias desenvolvidas pela professora Maria Celina Bodin de Moraes a respeito da Responsabilidade Civil objetiva à luz do direito civil constitucional.

4.1 – Surgimento da Responsabilidade Civil Objetiva

Com o desenvolvimento das sociedades modernas as situações nas quais a Responsabilidade Civil precisava ser aplicada tornaram-se mais complexas. Reflexo disso foi que a teoria subjetiva não conseguiu mais, pelo menos com acerto técnico, dar conta de responder às demandas da sociedade, mostrando-se insatisfatória. Diante disso, outras formas de imputação do dever de indenizar tiveram de ser desenvolvidas. A teoria da culpa, fundamento único da responsabilização no direito moderno, precisou aceitar que novos eventos surgiam na vida da sociedade e para estes, seus dogmas não seriam suficientes.

Com isso a imputação da responsabilidade ganhou uma série de novas possibilidades. Nas palavras do professor Rodrigo Xavier LEONARDO: “[...] cada vez mais, [...] o dever de indenizar é proveniente de uma *imputação*, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das *externalidades* provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão à determinada conduta ou atividade.”⁸⁰

⁸⁰ LEONARDO, R. X. Obra citada. p. 265.

Essas transformações que ocorreram na sociedade moderna foram resultados de diversos fatores, tais como: o desenvolvimento da indústria, a mecanização, as tecnologias de utilização da eletricidade e das radiações, o uso de ferramentas com poderes para desenvolver forças brutais, a velocidade dos deslocamentos, enfim, estes são apenas exemplos, mas, revelam como a vida moderna aumentou o convívio do homem com a insegurança e a incerteza. Os acidentes na sociedade industrializada passaram a ter um caráter de naturalidade no curso das atividades. São danos que acontecem de forma inevitável e que, de certa forma, podem ser estatisticamente calculáveis pelo homem. Resultados que a vida moderna propiciou e que impuseram a necessidade de mudanças nas formas de pensar a responsabilização, sob pena de tornar alguns tipos de danos irreparáveis.

Em outras palavras, o maquinismo resultante da crescente industrialização, o aumento na complexidade das relações sociais e as inúmeras invenções desenvolvidas pela tecnologia criaram a demanda por novas teorias de imputação da responsabilidade. Numa realidade como a descrita, a imposição do ônus de provar a culpa poderia se tornar uma barreira intransponível aos indivíduos que por fim teriam de arcar com os prejuízos decorrentes de atividades corriqueiras e cotidianas. Assim, essas novas formas de imputação propiciariam maior proteção às vítimas de danos.

Para Orlando GOMES: “O teor da vida moderna mostrou a insuficiência da idéia de *culpa* para legitimar o dever de indenizar prejuízos dignos de reparação que, todavia, não resultam de atos ilícitos propriamente ditos. Multiplicam-se, com efeito, as situações nas quais precisa alguém obter reparação do dano sofrido sem que haja a quem se possa atribuir a *responsabilidade* do fato danoso, no sentido genuíno da palavra, mas a quem, por outras razões, se pode determinar a obrigação de ressarcir-lo.”⁸¹

A Modernidade também assistiu a um processo de laicização do mundo. Com ele, mecanismos religiosos e místicos usados como forma de eliminação da responsabilidade dos danos decorrentes de situações em que não existia a

⁸¹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. p. 278-279.

possibilidade de prova da culpa foram eliminados. A responsabilidade se tornou uma questão de pura e exclusiva justiça humana e o homem passou a ser menos suscetível às ilusões dos discursos ideológicos.⁸²

Diante disso, muito se discutiu sobre a possibilidade de outras formas de imputação do dever de indenizar. Para Alvino LIMA:

“Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa [...] não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico [...]”⁸³

A responsabilidade desde sua origem assentava-se exclusivamente na noção de culpa e, não foi repentinamente que esse fundamento partilhou seu posto com as novas idéias que surgiam. O processo de surgimento de outros fundamentos para a imputação do dever de indenizar ocorreu gradativamente, sem um descolamento imediato da base até então desenvolvida. Assim sendo, a jurisprudência, a doutrina e o legislador lançaram mão de fundamentações que

⁸² JOSSERAND. Luis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 86, p. 548 – 559, junho de 1941. p. 550. “[...] quando um acidente sobrevém, em que à vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentiremos presos de um mal estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz da alma. Talvez provenha isto da sensibilidade apurada, seja o efeito duma emotividade inerente a um excesso de cultura e de civilização; mas, em todo caso, é altruísmo; vale mais ainda, com certo personagem do teatro de IBSEN, ter uma consciência enferma, do que não ter absolutamente consciência. Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem no seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se o quiserem, o acidente não nos aparece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem. Se a palavra não fosse um pouco forte, diria com gosto que secularizamos a responsabilidade, que a fizemos um caso de pura justiça humana, para vigorar no quadro da nossa comunidade social, na conformidade do equilíbrio dos interesses e dos direitos e para satisfação da nossa consciência jurídica; e isto, convireis sem dúvida, é uma bela e nobre tarefa que foi executada no curso de menos de meio século.”

⁸³ DIAS. J. de A. Obra citada. p. 64 - 65.

giraram em torno da velha e persistente culpa para justificar a imputação do dever de indenizar nos casos que excetuavam a regra da imputação subjetiva.

Nessa esteira surgiu a chamada corrente objetivista⁸⁴. Encabeçada por Saleilles e Josserand, tentaram assentar a indenização no conceito material de fato danoso e conciliar a responsabilidade objetiva com o Código Civil napoleônico, fundado na teoria subjetiva. Para Rui Stoco os juristas franceses (Gaston Morin, Saleilles, Josserand, Georges Ripert), salvo os irmãos Mazeaud, passaram a trabalhar em busca de técnicas capazes de abarcar melhor os casos de imputação do dever de reparação de danos. Nessa busca tem início o germe da doutrina objetiva.⁸⁵

Na França, essa discussão iniciou por volta de 1896, com a Corte de Cassação francesa decidindo pela obrigação de um empregador de reparar os prejuízos causados a um empregado pela explosão de uma caldeira. Nessa ocasião, a jurisprudência criou regra de responsabilidade pelo fato das coisas, de tal forma que o proprietário deve assumir o risco pelo acidente decorrente do trabalho.

Em comentário sobre a decisão da corte francesa, Raymond SALEILLES, fez notar que “[...] em determinados casos, como nos acidentes de trabalho, exigir da vítima a prova da culpa equivalia a não ressarcir o dano, pela própria impossibilidade de se demonstrar uma qualquer individualização de culpa.”⁸⁶

No Brasil esse movimento começou com o crescente aumento da utilização dos transportes ferroviários e conseqüente aumento dos acidentes deles decorrentes. Promulgou-se, em 1912, o Decreto 2.681 que abriu a primeira exceção à regra do princípio da culpa.⁸⁷ Após, vieram inúmeros outros diplomas legais que implementaram a responsabilidade objetiva nas áreas de acidente de trabalho (Decreto Legislativo 3.724), mineração (Decreto lei 227/67), acidentes de

⁸⁴ PEREIRA, C. M. da S. Obra citada. p.366.

⁸⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

⁸⁶ MORAES. M. C. B. de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 854. p. 11 – 37. dez 2006. p. 13.

⁸⁷ Nesse diploma, o legislador usou a expressão “culpa presumida”, o que não representa uma forma pura de imputação objetiva de responsabilidade. Posição contrária a isso é a da professora Maria Celina Bodin de Moraes, que diz que o diploma abriu exceção ao princípio da culpa e assentou a responsabilidade toda no âmbito do risco criado ao viajante, embora o legislador tenha usado a expressão “presumida”.

veículos (leis 6.194/74 e 8.441/92), atividades nucleares (lei 6.453/77), atividades lesivas ao meio ambiente (lei 6.938/81), transportes aéreos (lei 7.565/86) e relações de consumo (CDC, artigo 12 e 14).

Com o trabalho da jurisprudência e da doutrina, aumentou-se o alcance da aplicação da responsabilidade objetiva (ainda que não caracteristicamente uma responsabilidade puramente objetiva), por meio da presunção de culpa e da facilitação da sua prova. No mesmo sentido vai o disposto no artigo 1.529 do Código Civil de 1916, que já previu a responsabilidade sem culpa por coisas lançadas ou caídas e, também, a defesa de doutrinadores como Orlando Gomes, José de Aguiar Dias e Silvio Rodrigues⁸⁸ que levaram nesse mesmo caminho a responsabilidade pelo fato de animais (artigo 1.527 do Código Civil de 1916) e a responsabilidade decorrente de ruína (artigo 1.528 do Código Civil de 1916).

A Constituição Federal de 1988 criou alguns casos de responsabilidade objetiva, mas foram muito restritos e voltados à responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por suas atividades ou por atividades de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Até 2002, a regra que se aplicava à Responsabilidade objetiva era a de que somente nos casos previstos expressamente pelo legislador, como passíveis de responsabilidade sem culpa é que poderiam, dessa forma, serem aplicados. Com o novo Código Civil, previu-se no artigo 927, parágrafo único uma regra geral de responsabilidade objetiva. Este parágrafo diz: “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.”

Com isso criou-se, pela primeira vez, uma regra geral de responsabilização objetiva, ainda muito confusa por apresentar conceitos amplos, mas, um passo muito significativo para a implementação e desenvolvimento da Responsabilidade Civil voltada à concretização e estabilização da sociedade contemporânea, à garantia dos direitos do lesado e à efetivação da solidariedade, princípio tão aclamado pela ordem constitucional vigente.

⁸⁸ MORAES, M. C. B. de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. p. 14.

4.2 – Desenvolvimento da doutrina objetivista e as teorias tradicionais que fundamentam a Responsabilidade Civil Objetiva

Diversos foram os meios pelos quais os juristas adeptos da doutrina objetivista tentaram explicar e aplicar a responsabilidade independente da prova da culpa.

Dentre eles, devem ser destacados os trabalhos dos pensadores germanos, que trabalharam na tentativa de sistematizar a doutrina objetiva. Para tanto, realizar-se-á um breve apanhado dos princípios desenvolvidos pelos pensadores germânicos no anseio de criar mecanismos para a fundamentação dos casos em que a doutrina subjetiva não conseguiria dar respostas satisfatórias:

1) princípio do interesse ativo: destacam-se nessa corrente Vítor Mataja, Adolfo Merkel, Unger e Rodolfo Merkel. Nas palavras deste último, o princípio pode ser reduzido à proposição: “[...] quem desenvolve em seu próprio interesse uma atividade qualquer deve sofrer as conseqüências dela provenientes.”⁸⁹

2) princípio da prevenção: “[...] consiste em não admitir a exoneração da pessoa a quem se atribui a responsabilidade, enquanto não prove que o fato, aparentemente imputável a si, é, na realidade resultado de uma causa exterior e estranha à sua atividade, e impossível de ser por ela afastada.”⁹⁰ Essa idéia tem origem na dificuldade do lesado de provar a responsabilidade do agente, o que está fortemente ligado à insuficiência das regras processuais que visem a favorecer a produção da prova da responsabilidade.

3) princípio da equidade: para esse princípio, a situação econômica das partes é imprescindível para o estabelecimento da reparação do dano de forma eqüitativa. “Se a pessoa que causa o dano é economicamente forte, alarga-se o campo em que se enquadra a responsabilidade, mormente se o lesado é pouco afortunado; na situação oposta, restringe-se e se exclui, até, a ação de

⁸⁹ DIAS. J. de A. Obra citada. p. 68.

⁹⁰ DIAS. J. de A. Idem. p. 68.

indenização, desde que o autor do dano tenha agido sem malícia ou culpa grave.”⁹¹

4) princípio da repartição do dano: esse princípio tem como fonte a idéia proposta por Bentham de que o danos seria reparado por um seguro ou a cargo do Estado. Esta idéia desvirtua a do princípio da prevenção, pois, acarretaria uma menor prudência e diligência por parte dos componentes da sociedade em virtude da existência de um seguro garantidor.

5) princípio do caráter perigoso do ato: esse princípio tem como base o perigo que o homem cria para seu próximo ao desenvolver suas atividades. Principal exemplo seria o risco criado pelo industrial ao trabalhador ou aos integrantes da comunidade vizinha à indústria.

Apesar da contribuição alemã, foram os franceses os maiores divulgadores da doutrina objetivista, diante de um Código que prescrevia a culpa como elemento essencial da responsabilidade civil. O Código napoleônico. Os pensadores franceses precisaram encontrar formas de harmonizar a doutrina objetiva com a lei civil.

Conforme já ressaltado, o surgimento da doutrina objetiva não ocorreu por meio de um salto quântico, mas, por um paulatino e lento processo de desenvolvimento teórico. A culpa, elemento até então imprescindível à imputação da responsabilidade, continuou a ser exigida, no entanto, nos casos em que a sua prova poderia se tornar uma barreira intransponível, mecanismos foram criados para permitir que inúmeros casos de danos pudessem ter uma reparação. Mecanismos esses que permitiram a aplicação da Responsabilidade Civil subjetiva mesmo nos casos em que não era possível a prova da culpa.⁹²

Uma dos mecanismos usados foi a facilitação da admissão da culpa. Esse mecanismo foi concretizado e desenvolvido por meio das teorias do abuso de direito⁹³ e da culpa negativa.⁹⁴ Com elas a prova da culpa ocorre de forma mais

⁹¹ DIAS. J. de A. Idem. p. 69.

⁹² JOSSERAND. L. Obra citada. 548 e ss.

⁹³ “Consiste, essencialmente, no princípio de que o exercício de um direito não é, de nenhum modo, incompatível com a noção de culpa. ...Os direitos não nos são concedidos para que façamos uso deles discricionariamente, para prejudicar a outrem. Quanto tal acontece, estão sendo desviados do seu fim e isso é abuso de direito ...” DIAS. J. de A. Obra citada. p. 79.

simplificada e mais fácil ao lesado. Pela primeira, basta a demonstração do abuso do direito do causador do dano para comprovar que houve a prática de uma falta culposa e de consequência a responsabilidade. Pela segunda, a falta da prática de atos que se impõem como obrigatórios levam ao desvelar da falta culposa e assim da responsabilidade.

Outro mecanismo foi o da presunção da culpa. Conforme Rui STOCO: "Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado".⁹⁵ Esse mecanismo criado pela doutrina foi, posteriormente, positivado em diplomas legais. No Brasil, destacam-se o Decreto 2.681 e Código Brasileiro do Ar⁹⁶. Não somente por meio de presunções legais a culpa era acrescentada às relações jurídicas geradoras de responsabilidade, também por meio de presunções declaradas pelos tribunais.

Esse alargamento da responsabilidade não representou puramente uma aplicação da Responsabilidade Civil objetiva. Tanto a facilitação da admissão da culpa quanto a presunção de sua existência, são mecanismos que indicaram a

⁹⁴ Na teoria da culpa negativa o que gera a culpa é a "abstenção ou inércia contrária a dever preestabelecido." DIAS, J. de A. Obra citada. p. 80.

⁹⁵ STOCO, R. Obra citada. p. 149

⁹⁶ Decreto 2.681/1912: artigo Art. 1º - "As estradas de ferro serão responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar. Será sempre presumida a culpa e contra esta presunção só se admitirá alguma das seguintes provas: 1ª - caso fortuito ou força maior; 2ª - que a perda ou avaria se deu por vício intrínseco da mercadoria ou causas inerentes à sua natureza; 3ª - tratando-se de animais vivos, que a morte ou avaria foi consequência de risco que tal espécie de transporte faz naturalmente correr; 4ª - que a perda ou avaria foi devida ao mau condicionamento da mercadoria ou a ter sido entregue para transportar sem estar encaixotada, enfardada ou protegida por qualquer outra espécie de envoltório; 5ª - que foi devido a ter sido transportada em vagões descobertos, em consequência de ajuste ou expressa determinação do regulamento; 6ª - que o carregamento e descarregamento foram feitos pelo remetente ou pelo destinatário ou pelos seus agentes e disto proveio a perda ou avaria; 7ª - que a mercadoria foi transportada em vagão ou plataforma especialmente fretada pelo remetente, sob a sua custódia e vigilância, e que a perda ou avaria foi consequência do risco que essa vigilância devia remover".

Código Brasileiro do Ar (hoje conhecido como Código Brasileiro de Aeronáutica: Art. 256. "O transportador responde pelo dano decorrente: I - de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque; II - de atraso do transporte aéreo contratado".

necessidade da superação da teoria da culpa como única forma de imputação de responsabilidade.

A doutrina objetiva ganhou sua verdadeira identidade quando desenvolveu-se com fundamento na teoria do risco. A partir dessa, chamada por Josserand de verdadeira, “revolução”, a Responsabilidade Civil ganhou novos contornos, não mais a culpa era o único fundamento para a imputação da responsabilidade de ressarcir danos causados a outrem, mas, a realização de um risco para a sociedade acarretava a responsabilização do causador do risco pelo simples acontecimento do dano.

Nessa mesma teoria se funda SALEILLES que, ao lado de Josserand, foram os precursores da doutrina objetiva na França. Para aquele:

“A lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. Não poderia proibir aqueles que apenas trazem em si a virtualidade de atos danosos, [...], se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados de culpa. [...] Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles (nem vítima, nem causador). Qual seria, então, o critério de imputação do risco? A lei exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. [...] A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco.”⁹⁷

Essas são as principais teorias que fundamentaram a doutrina objetiva no direito francês, mas, isso não retira o prestígio de outros teorizadores que também contribuíram, mesmo que de forma menos intensa, com algumas construções. Dentre eles pode-se destacar:

Ripert, com a teoria do ato normal, segundo a qual a irresponsabilidade se dá pelo agir do autor de acordo com as condições normais de sua época e de seu meio.

Gaudemet, que considera o risco criado pela atividade anormal (ato socialmente anormal), e dessa atividade decorre a responsabilidade independente de qualquer elemento subjetivo.

⁹⁷ DIAS. J. de A. Obra citada. p. 77.

Veniamin (fator econômico) com a teoria de que o risco é fundamento da responsabilidade sempre que possa considerar essencial à atividade econômica.

Emmanuel Levy (critério da confiança), a responsabilidade surge do fato de que para agir o ser humano precisa confiar no próximo. Quando essa confiança legítima é enganada, ocorre a culpa.

Geny e Demogue, partindo do artigo 1.382 do Código Civil Francês, declaram que se esse dispositivo prescreve uma responsabilidade positivada, não prescreve formalmente que o risco não possa gerar responsabilidade.

Teisseire, partindo de um princípio de causalidade em que o dano é um fenômeno derivado da colisão de atos das duas partes, as conseqüências devem ser repartidas pondo em xeque o fundamento da culpa como de teor absoluto.⁹⁸

De modo geral, a teoria do risco é a teoria mais aceita quando se trata de responsabilidade independente da culpa. Ela representa uma tendência do direito privado atual, já descrita no segundo capítulo deste trabalho, que é o da relativização de princípios do direito civil moderno e a permeação neste ramo de princípios que valorizam a pessoa humana, tornando o individualismo e o patrimônio elementos secundários das relações privadas.

Diante dos inúmeros casos de acidentes provocados pelas criações da vida moderna, a responsabilização objetiva passou a ser uma forma de garantir que os danos que deles decorressem pudessem ser indenizados. Garantindo assim efetividade aos princípios baseados na Dignidade da Pessoa Humana e garantindo que os indivíduos, componentes da coletividade, tenham um mínimo de segurança para viver em uma sociedade de risco⁹⁹.

⁹⁸ DIAS, J. de A.. Idem. p. 83-85.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, v. 9, nº 29, p. 233 – 258. jul/dez 2006. p. 236. Conforme palavras de Ulrick Bech citado por Maria Celina Bodin de Moraes: “Sociedade de risco deve ser entendida como aquela surgida no período posterior ao século XIX, período em que as certezas absolutas, respaldadas na fé cega pela racionalidade da humanidade, foram subjugadas. No direito, a segurança que era representada por delineamentos legislativos fechados e pretensamente completos, deram lugar às cláusulas gerais e aos princípios com os quais o jurista deveria interpretar-aplicar a lei”.

4.3 – Princípio da Solidariedade na Responsabilidade Civil objetiva

Ao contrário do século XVIII e XIX, o século XX é marcado pelo desenvolvimento de um crescente espírito coletivo na sociedade. Os valores até então predominantes, que visavam a preservação da liberdade, da igualdade e da individualidade deram lugar a novos valores. Essa mudança representa uma tentativa de superação das insuficiências da modernidade e das barbáries resultantes de seus valores.

O coletivismo e com ele a solidariedade se tornaram princípios vertentes nos Estados democráticos. As relações sociais e jurídicas passaram a receber essa nova carga de valores que não se restringiam àqueles que a Modernidade reconhecia como suficientes para o pleno desenvolvimento do ser humano. Diante desse novo paradigma, o direito de ser homem não mais se restringia ao direito da não intervenção de outrem, mas se tornou o direito a ajuda mútua para conservação da humanidade de todos.

Maria Celina Bodin de MORAES, parafraseando um trecho da obra “Entrevista sobre o fim dos tempos” relata de forma muito clara essa realidade dizendo:

“Se o século XIX foi, reconhecidamente, o século do triunfo do individualismo, da explosão de confiança e orgulho na potência do indivíduo, em sua criatividade intelectual e em seu esforço particular, o século XX presenciou o início de um tipo completamente novo de relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade social – consequência da reviravolta, na consciência coletiva e na cultura de alguns países europeus, decorrente das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Grande Guerra.”¹⁰⁰

Juridicamente esses novos valores foram introduzidos com a positivação de princípios nas Constituições do século XX. Delas depreende-se a especial prevalência dada aos valores existenciais do ser humano. No Brasil essa tendência ganhou corpo a partir de 1988, com o estabelecimento dos direitos fundamentais centrados no princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Esses

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. Apud: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella; NASCIMENTO, Firly (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-190.

direitos refletem a demanda da sociedade brasileira por maior respeito ao homem, à democracia e aos valores extrapatrimoniais, tão pouco internalizados pelo capitalismo selvagem moderno.¹⁰¹

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º - I, estatui como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Estes são, portanto, princípios que balizam a ordem jurídica brasileira. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, no Brasil, a única referencia jurídica à expressão solidariedade era a que tratava das relações obrigacionais solidárias, ou seja, nada tinha a ver com a concepção que hoje se pretende dar ao termo, como ver-se-á adiante. A partir do disposto no artigo 3º, I da Constituição Federal, a solidariedade foi positivada como princípio do Estado brasileiro ganhando um significado nada parecido com aquele previsto até então pelo Código Civil.

O termo solidariedade pode apresentar variadas concepções dependendo do ponto de partida que se toma para estudá-lo. Veja-se alguns deles:

O homem vive em sociedade e apesar de cada indivíduo apresentar suas peculiaridades que conformam suas essências, a coletividade é que constitui o ser humano. A coletividade é condição de existência do ser humano que não pode existir como uma “célula” auto-suficiente. Nas palavras de Hannah ARENDT: “Quem habita este planeta não é o Homem, mas os homens. Pluralidade é a lei da terra.”¹⁰² Nestes termos, a solidariedade é a forma de expressão de um fato social, pois, somente é possível pensar o homem como integrante de um grupo, que compartilha com os demais integrantes da coletividade uma mesma época e uma mesma história. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes dessa solidariedade de fato é possível diferenciar ‘uma sociedade de uma multidão’¹⁰³.

¹⁰¹ MORAES, M. C. B. de. *O Princípio da Solidariedade*. p. 167-190. “De acordo com que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração do nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do país, buscando melhorar a qualidade de vidas de todos os seus cidadãos.”

¹⁰² ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 9ª ed., Rio de Janeiro - São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 188.

¹⁰³ MORAES, M. C. B. de. *O Princípio da Solidariedade*. p. 167-190.

Outra concepção de solidariedade, agora como valor, decorre da existência de interesses comuns, imprescindíveis à existência da igualdade. Como corolário da conjugação de interesses, surge um dever geral de “não fazer aos outros, o que não deseja que lhe seja feito”, numa espécie de dever de reciprocidade indispensável à convivência em comunidade.

Solidariedade também pode ter outros significados. Pode ser, uma virtude ético-teológica decorrente de valores cristãos ligados à noção de fraternidade (todos oriundos de um mesmo pai). A forma de exteriorizar-se dessa virtude é por meio da caridade, do assistencialismo e da filantropia. Esta é a noção oitocentista de solidariedade, período em que a liberdade e a individualismo eram os princípios centrais editados nos Códigos Civis, e estes formavam o cerne do ordenamento jurídico de grande parte dos países ocidentais, sendo a solidariedade uma expressão de caridade e benevolência nada condizentes com a noção de solidariedade decorrente das obrigações do direito moderno.

A solidariedade pode também estar ligada a um comportamento pragmático. Essa noção de solidariedade funda-se na idéia de interesse e no valor prático da cooperação solidária. As ações humanas diárias são determinadas por um interesse pessoal consciente de cada um. A partir disso, pode-se pensar que do agir solidário, espera-se outra ação solidária. Diante de uma atitude “não-solidária” pode-se escolher em agir também de forma “não-solidária”, ou de agir de forma solidária. Mas o que se busca em uma sociedade equilibrada é a solidariedade e, portanto, boas atitudes de todos, evitando perdas para a coletividade.¹⁰⁴

Apesar das várias possibilidades de concepções de solidariedade, a Constituição Federal de 1988 busca a definição do princípio da solidariedade como um “... conjunto de instrumentos voltados para garantir a existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”¹⁰⁵ Em outras palavras, pode-se extrair que a intenção do artigo 3º, I, quando fala em solidariedade é buscar a motivação da

¹⁰⁴ MORAES, M. C. B. de . *O Princípio da Solidariedade*. p. 167-190.

¹⁰⁵ MORAES, M. C. B. de . *O Princípio da Solidariedade*. p. 167-190.

coletividade para uma atuação conjunta com o Estado no intuito de, por meio de uma justiça distributiva, voltar-se contra as desigualdades materiais, reduzindo os desequilíbrios sociais, possibilitando a inclusão dos menos favorecidos no processo democrático e buscando a melhora da qualidade de vida de todos os cidadãos.

Os princípios hoje consagrados na Constituição são dotados de normatividade, como são as regras em geral. Essa é a posição de grande parte da doutrina constitucionalista mais atual¹⁰⁶. Por isso, o princípio da solidariedade não é apenas um princípio programático, mas, tem força normativa e deve ter aplicabilidade direta nas situações da vida em sociedade. Esse também é o entendimento de Gustavo Tepedino.

Como salienta Pietro Perlingieri, a solidariedade vertida das Constituições do século XX, não diz respeito ao solidarismo invocado para a manutenção do Estado ou para o bem individual, escolhido de modo democrático ou imposto por autoritarismos, mas, diz respeito ao solidarismo voltado à atuação no desenvolvimento da pessoa, interpretado conjuntamente aos princípios da igualdade e da igual dignidade social¹⁰⁷.

A Responsabilidade Civil fincada sob a ideologia liberal tinha na reparação do patrimônio individual do lesado seu foco principal sendo que o indivíduo praticante de um ato ilícito e culpável era elemento imprescindível para a imputação da responsabilidade. Com o advento dos novos modelos de constituição democrática do século XX o foco principal do Direito Civil deixou de ser a vontade individual e as situações patrimoniais, os quais deram lugar à dignidade humana e as situações existenciais. O indivíduo deixou de ser o centro

¹⁰⁶ Para ler mais sobre o assunto ver: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., revista e atualizada, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255 e ss.

¹⁰⁷ PERLINGIERI, P. Obra citada. p. 26 e ss. Para o autor, uma das interpretações mais avançadas de Igual Dignidade Social é como um “[...] instrumento que ‘confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.’” A igualdade é tratada pelo autor como igualdade formal: “[...] os cidadãos têm ‘igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião políticas, de condições pessoais e sociais[...]’”. E como igualdade substancial, sendo que por esta “[...] é ‘tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.’”

de vontades absolutas e passou a ser pensado em um ambiente social em que todos colaboram para a plena realização do grupo. Nessa ordem de valores, o princípio da solidariedade exerce papel importante ao passo que é por ele que se possibilita a sociabilização da multidão. Assim, também na Responsabilidade Civil os novos valores consagrados como cerne dos sistemas jurídicos contemporâneos geram reflexos. A responsabilização independente da culpa revela a preocupação do sistema com a proteção dos componentes de uma sociedade em que o risco decorre das relações cotidianas. A incapacidade da individuação da culpa e a necessidade do ressarcimento dos danos decorrentes de fatos que beneficiam toda a coletividade (a tecnologia), levaram ao desenvolvimento de fundamentos de imputação do dever de reparar o dano evitando que o lesado fosse o único a sofrer os prejuízos de um dano.

4.4 – Mudança de foco: Da conduta ilícita do agente à proteção da vítima do dano

A Responsabilidade Civil decorrente da culpa, concebida desde os povos antigos e depois aperfeiçoada pela Modernidade, tem seu foco nodal na prática de um ilícito civil (ou seja, contrário à lei). Para essa corrente, o primeiro passo para a imputação de um dever de reparar um dano verifica-se na presença de uma conduta ilícita do agente causador do dano. Não obstante a existência de outros requisitos condicionantes da imputação da responsabilidade, tais como a culpa, o dano e o nexo de causalidade, a ocorrência de um ato ilícito é o início da implementação da Responsabilidade Civil subjetiva.

A tradição moderna de positivação e completude das regras de direito (suficientes como *standard*) pretendeu ajustar inteiramente as previsões legais às condutas possivelmente verificáveis na realidade. Diante de um direito descritivo e positivado como este, a base da responsabilização decorria da prática de atos contrários àqueles que o legislador havia previsto como corretos. Mas isso nem

sempre foi possível, afinal, as leis têm caráter estável e são restritas à ferramenta da linguagem, enquanto a realidade é mutante e infinitamente composta.¹⁰⁸

No cenário dos séculos XIX e XX, a complexidade da vida contemporânea se tornou incompatível com a estrutura codificada do direito moderno. O trabalho do legislador apresentou-se incapaz de supor uma infinidade de circunstâncias que decorreriam da realidade. Conseqüência disso foi a crescente demanda pela criação de leis que levaram a uma inflação legislativa e a criação de microssistemas de leis. Mas, ainda assim, incompatíveis com a infinitude da realidade fática.

Outra opção feita pelo legislador foi a de lançar mão da técnica legislativa das cláusulas gerais, como forma de superar o problema da incompletude legal. Com isso, caberia ao aplicador do direito extrair do preceito legal e dos preceitos fundamentais a solução mais justa para o caso concreto.¹⁰⁹ Neste sentido advoga Gaston Morin dizendo que se devem ser inseridas na lei, normas suficientemente maleáveis que permitam ao Poder Judiciário larga autonomia para agir, individualizando a lei ao caso concreto.¹¹⁰ Essa foi uma das opções do legislador brasileiro no Código Civil de 2002. Algumas disposições gerais foram assim introduzidas no diploma que representam uma abertura ao aplicador do direito. Este deve usar dos princípios e valores que congregam todo o ordenamento para adequar o direito à realidade fática. Na seção que trata da Responsabilidade Civil, o parágrafo único do artigo 927 previu a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos em que o juiz entender que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Neste exemplo o termo “risco” não é passível de uma definição *a priori*,

¹⁰⁸ Em outras palavras, nunca a linguagem conseguirá esboçar com perfeição as situações fáticas e isso é o primeiro empecilho que o direito positivo moderno encontrou para seu projeto de completude.

¹⁰⁹ Os microssistemas se caracterizaram pela criação de leis específicas que trataram de matérias pontuais. No Brasil decorrem desse movimento o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Cheque, a lei das S.A.'s, entre outras. As cláusulas gerais se caracterizam pela utilização de preceitos abrangentes que demanda uma atuação mais ativa dos tribunais. Estes, utilizando-se de princípios do ordenamento podem individualizar o direito no caso concreto aplicando-o conforme uma moldura determinada.

¹¹⁰ DIAS. J. de A. Obra citada. p. 17.

ela representa uma cláusula geral que no caso concreto deve ter definido seu conteúdo.

O progresso tecnológico e as atividades humanas contemporâneas criaram situações em que o risco é imanente a própria vida da sociedade. Com isso, os casos de danos que decorreriam do infortúnio ou situações de impossível identificação de um culpado proliferaram, assim, em muitas das ocorrências de danos, tornou-se impossível a identificação da prática de um ato ilícito. A presença do dano, nesses casos, passou a ser a única característica capaz de qualificar uma possível existência do dever de reparação.

Junto com o aumento do uso das cláusulas gerais como fontes normativas e com o aumento dos casos de dano independentes da prática de atos ilícitos, os Códigos perderam o papel central em muitos ordenamentos, e foram substituídos pelas constituições, as quais se tornaram o centro axiológico e principiológico do direito, ganharam força normativa e passaram a exercer o controle de todo o sistema jurídico.

No Brasil, esse fenômeno ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma série de princípios fincados em uma característica semelhante, qual seja, o de terem sua origem no princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essa carga de valores disposta na constituição se tornou o centro de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, as cláusulas gerais estabelecidas pelas leis infraconstitucionais têm nela seu ponto de partida para serem implementadas devidamente conforme o caso concreto.

Disso também se socorreu o ramo da Responsabilidade Civil, que precisou adaptar-se às novas realidades e às novas exigências do ordenamento jurídico constitucionalizado. Nas palavras da Professora Maria Celina Bodin de MORAES, a constitucionalização do direito dos danos “[...] impôs, [...], 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.”¹¹¹

Consagrando o cabedal de princípios e valores editados na Constituição de 1988, a Responsabilidade Civil independente da culpa se tornou um mecanismo de proteção à vítima, perdendo seu caráter moralizante do indivíduo causador do dano. Isso ocorre porque a preocupação do ordenamento refere-se, não a conduta de algum indivíduo, mas, a insegurança e aos riscos aos quais toda a coletividade está sujeita. Assim como não há como evitar os danos deles (insegurança e risco) decorrentes, o ordenamento deve ao menos garantir que os lesados tenham seus danos ressarcidos.

Para Maria Celina Bodin de MORAES:

“[...] a objetivação da responsabilização, [...], nada mais é do que um aspecto de um processo 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. Trata-se, assim, de vincular diretamente a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade.”¹¹²

É nessa perspectiva que muitos autores defendem a mudança da denominação da Responsabilidade Civil para a expressão “direito de dano”. Tendo em vista a crescente importância que o elemento dano tem recebido para a geração do dever de reparação, somando-se a isso a dificuldade de se desvincular o termo “responsabilidade” da noção, mesmo que indireta, necessária da culpa.

¹¹¹ MORAES. M. C. B. de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. p. 245.

¹¹² MORAES. M. C. B. de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. p. 250.

Conclusão

Diante da proposta lançada de início, a forma encontrada para o desenvolvimento desta monografia foi utilizar-se da análise bibliográfica e assim estabelecer um caminho para a compreensão das influências do Direito Civil constitucionalizado sobre alguns aspectos da Responsabilidade Civil.

Para tanto seguiu-se os seguintes passos:

1) Análise da modernidade, seus aspectos mais marcantes no tocante aos princípios e valores, os quais tiveram grande importância para a construção do Direito Moderno. Este é, sem dúvidas, a fonte imediata do Direito atual, sem descuidar-se das demais raízes, que influenciaram na sua formação.

2) Em seguida, fez-se uma breve citação da chamada crise da modernidade. Com ela, pretendeu-se demonstrar a percepção que os pensadores tiveram da insuficiência dos ideais modernos para nossa realidade atual. Da crise da Modernidade surgiram as primeiras idéias de uma “revisitação” do Direito Civil, muito trabalhada e discutida pela doutrina mais apurada.

3) Trabalhou-se, então, especificamente a influência da crise da Modernidade sobre o Direito Civil e o surgimento das primeiras Constituições “sociais”, nas quais a garantia da liberdade do indivíduo perante o Estado não era a única questão a ser tratada. Esse foi o primeiro sinal da necessidade de mudanças nas ordens jurídicas dos Estados após a construção moderna.

4) Próximo passo foi dado com o desenvolvimento das idéias da relativização na separação entre o Direito Privado e o Direito Público. Surgem as primeiras ingerências do Estado nas liberdades individuais, em benefício de interesses supra-individuais. Nesse momento, a plena

realização do ser humano passa, da garantia da liberdade-individualidade-patrimonialidade para o desenvolvimento coletivo-solidário-existencial.

5) Tratou-se, então, do surgimento do neoconstitucionalismo, que deu origem às Constituições do século XX. O reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional foram mudanças que decorreram dessa nova fase dos Estados Constitucionalizados. Surge assim, o ambiente para o desenvolvimento da chamada Constitucionalização do Direito, que representou a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico.

6) Em seguida, realizou-se a análise do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, que é definido como princípio base sob o qual desenvolveu-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que, sob o enfoque da Constitucionalização do Direito, deve permear todo o ordenamento jurídico. Assim como, tratou-se do conceito de despatrimonialização, figura de grande importância para o estudo proposto para a presente monografia e que decorre do processo de Constitucionalização do Direito.

7) Desenvolvida a seção que tratou da construção de um “novo” Direito Civil, passou-se a análise da Responsabilidade Civil. Primeiramente realizando-se um breve apanhado histórico, desde suas origens no Direito Romano até sua construção pelo Direito francês moderno, resultando no que conhecemos hoje por Responsabilidade Civil. Em seguida, destacou-se seu caráter eminentemente patrimonialista, característica de indiscutível importância para o presente trabalho. Após, discutiu-se a função, ou funções, que a Responsabilidade Civil pode apresentar. Com isso, pretendeu-se reforçar seu caráter eminentemente patrimonialista, sendo este um instrumento importantíssimo a sua concretização.

8) Prosseguiu-se, então, a uma análise da teoria tradicional que fundamenta a Responsabilidade Civil que é a Teoria da Culpa. Segundo esta o dever de indenizar tem como requisito, entre outros elementos (dano e nexo de causal), a culpa. Essa construção representou a melhor adequação da Responsabilidade Civil aos princípios e valores vigentes a época de seu desenvolvimento.

9) Mas, ao longo dos séculos XVIII e XIX novas situações surgiram na sociedade, as quais impuseram à Responsabilidade Civil novas formas de imputação do dever de indenizar danos. Diante disso, realizou-se uma apanhado breve das principais teorias desenvolvidas pelos doutrinadores alemães e franceses, e que, levaram ao desenvolvimento da chamada Responsabilidade Civil objetiva. Resultado final foi a fundamentação da Responsabilidade Civil objetiva por meio do critério do risco.

10) Tratou-se então de analisar a Responsabilidade Civil sob um enfoque dos princípios e valores da Constituição Federal de 1988, mais especificamente do princípio da solidariedade, tendo em vista a observância do papel tomado por este no ordenamento jurídico brasileiro e em vista da construção, já tratada, da Constitucionalização do Direito Civil.

11) Por fim, concluí-se, com ajuda das idéias da professora Maria Celina Bodin de Moraes, pela indicação de que a Responsabilidade Civil objetiva tem, como característica marcante, sua mudança de foco, que pela doutrina da Responsabilidade Civil subjetiva é direcionada ao ato ilícito do causador do dano, e que para a doutrina da Responsabilidade Civil objetiva é redirecionada ao dano resultante ao lesado.

Com isso, pode-se concluir que diante da realocação da Constituição no ordenamento jurídico contemporâneo, a análise do “novo” Direito Civil faz-se com base em princípios e valores diversos daqueles sobre os quais o mesmo foi construído. Essa mudança de paradigma tem

como reflexo, no ramo da Responsabilidade Civil, o desenvolvimento da Responsabilidade Civil independente da culpa.

Com relação à questão dicotômica, que forma a questão inicial, a patrimonialização da Responsabilidade Civil, pode ser vista como uma característica marcante deste ramo do Direito, uma vez que se observa, ao longo da história, a possibilidade crescente de redução dos casos de danos a valores monetários. Isso fica evidenciado quando percebemos o aumento das possibilidades de reparação de danos a bens imateriais, pela sua redução à quantitativos monetários. Um exemplo dessa evolução é o Código Civil de 2002 que previu expressamente a possibilidade de reparação aos danos morais.

A despatrimonialização do Direito Civil é um efeito que decorre da Constitucionalização do Direito Civil e esta é uma característica que permeia todos os setores do ramo civil, inclusive a Responsabilidade Civil. No entanto, a despatrimonialização, conforme é encarada pelo Direito Civil, não gera uma descaracterização da patrimonialização da Responsabilidade Civil nos termos aqui tratados, ou seja, não há uma desconstrução das formas patrimoniais de reparação do dano. Assim como no Direito Civil, a despatrimonialização representa um efeito geral sobre os valores do Direito, que na Responsabilidade Civil, segundo a professora Maria Celina Bodin de Moraes, apresenta-se sob a forma de um “reenfoque”, até então voltado para o ato ilícito (exigente da culpa) e passa para a proteção do indivíduo que sofreu o dano, ou seja, não exige-se a apuração de uma ato ilícito (culpa) para permitir a responsabilização por danos.

Bibliografia

ARENDRT, Hanna. *A condição humana*. 9ª ed., Rio de Janeiro - São Paulo: Forense Universitária, 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalização e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, n. 384, p. 71 – 104, mar-abr 2006.

BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. *A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no código brasileiro de defesa do consumidor*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. nº 9. p. 157 - 182. Jan/mar 2002.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. De Alfredo Fait, 3ª ed, Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 13ª ed., revista e atualizada, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988 – 1998: uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115 e 127.

COMPARATO, Fabio Konder. *A constituição alemã de 1919*. Disponível na Internet via www.url: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 15 junho 2007.

_____. *A constituição mexicana de 1917*. Disponível na Internet via www.url: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em 15 junho 2007

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS. José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed, revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.

GIORGIANNI. Michele. *O direito privado e as suas fronteiras atuais*. (trad.). Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 747, p. 35 e ss. jan. 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

HUBERMAN. Leo. *História da Riqueza do Homem*. Trad. de Waltensir Dutra. 21ª ed. Rio de Janeiro: LTC.

JOSSERAND. Luis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 86, p. 548 – 559, junho de 1941.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 19, p. 260-269, jul - set 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 36, nº 141, jan/mar, 1999. p. 99-109.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da Libertação: Paradigma da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, v. 9, nº 29, p. 233 – 258. jul/dez 2006.

_____. *Constituição e Direito Civil: tendências*. São Paulo: Revista do Tribunais. ano 89. volume 779, p. 47 – 63, setembro de 2000.

_____. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Princípio da Solidariedade*. Apud: PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabella; NASCIMENTO, Firly (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Volume 854. p. 11 – 37. dez 2006.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba, 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLIDO, Fabrício Pasquot. *A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da 'Função Social' dos direitos proprietários*. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 27. p. 3 – 47. jul/set 2006.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira Ramos. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional nº 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade Civil: teoria e prática das ações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direito e Modernidade: lineamentos para uma teoria da reforma constitucional*. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.atontecnologia.com.br/acms2005/view/viewArquivo1.php?ID_CLIENTE=12&PK_ARQUIVO=5291=PauloThadeu_DireitoeModernidade.pdf.com> .
Acesso em 22/05/2007.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.