

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ADELVAN OLIVERIO SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO DEVER  
FUNDAMENTAL E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

BELÉM - PA  
2012

ADELVAN OLIVERIO SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO DEVER FUNDAMENTAL E  
SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direitos Humanos.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

BELÉM - PA  
2012

ADELVAN OLIVERIO SILVA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO DEVER FUNDAMENTAL E SUA  
INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direitos Humanos.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Banca Examinadora

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Pastora do Socorro Teixeira Leal  
Orientadora - UFPA

---

Membro

---

Membro

Apresentado em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2012.

Conceito: \_\_\_\_\_

BELÉM - PA  
2012

*Para meus pais, que, em minha narrativa, são o paradigma maior da dimensão constitutiva da responsabilidade.*

## AGRADECIMENTOS

Após mais de vinte e quatro meses de vivência no ambiente acadêmico de graduação e pós-graduação, o texto final da presente dissertação representa apenas uma parte de todas as experiências compartilhadas com pessoas diversas, as quais são grandemente responsáveis por eventuais êxitos do projeto, em contraposição às inequívocas fragilidades do mesmo, que se devem exclusivamente às insuficiências do Autor. Nesse sentido, agradecer às pessoas e instituições que apoiaram, das mais diversas formas, a concretização do trabalho é apresentar já a identidade do mesmo, razão pela qual ficam meus sinceros sentimentos de carinho e gratidão para todos os abaixo pontuados, e aos muitos que forem eventualmente omitidos por ausência de cautela do Autor.

Primeiramente, a Deus, fonte maior da vida e de todas as virtudes.

A meus pais e irmãos, pelo ambiente propício ao meu desenvolvimento pessoal, nos mais variados aspectos.

A todos os professores que contribuíram para a minha formação acadêmica, especialmente à Prof. Dr. Pastora do Socorro Teixeira Leal, minha atenciosa orientadora, que sempre dedicou total dedicação e confiança ao desenvolvimento deste projeto. Aos doutores Jean Carlos Dias e Sandro Alex Simões, que além de grandes mestres, fontes de inspiração pessoal e profissional, se tornaram dois dos meus melhores amigos, e os quais são responsáveis pelos primeiros contatos que tive com o ambiente de graduação e pós-graduação em direito. Aos doutores Antônio Maués, Gisele Goés, Paulo Weil, Jane Beltrão, e tantos outros professores da UFPA que compartilharam seus conhecimentos.

A todos os servidores do PPGD e da Graduação da UFPA, na pessoa da Lili, sem os quais, por sua dedicação e diligência aos alunos, de igual forma o trabalho se tornaria inviável.

Ao Centro Universitário do Estado do Pará, nas pessoas dos Doutores Sérgio Mendes e Loiane Verbicaro, e à Universidade da Amazônia, na pessoa da Dr<sup>a</sup>. Cristina Lourenço, instituições e pessoas a quem devo muito agradecer pelo carinho e confiança no trabalho por mim desempenhado em seus cursos de Graduação em direito, além de agradecer, igualmente, a todos os colegas professores e aos alunos de ambas as casas, por toda a experiência de crescimento pessoal e profissional possibilitada.

Aos amigos João Paulo Mendes Neto, Allan Moreira, Arthur Laércio, Karla Valente Liandro Faro, Eduardo Lima, Thaíssa Machado, e muitos outros, que comigo compartilharam suas experiências pessoais e acadêmicas, me suportando em momentos de dificuldade.

À Stéphane Caetano, prova empírica maior de que o (re)conhecimento do outro demanda a transposição de um percurso, e de que a identidade se forma narrando.

(...) a virtude diz respeito às paixões e ações em que o excesso é uma forma de erro, assim como a carência, ao passo que o meio termo é uma forma de acerto digna de louvor; e acertar e ser louvada são características da virtude. Em conclusão, a virtude é uma espécie de mediania, já que, como vimos, ela põe a sua mira no meio termo.

Aristóteles.

## RESUMO

O trabalho analisa fundamentos sociológicos e filosóficos da responsabilidade civil objetiva, especificamente da responsabilidade “pelo risco”. Parte do pressuposto de que o modo que a maior parte da doutrina civilista que analisa o instituto mitiga as potencialidades do mesmo ser compreendido como um elemento de organização das sociedades funcionalmente diferenciadas, caracterizadas pelo excesso de complexidade e pela radical contingência que permeiam a comunicação realizada entre os sistemas sociais, entre os seres humanos e das relações entre estes e aqueles. Conclui que o risco é uma característica insuperável de tais sociedades, e, analisando as consequências do mesmo para a formação do sujeito capaz de comprometer-se com uma vida política, propõe, baseado principalmente nos estudos filosóficos de Paul Ricoeur e na dogmática constitucional de Robert Alexy, que a responsabilidade civil objetiva seja elevada ao nível jurídico e moral de dever fundamental do sujeito de direito, precipuamente no bojo das relações travadas entre os particulares.

Palavras-chave: Responsabilidade civil objetiva. Risco. Modernidade. Deveres fundamentais. Efeitos verticais.

## **ABSTRACT**

The work examines sociological and philosophical foundations of objective liability, specifically the responsibility by the "risk". It assumes that the way most of the civilian doctrine analyzes the institution mitigates the potential for strict liability to be understood as an element of organization of functionally differentiated, characterized by excessive complexity and the radical contingency that permeate the communication made between social systems, among humans and between these and those. It concludes that the risk is an unsurpassed feature of complex societies, and analyzing the consequences of that for the formation of the human being who can commit to a political life, it proposes, based mainly on the philosophical studies of Paul Ricoeur and dogmatic constitutional Robert Alexy, that liability is objectively high level legal and moral duty of the fundamental subjects of law, primarily in the bulge between the relations among individuals.

Keywords: Objective Liability. Risk. Modernity. Fundamental duties. Vertical effects.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 A FORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO NO DIREITO BRASILEIRO</b>	14
2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: DESENVOLVIMENTO, DEFINIÇÕES E CONTEÚDO ESSENCIAL	18
2.2. DAS CAUSAS JUSTIFICADORAS ECLOSÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	27
2.3 O RISCO: TENTATIVAS DE DELIMITAÇÃO DO ALCANCE CONCEITUAL NA DOCTRINA CIVILISTA	32
<b>3 A DESCRIÇÃO SOCIOLÓGICA DO CONCEITO DE RISCO: O RISCO COMO FÓRMULA DESCRITIVA DA SOCIEDADE MODERNA</b>	40
3.1 RISCO E MODERNIDADE?	40
3.2 A MODERNIDADE ENTRE O ANTIGO E O MODERNO	41
3.3 O CONCEITO DE RISCO	53
3.3.1 O risco como abertura e vinculação com o futuro	53
3.3.2 O risco e suas ambivalências estruturantes: risco-segurança e risco-perigo	59
<b>4 RISCO, MODERNIDADE E VINCULAÇÃO COM O FUTURO</b>	68
4.1 A MODERNIDADE REFLEXIVA E O CONCEITO DE RISCO	68
4.2 RISCO, CONVIVÊNCIA E MEDO	72
4.2.1 Risco, narcisismo e as tribulações do eu	79
4.3 APREENDER A CONFIAR	80
<b>5 RESPONSABILIDADE COMO JUSTIÇA: AS CONTRIBUIÇÕES DE PAUL RICOEUR PARA UMA RELEITURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA</b>	89
5.1 POR QUE PAUL RICOEUR?	89
5.2 JUSTIÇA E RESPONSABILIDADE NA OBRA DE PAUL RICOEUR:	91
5.2.1 A experiência do mal e a aprovação do bom como marco inicial da teoria da responsabilidade	91
5.2.2. Fundar a ética da responsabilidade sob o cogito: O tempo, a identidade narrativa e a alteridade, ou o “entregar-se sem renunciar a si”	94
5.2.3 Quem é o sujeito de direito? A estrutura dialógica e institucional do sujeito capaz como pressuposto da teoria da responsabilidade	102
5.2.4 A responsabilidade como categoria jurídica e moral: A construção da responsabilidade civil objetiva como decorrência do conceito de sujeito de direito	106
<b>6 A EXISTÊNCIA DE UMA CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETA COMO DEVER JURÍDICO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1.988</b>	118
6.1 OS CONCEITOS DE DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL E A FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DA CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1.988	119

<b>6.1.1 Universalidade e moralidade</b>	130
<b>6.1.2 A positivação do direito fundamental e seus fundamentos</b>	132
<b>6.1.3 O carácter abstrato do direito e a decorrente possibilidade de restrição ao mesmo</b>	132
<b>6.1.3.1 O suporte fático da norma de direito fundamental à responsabilidade objetiva</b>	138
<b>6.1.3.2 Teorias sobre a restrição aos direitos fundamentais</b>	141
<b>7 OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA GERAL DO DEVER JURÍDICO FUNDAMENTAL À RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.</b>	147
<b>7.1 O CÓDIGO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO</b>	149
<b>7.2 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA IRRADIANTE</b>	156
<b>7.3 AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS</b>	157
<b>7.3.1 A teoria da eficácia mediata, ou dos efeitos indiretos</b>	159
<b>7.3.2 A teoria da eficácia imediata, ou dos efeitos diretos</b>	162
<b>7.3.3 As teorias de imputação e equiparação ao Estado</b>	165
<b>7.3.3.1 A State Action Doctrine</b>	165
<b>7.3.3.2 A teoria da imputação de Schwabe</b>	167
<b>7.4.4 A Teoria Integradora proposta por Robert Alexy</b>	168
<b>8 CONCLUSÃO</b>	176
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	184

## 1 INTRODUÇÃO

Todo ato humano representa responsabilidade.

Ser responsável é um custo natural da vida, é uma decorrência da condição política, inerente à natureza humana.

Ser responsável é, em linguagem aristotélica, algo para o que o homem *tende naturalmente*<sup>1</sup>.

Responsabilidade pelo agir, pela atividade, e, de forma mais sintomática, responsabilidade por ser, ainda que em potência, autor de uma ação ou omissão. Responsabilidade pelo outro.

Poucos conceitos estão tão atrelados à própria ideia de direito e de justiça que o de responsabilidade.

Nas origens mais remotas do termo, encontramos a noção de que a responsabilidade (*spondere, spondeo*), traceja uma espécie de promessa entre determinados contratantes.

Dentro desse sentido, a tradição jurídica ocidental nos demonstra como a *sponsio* é mesmo condição de possibilidade e eficácia da normatividade, eis que a *sponsio* é também uma espécie de engajamento prévio, de comprometimento.<sup>2</sup>

Não é outra a ideia retratada, por exemplo, pelo próprio Platão, no diálogo que leva o nome do sofista *Protágoras*.

Na obra, Protágoras relata como a virtude do conhecimento das artes, legada aos seres humanos por Prometeu, levaram os homens a uma situação paradoxal, onde, isolados, estavam constantemente submetidos às intempéries naturais, mas, reunidos, recorrentemente guerreavam de forma impiedosa entre si mesmos.<sup>3</sup>

Face a tal situação, Zeus teria encarregado Hermes de distribuir, *entre todos os seres humanos*, as virtudes da *aidos* e da *dikè*, o respeito e a justiça, ainda demarcando que *sem o respeito aos outros e à própria ideia da legalidade, não haveria justiça possível*.

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pág.187 e ss. E com rica interpretação, VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes: 2005. Pág. 38-66.

<sup>2</sup> Sobre isso: OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2007. Pág. 79.

<sup>3</sup> PLATÃO. **Protágoras**. São Paulo: EDIPRO, 2007.

Se nos for lícito aproximar, ainda que apenas teleologicamente, o conceito de *aidos* ao de *sponsio*, concluiremos *que sem responsabilidade não há espaço para o direito, para a paz, e para a justiça.*

A responsabilidade estabelece um ambiente através do qual o direito e as virtudes acima referidas tornam-se possíveis.

Dentro deste sentido, e partindo deste pressuposto fundante, o presente trabalho visa analisar o instituto da responsabilidade, especificamente da responsabilidade jurídica civil objetiva, a partir de seus fundamentos históricos, legais, e principalmente *teóricos*, estes bem entendidos como os pressupostos sociológicos e filosóficos da construção da *responsabilidade pelo risco.*

Com efeito, o *maravilhamento* que justifica a presente pesquisa reside na construção e no uso do termo “*risco*”, constante do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro de 2002.<sup>4</sup>

A aparente simplicidade da parte final do dispositivo, que refere que haverá obrigação de reparar, independentemente de culpa, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *risco* para os direitos de outrem”, esconde uma grande fonte de perplexidades para a dogmática jurídica e também para as fontes filosóficas e sociológicas.

A constatação inicial, que chega a ser simplista, é a de que todo ato humano pode causar “riscos” direito de outrem, e que, por isso, qualquer ação humana pode acarretar, conforme já referido, uma responsabilização.

Mas como justificar o instituto, considerando as perplexidades que o caráter aberto do conceito poder oferecer?

E, mais além, uma vez melhor compreendido o alcance da responsabilidade “pelo risco”, é possível propugnar por uma construção que maximalize as potencialidades da responsabilização objetiva enquanto critério de justiça?

Tentando responder a estas questões, o presente trabalho restou dividido, suscintamente, em quatro eixos: uma etapa em que foram pontuadas premissas básicas da responsabilidade objetiva, tais como construídas pela doutrina interna do direito civil; uma segunda dimensão, onde o conceito de risco foi analisado a partir

---

<sup>4</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

de premissas sociológicas reputadas com mais aptas à descrição; uma terceira problemática, que buscou oferecer aportes filosóficos capazes de mitigar os problemas sociológicos descritos anteriormente, e, por fim, uma quarta dimensão, onde uma dogmática jurídico-constitucional da responsabilidade objetiva foi apresentada com vistas a institucionalizar, na seara constitucional, a dimensão axiológica da responsabilidade objetiva.

Com efeito, no primeiro capítulo do trabalho é apresentada a construção jus-civilista sobre as premissas históricas e dogmáticas da responsabilidade jurídica, e, de forma mais ampla, da responsabilidade civil em sua dupla vertente: subjetiva e objetiva.

Neste item, verificamos que os pressupostos que classicamente são utilizados pelos manuais de direito civil para justificar a existência da responsabilidade objetiva, apenas muito parcamente podem ajustar-se contemporaneamente, eis que pautados em uma realidade que remete aos séculos XIX e XX.

No segundo capítulo do trabalho, é apresentada uma análise sociológica, tendo por base principal a sociologia dos sistemas de Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi, sobre o conceito de risco.

Nesta oportunidade o leitor poderá observar que o risco não é fruto do “estilo de vida” iniciado pelo processo de industrialização, como pressuposto pela generalidade dos civilistas, mas sim que o conceito de risco é um elemento definidor e estruturante da própria modernidade enquanto tempo histórico, que representa justamente sua dimensão temporal prospectiva, aberta para o futuro e para a contingência.

No terceiro capítulo, com base em alguns aspectos da obra de autores como Giddens, Beck, Bauman, Castel e outros analistas da “modernidade tardia”, buscamos realizar uma descrição dos efeitos, muitas vezes perversos, da radicalização dos riscos da modernidade sobre o funcionamento dos sistemas sociais e das relações travadas pelos indivíduos.

Neste ponto nosso objetivo foi o de demonstrar como a modernidade contemporânea não é o mesmo tempo histórico que inicia no ano 1.500, e que, por isso, os riscos da contemporaneidade colocam novos desafios, que precisam ser enfrentados com novas instituições jurídicas e morais.

No capítulo quarto, nesse sentido, foram pontuadas algumas premissas do pensamento de Paul Ricoeur que possibilitam a compreensão da responsabilidade como um *elemento central* da teoria jurídica, como é referido pelo próprio autor.

Para tanto, Ricoeur pensa ser preciso reanalisar o próprio conceito de sujeito de direito, questionando pela maneira como este sujeito é constituído.

A proposta de Ricoeur é que o sujeito direito, que é um aperfeiçoamento daquilo que ele chama de *sujeito capaz*, apenas pode constituir sua identidade a partir de um contexto de alteridade, de compartilhamento de vivências, e, por isso, de solidariedade, que, conforme referido nas linhas abaixo, é um dos elementos fundamentais da responsabilidade sem culpa.

No quinto capítulo do trabalho, oferecemos a ideia de que, para que maximizada fosse a carga axiológica presente na construção do conceito de responsabilidade proposto por Ricoeur, deveríamos pensar na responsabilidade civil objetiva como sendo um verdadeiro *dever jurídico fundamental*.

Assim, o capítulo quinto do trabalho apresenta uma dimensão da dogmática constitucional sobre os direitos fundamentais, tracejando elementos necessários à conformação dos chamados direitos fundamentais implícitos, e também dos deveres fundamentais implícitos deles decorrentes.

Como resta claro, o objetivo fundamental fora o de demonstrar a existência de um direito e dever fundamental à manutenção da responsabilidade civil objetiva como direito implícito no texto da Constituição Brasileira de 1.988, mas não apenas o da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados pelo Estado, ou aqueles envolvendo acidentes nucleares, já configurados no texto constitucional.

Nosso objetivo fora o de propor, pela via interpretativa, a existência de uma verdadeira cláusula geral da responsabilidade objetiva no texto constitucional, observando para tanto os critérios prudenciais pressupostos na filosofia de Ricoeur.

Por fim, o sexto capítulo do texto faz erigir a temática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, demonstrando que, caso aceitas as premissas expostas nos capítulos anteriores, devemos considerar que o direito/dever fundamental da responsabilidade objetiva, é, pela sua própria natureza, um critério de vinculação e solidarismo de observância categórica entre os particulares, que aproxima a construção jurídico-institucional da responsabilidade objetiva da dimensão axiológica do justo.

## 2 A FORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO NO DIREITO BRASILEIRO

Parece alheio de dúvidas que qualquer pretensão doutrinária em estabelecer definições e o conteúdo da responsabilidade civil - ainda que fosse possível restringi-la a um aporte jurídico, exclusivamente – está destinada a configurar uma construção parcial, variável em decorrência de seu aporte teórico, o que, de resto, é uma característica geral de todas as *ciências do espírito*.

Assim, como referido na introdução do trabalho, o presente capítulo está destinado a expor as premissas mais básicas da formação da responsabilidade civil objetiva segundo a própria teoria do direito civil, e assim verificar se o conceito doutrinário da responsabilidade civil objetiva, juntamente com o seu elemento estruturante – a ideia de risco – se ajusta, isto é, se justifica segundo as finalidades alargadas que a teoria civilista impõe ao instituto.

Parece válido, destarte, o esforço de iniciar os debates pela própria noção de responsabilidade, segundo o direito civil.

Segundo autorizada doutrina, a ideia mais aproximada da responsabilidade é a de *obrigação*, a de *garantia*.

Nesse sentido, leciona José de Aguiar Dias que

Mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a ideia de obrigação. A noção de garantia, empregada por alguns autores, em hábil expediente para fugir às dificuldades a que os conduz seu incondicional apego à noção de culpa, como substituta da responsabilidade, correspondente, ela também, à concepção de responsabilidade.<sup>5</sup>

As origens mais remotas da concepção de responsabilidade civil parecem mesmo derivar do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, o qual correspondia, segundo leciona Álvaro Azevedo, à antiga

(...) obrigação contratual do direito quiritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*, ou seja, prometes me dar um cento? Prometo)<sup>6</sup>

A concepção intuitiva da responsabilidade, portanto, deriva e está correlacionada à ideia de *promessa*.

<sup>5</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pág. 4.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, Pág. 272.

O próprio de ato prometer, conforme teremos a oportunidade de asseverar com maior rigor, configura também um *responsabilizar-se*. *Prometer é estabelecer vínculos com si mesmo, outro e com o futuro.*<sup>7</sup>

Também José de Aguiar Dias localiza a origem do sentido etimológico da responsabilidade civil na “raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano.”<sup>8</sup>

Contudo, asseverar que responsável é aquele que responde por ter prometido, atribuindo ao responsável um dever de responder, é, além de redundante, tautológico e carente de utilidade concreta, daí porque se mostra estratégia cognitiva insuficiente, mesmo na seara preliminar que ora nos encontramos.

Nesse ensejo, para superar tais dificuldades são valiosas as distinções iniciais oferecidas pelo mesmo José de Aguiar Dias, ao propor que

(...) responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.<sup>9</sup>

Assim, uma primeira conclusão parece válida: a responsabilidade, *rectius*, a *responsabilidade civil*, *exprime sempre a ideia de contraprestação, de correspondência*.

Outrossim, vale dizer que *as origens conceituais acima explicitadas não são referentes exclusivamente ao âmbito da chamada responsabilidade civil contratual*.

De fato, a doutrina civilista tem por praxe em distinguir, por um lado, o dever de reparar advindo do não cumprimento - ou do cumprimento defeituoso - de uma obrigação contratual, e de outro, o dever de indenizar advindo de ações que não tem por fundamento uma vinculação contratual.

Ora, se como exposto nas linhas introdutórias, o objetivo do presente trabalho é alçar a teoria da responsabilidade civil à categoria de elemento instrumental de uma teoria da justiça, nos parece que tais distinções são irrelevantes, eis que o que

<sup>7</sup> DE GIORGI, Rafaelle. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: SAFE, 1998. Pág. 149 e ss.

<sup>8</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Op.cit.Pág. 4.

<sup>9</sup> Idem, IBID.



nos importa, neste momento, é prefigurar sobre os fundamentos da *responsabilidade mesma*, especialmente a responsabilidade civil, e a superação de tal distinção oferece um campo mais amplo para as investigações sobre os fundamentos morais e sociais do dever de indenizar.

Por oportuno – reitere-se - deve ser minimizada qualquer ideia preliminar que veicule maiormente a relevância do tema da responsabilidade civil ao sentido de vinculação contratual apenas, ainda mais se tal conclusão deriva das origens do instituto no direito romano, acima referidas rapidamente.

E isso porque, parece mesmo que os estudos em direito civil caminham em uníssono quando reconhecem que *toda e qualquer dimensão da responsabilidade está de alguma forma relacionada com a ideia de obrigação, de um agir que decorre de um comportamento, seja ele omissivo ou comissivo, seja ele contratual ou não.*

De fato, de toda forma é pressuposto também que o agir decorrente de uma responsabilidade, sempre terá a dimensão de reparar, recompor, um dano ocasionado a alguém.<sup>10</sup>

Se o objetivo principal do *direito* é diferenciar o lícito do ilícito - com o fito de proteger aquele, e vedar este - a responsabilidade civil surge como um instrumental de garantia ao *homem que age conforme a ideia de direito, que, numa sociedade bem organizada, deve ser pensada como uma instrumentalização necessária à consecução de determinados valores.*

Na formulação doutrinária brasileira, estas são noções razoavelmente maduras e bem estabelecidas. Sergio Cavalieri Filho, por exemplo, acentua que

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*.<sup>11</sup>

Com efeito, um dos valores mais fundamentais da responsabilidade civil reside no princípio da *restitutio in integrum*, isto é, “*tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em*

---

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Pág.24

<sup>11</sup> Idem. IBID.

*proporção ao dano*<sup>12</sup>, pois indenizar pela metade seria responsabilizar a vítima pelo restante.

Nesta seara, como observou Antônio Montenegro – e conforme aprofundaremos na análise posterior - as construções teóricas sobre a necessidade e os fundamentos da indenização apenas começaram a ser seriamente estabelecidas em bases *eficazes* após a superação das discussões pertinentes ao conceito de culpa<sup>13</sup>.

*O verdadeiro fundamento da responsabilidade civil*, segundo assevera o mesmo Autor, *reside no dano sofrido*, na quebra do equilíbrio econômico-jurídico suportado por alguém e provocado por uma pela lesão imputável a outrem, iniciando, daí, o estudo e a constituição mais precisa sobre a chamada responsabilidade objetiva.

Nesse ponto, destarte, é válida a conclusão de que em matéria de responsabilidade civil, permanece altaneiro o princípio, preconizado por Ulpiano, do *neminem ledere*, isto é, não ofender a ninguém.

Os esforços doutrinários e legislativos pátrios, assim, vão no sentido de estabelecer uma estrutura da responsabilidade civil que, sendo derivada da máxima romana acima explicitada – que alberga, como veremos, uma ideia de *justiça*, sendo uma derivação da *Regra de Ouro* - possa se ajustar a circunstâncias sociais representativas de diferentes tempos, nos mais diversos âmbitos da vida.

De fato, como asseverou G. Marton, a responsabilidade civil não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social<sup>14</sup>.

Estabelecidas estas premissas, absolutamente iniciais ainda, cumpre-nos aqui bosquejar a forma utilizada pela doutrina e pela legislação para, ao longo dos anos, buscar estruturar a ideia do *neminem ledere* através de padrões jurídico-normativos.

Contudo, em sede destas exposições preliminares, vale referir aqui, ou melhor, repontuar, que uma interpretação otimizada de uma construção jurídica sobre a responsabilidade civil, deve também propiciar uma compreensão da incidência existente entre esta dimensão jurídica e aquela outra moral.

---

<sup>12</sup> Idem. IBID.

<sup>13</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

<sup>14</sup> MARTON, G. **Les fondamentes de la responsabilité civile**. Paris, 1938, nº97, p.304. Citado por DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Op.cit. pág. 4.

Isso porque, é certo que o principal objetivo do trabalho ora apresentado é o de demonstrar que a responsabilidade é condição natural e primeira da própria ideia de direito, e, assim sendo, também está ela intrinsecamente ligada com uma determinada proposição sobre a justiça.

De fato, responsabilizar, prometer, reparar, ressarcir, é *re-conhecer*. É reconhecer-se, a si próprio, como causador de um dano a um outro, e é reconhecer ao outro como sujeito digno de *reconhecimento*.<sup>15</sup>

Assim, tendo em vista nossos objetivos, reitere-se, o presente capítulo tem a preocupação de expor o surgimento da ideia de responsabilidade civil objetiva na doutrina civilista, sua recepção pela legislação e pela jurisprudência, principalmente nacionais.

## 2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: DESENVOLVIMENTO, DEFINIÇÕES E CONTEÚDO ESSENCIAL

Para tais finalidades, metodológicas inclusive, nos parece válido seguir os mecanismos oferecidos pela própria doutrina civilista, e buscar auxílio das diversas concepções sobre os fundamentos da responsabilidade civil na linha do tempo, eis que tal percurso permitirá uma mais satisfatória localização cognitiva da ideia e os fundamentos da *responsabilidade pelo risco*, ou responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, não será aqui custoso lembrar que, como todas as construções culturais, o direito da responsabilidade civil apresenta - e deve apresentar - uma carga de dinamicidade que lhe permite uma interação com uma capacidade hermenêutica daquele que entende, daquele que interpreta e, por isso, vive.

Deve o instituto, de modo mais claro, ser compreendido a luz de sua historicidade.

Como nos demonstra a obra clássica de Alvino Lima, parece existir, ainda que de maneira artificial, uma tendência à superação das formas primeiras de reparação – consubstanciadas, em rigor, em retribuição, vingança<sup>16</sup> – até o momento

---

<sup>15</sup> Sobre isso, conf. RICOEUR, Paul. **O Percorso do reconhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, e também, adiante, cap. 5.

<sup>16</sup> Diz Alvino Lima, **Da culpa ao Risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938. Pág. 10: “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural conta o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para reparação do mal pelo mal”. Numa fase

em que o Estado assume a função de punir, e possibilita ao lesado uma ação para a indenização.

Sabemos que os mais longínquos preceitos legislativos, tais como os Códigos de Hamurabi e de Manu, e também no antigo direito Hebreu, já ofereciam elementos de onde uma lei de responsabilidade poderia ser aproximada.<sup>17</sup>

Já na civilização helênica, podemos localizar fontes da ideia de “reparação do dano causado, com sentido puramente objetivo, e independentemente da afronta a uma norma predeterminada”<sup>18</sup>.

Contudo, em rigor, é “*Impossível seria não começar, ao tratar da evolução da responsabilidade civil extra-contratual, pelo direito romano*”.<sup>19</sup>

E isso porque, como demonstra Alvino Lima, falando da primeira metade do século XX,

A teoria clássica da culpa, que é a armadura da responsabilidade civil extra-contratual das legislações modernas, recebeu do direito justiniano a célula mater, da qual nasceu o princípio genérico daquela responsabilidade, cristalizado no preceito do art. 1382 do Código civil de Napoleão.<sup>20</sup>

Com efeito, não obstante a assertiva de Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que “*não chegou o Direito Romano a constituir uma teoria da responsabilidade civil, como aliás, nunca se deteve na elaboração teórica de nenhum instituto*”<sup>21</sup>, bem assim o fato de que a construção da responsabilidade civil seja obra de pretores e juízes, dos juriconsultos e da doutrina romanista, que lhes foram precisando conceitos e definindo alcance, parece conclusão bem compartilhada pela doutrina que na *Lex Aquilia* se esboça um princípio generalista do dever de reparação do dano.<sup>22</sup>

---

supostamente posterior – e ainda anterior ao monopólio estatal do direito de punir e fazer reparar - diz a doutrina de José de Aguiar Dias, op.cit. Pág. 26, “(...) o uso consagra em regra jurídica o talião. O legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições tem a vítima o direito de retaliação”.

<sup>17</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. Pág.31 e ss.

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1998. Pág. 1.

<sup>19</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao Risco**. Op.cit. Pág. 9.

<sup>20</sup> Idem. Pág. 9-10.

<sup>21</sup> Idem. IBID.

<sup>22</sup> O conteúdo da Lei Aquilia era estabelecido em três capítulos: o primeiro, referente à morte de escravos ou animais; o segundo, referente à quitação de dívidas por parte do *adstiator*; e o terceiro, inerente, ao *damnum injuria datum*, que, de alcance amplo, compreendia lesões a escravos, animais, deterioração e destruição de coisas corpóreas. Sobre isso: DIAS, José de Aguiar. Op.cit. Pág. 28; LIMA, Alvino. Op.cit. Pág. 12; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit. Pág. 3 e ss.

Em contraposição com o suposto caráter “objetivo” da “responsabilidade civil” na civilização helênica, diversos autores discutem se já no direito romano, fonte que é por excelência das estruturas posteriores em países da tradição romano-germânica, a responsabilidade civil fundava-se na culpa ou era objetiva,<sup>23</sup> discussão que, vale dizer, alcança propriamente a *Lex Aquilia*<sup>24</sup>.

De outra banda, grande fonte da construção jurídica da responsabilidade civil, do ponto de vista doutrinário, legislativo e jurisprudencial, reside na experiência francesa, de onde o direito brasileiro retira inegáveis influências.

O Código de Napoleão é intrinsecamente influenciado pelas obras, dentre outros, de Domat e Pothier, influência esta que se concretiza nos artigos 1.382 e 1.383 daquele texto.<sup>25</sup>

É bem conhecida a influência do *Code* na formulação de um sistema jurídico-legislativo contemporâneo, e sobre isso retornaremos adiante.

Aperfeiçoando gradativamente as construções dos romanos, porém sem se afastar da ideia de culpa, o código francês logrou êxito ao estabelecer um princípio geral em matéria de responsabilidade civil, abandonando a técnica de enumerar casuisticamente hipóteses de reparação do dano e de composição obrigatória.

Algumas distinções evolutivas entre a formulação romana e a construção francesa - e aqui pedimos vênias para o abissal lapso temporal que separa estes dois pontos de referência em matéria de tratamento da responsabilidade civil - são relevantes.

Segundo interpretações doutrinárias, a *Lex Aquilia* não logrou albergar mais que o prejuízo visível, material, causado por objetos constantes do mundo exterior, e, a partir das formulações constantes do *Code*, se passa a proteger a vítima também face aos danos que, mesmo sem ocasionar um prejuízo material, fazem cessar um legítimo ganho que esta poderia esperar.

<sup>23</sup> Segundo Caio Mário da Silva Pereira, op.cit. pág. 14, de um lado “(...) a doutrina da culpa assume todas as veras de uma fundamentação ostensiva e franca com o Código Napoleão. No art. 1.382 ficou terminantemente explícita: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autri un dommage, oblige celui par faute duquel Il est arrivé, à le réparer*. Sobre este preceito a corrente exegética assentou que o fundamento do dano causado é a culpa”. Contudo, de outra banda “a origem, todavia, da doutrina objetiva vai plantar suas raízes na obra pioneira de Saleilles e Josserand”. (pág.16).

<sup>24</sup> Discussão também que não nos é relevante, nesse particular. Sobre isso: LIMA, Alvino. **Da culpa ao Risco**. Op.cit. pág. 14 e ss.

<sup>25</sup> Art. 1.382: “Todo o fato causado pelo homem, que causa prejuízo a outrem, obriga aquele por cuja culpa este aconteceu a reparar o dano.” Art. 1.383: “Todo homem é responsável pelo prejuízo que causou, não somente por fato mas também por sua negligência e imprudência”.

Doutro lado, o expediente da *actio doli* exigia a demonstração, tão cabal quanto possível, da culpa em sentido amplo, enquanto que no direito francês tardio, especialmente com o Código de 1.804, a gravidade da culpa não figura como um elemento relevante para a existência do dever mesmo de indenizar.

De fato, generaliza-se aqui, o princípio geral de que *In Lege Aquilia et levíssima culpa venit*<sup>26</sup>.

No ponto que mais nos interessa, podemos asseverar que o direito brasileiro sobre a responsabilidade extracontratual apresentou uma linha evolutiva com clara tendência à objetivação, isto é, à formulação da responsabilidade sem culpa, *responsabilidade pelo risco*, como veremos.

Nas linhas abaixo, continuaremos a explicitar estes passos evolutivos da responsabilidade civil extracontratual objetiva, oportunidade em que buscaremos demonstrar de que forma, através de uma construção teórica e conceitual mais ou menos robusta e refinada, a ideia de responsabilidade sem culpa, em nossos dias, está atrelada à ideia de *risco*, e, visaremos, ainda, delimitar as justificativas internas do direito civil, para a fundamentação do dever de indenizar em um conceito tão fluido como o de *risco*.

Nessa senda, e com nítida influência das ideias herdadas pelo direito romano e pelo Código de Napoleão, o Código Civil brasileiro de 1.916 funda seu sistema de responsabilidade na prática de um *ato ilícito*, conceito generalista este pressupõe a *culpa* do agente, e que configurava a noção de um comportamento de alguém que, passível de culpa em sentido lato, causa dano a outrem.<sup>27</sup>

Não quer isso dizer, contudo, que as preceituações do código de 1.916 tenham sido os primeiros tratamentos legislativos em matéria de responsabilidade civil no território pátrio.

Nesse sentido, outrossim, vale citar outras fontes, como por exemplo, o Código Criminal do Império, que, sob forte influência do direito romano, oferecia preceitos sobre a obrigação de reparar o dano.

---

<sup>26</sup> Sobre tudo isso: DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade Civil**. Op.cit. Pág. 30. Nesse sentido, Alvino Lima, op.cit, pág. 16, preceitua que “É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extra-contratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido”

<sup>27</sup> Conf. nesse sentido, o art. 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Também podemos observar que um passo evolutivo em matéria de responsabilidade civil é verificado com as consolidações de Teixeira de Freitas e de Carlos de Carvalho, havendo quem acredite que o trabalho desempenhado por Teixeira de Freitas, por exemplo, lograra mesmo maior tecnicismo que o texto final do Código de 1.916.<sup>28</sup>

Vale dizer, ainda, que os códigos penais de 1.890 e de 1.940 conservaram as linhas gerais já estabelecidas pelo direito brasileiro, não oferecendo grandes novidades em matéria do dever de reparar o dano, salvo a importante modificação introduzida pelo Código Penal de 1.940, no sentido da exequibilidade cível do dever de indenizar reconhecida contra o causador do dano na instancia criminal.

De fato, contudo, uma mais percuciente análise sobre o tratamento da responsabilidade civil extracontratual objetiva no direito brasileiro deve partir do Código de 1.916, situação que impele parte da doutrina a asseverar que “*O código Civil de 1916 já era antiquado em relação ao problema da responsabilidade civil.*”<sup>29</sup>

O sistema geral de responsabilidade civil daquele código tinha como elemento central, conforme já referido, a noção da culpa: *para que houvesse o dever de indenizar era não só necessário, mas indispensável, que a vítima demonstrasse a culpa lato senso do suposto causador do dano.*

Baseava-se o Código no princípio moral – que para a maioria dos civilistas de então era tido como universal – de que *a punição pelo dano ocasionado só deve alcançar quem causa o dano de posse da plena liberdade de humana, liberdade de escolha entre causar o dano ou não*, isto é, era preciso a verificação da existência da culpa lato senso<sup>30</sup>.

Contudo, como demonstra Giselda Hironaka,

Tal posicionamento não impediu que o legislador, em passagens esparsas, houvesse considerado a adoção da responsabilidade objetiva, baseada no risco e não na culpa. Ambas as posições coexistiram pacificamente no corpo do Código anterior, sendo que a responsabilidade objetiva - posto que obrigação legal de indenizar – esteve, como não poderia deixar de ser, invariavelmente prevista na lei, imputando a responsabilidade de ressarcir o dano a certas pessoas, independente da prática de ato ilícito, pessoas estas

<sup>28</sup> Mormente no que se refere ao disposto no art. 1.523 daquele Código. Sobre isso: DIAS, José de Aguiar. Idem. Op.Cit. Pág. 34.

<sup>29</sup> Idem. Pág. 34.

<sup>30</sup> Vale lembrar, aqui, que a fundamentação de tais conclusões encontra aporte de peso na teoria do direito de R. von JHERING, especialmente em seu *Il momento della colpa nel diritto privato romano*. Napole: Jovene, 1990.

a quem não se admite qualquer escusa subjetiva no sentido de demonstrar a não-culpa.<sup>31</sup>

O fundamento primeiro oferecido pela doutrina civilista para o advento da responsabilidade civil objetiva – e ainda que sujeito a críticas pelo seu caráter muitas vezes simplório - é de ordem sociológica: *a mudança no modo de operar dos trabalhadores, advinda das revoluções industriais, e, de forma mais ampla, a necessidade de adequação, pelas pessoas, nos séculos XIX e XX, a uma sociedade ela própria industrial e tecnocrática.*

Nesse sentido, expomos aqui as premissas compartilhadas por Patrícia Ribeiro Serra Vieira, quando esta autora demonstra que

O marco teórico estabelecido para um estudo adequado e mais centrado no fenômeno da objetivação, mesmo que a nossa análise – como se verá – esteja restrita ao exame do Código Civil vigente, fica definido pelo início, na Inglaterra, da chamada revolução industrial, no final do século XVIII. Nessa época se inicia uma série de transformações sociopolítico-industriais, as quais influenciaram a produção, o consumo e o regime de trabalho das pessoas. Sabe-se que, apesar de toda a inovação tecnológica proclamada, inúmeros e graves problemas oriundos da exploração obreira pontuaram naquele período.<sup>32</sup>

Assim, ainda na Europa oitocentista, o dano causado por determinadas espécies de acidentes laborais, por exemplo, deixa de ser aferido pelos padrões da culpabilidade, isto é, da responsabilidade civil subjetiva, pela razão de que exigir-se a prova da culpa, nestas hipóteses, seria vedar previamente qualquer possibilidade de responsabilidade, seria exigir uma *prova diabólica*, dada a extrema dificuldade, pelo vitimado, em satisfazer as exigências legais de demonstração de dolo ou culpa em sentido estrito, pelo lesionador.

Nessa senda, no ano de 1.838 a Prússia faz editar lei tratando sobre acidentes ferroviários, onde as responsabilidades seriam referidas a partir de critérios objetivos.

<sup>31</sup> HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Responsabilidade pressuposta: evolução e fundamentos de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade.** In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira.** Renovar: Rio de Janeiro, 2008. Pág. 800-801.

<sup>32</sup> VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **O fenômeno da objetivação da responsabilidade na Lei Civil brasileira.** In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **O Direito e o Tempo...** Op.Cit. Pág.884.



O mesmo ocorre em 1.861 e 1.882, sob o governo Bismarck, quando uma espécie de seguro social obrigatório é criado tendo em vistas a reparação – objetiva - dos danos advindos dos acidentes de trabalho.<sup>33</sup>

Nesse ensejo vale referir que no ano de 1.896, a Corte de Cassação francesa, na decisão conhecida como “*Teffaine*”, *introduzindo a noção teórica de responsabilidade pelo risco no direito francês*, determinou a reparação pelo patrão dos prejuízos causados a um empregado pela explosão de uma caldeira.

Assim, não tardou a jurisprudência e a doutrina a fazer derivar deste acórdão a regra da *responsabilidade civil pelo fato das coisas*, fundando a máxima de que o proprietário deve assumir o risco pelo acidente decorrente do trabalho, e, posteriormente, o legislador francês estabeleceu uma lei especial que veio para regular tais casos, onde se consagrava a responsabilidade objetiva do patrão pelo *risco profissional*.

Também no que toca à mais recente evolução legislativa no tratamento da responsabilidade civil objetiva no Brasil, e buscando satisfazer às necessidades acima pontuadas, o primeiro contexto social em que tais estruturas foram concretizadas foi o dos transportes ferroviários, eis que, ainda no início do século XX, com o aumento da demanda por esta modalidade de locomoção, verificou-se também um aumento geral nos números de acidentes dele advindos.

Assim, em 1.912 fora promulgado o Decreto número 2.681, que albergou a *teoria do risco criado*, não obstante os termos do texto preservassem a expressão “culpa presumida”.

Outrossim, em 1.919 foi publicada, com base na *teoria do risco profissional*, a primeira lei acidentária brasileira, o Decreto Legislativo 3.724, de 15 de janeiro daquele ano, e, posteriormente, a legislação pátria restou pontuada de dispositivos que trataram da responsabilidade objetiva.<sup>34</sup>

Contemporaneamente, no plano do direito público, a Constituição de 1.988 preceituou de maneira expressa a responsabilidade civil objetiva em pelo menos três hipóteses: aos danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público, pelas

---

<sup>33</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, **Solidariedade e Responsabilidade Objetiva**. São Paulo: RT- 854, dezembro de 2006, 9ºANO. Pág. 12.

<sup>34</sup> Por exemplo, nas atividades de mineração (Decreto-Lei 227/67; acidentes de veículos (leis 6.194 /74 e 8441/92); atividades nucleares (lei 6.453/77); proteção ao meio ambiente ( 6.938 /81); transportes aéreos (lei 7.565/86) e o próprio Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), que por seu amplo campo de incidência inaugurou sem dúvida a possibilidade de um sistema geral responsabilização objetiva.

peças jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (art. 37§ 6º); e às que explorem atividade de energia nuclear (art.21, XXIII, “d”).

Atentando a estas inoldiváveis necessidades, também as normas privatistas nacionais, através do Código Civil brasileiro de 2.002, no que concerne ao tratamento da responsabilidade civil, introduziram uma regulamentação generalista distinta daquela explicitada no art. 159 do texto de 1.916.

As conclusões do Projeto Miguel Reale ofereceram a ideia do dever de indenizar por atribuição objetiva, e, contrariamente ao verificado no código de 1.916, não apenas de forma meramente pontual, mas sim *através de um sistema geral de responsabilidade objetiva*, estabelecido no artigo 927 e em seu parágrafo único.

É certo, contudo, que não obstante a inserção de um sistema geral de responsabilidade objetiva no Código de 2.002, este texto legal não abandona a responsabilidade por culpa, responsabilidade subjetiva, eis que esta está claramente configurada na Parte Geral da lei, entre os dispositivos que tratam do tema dos atos ilícitos, mais especificamente no artigo 186.<sup>35</sup>

O fato é que, segundo conclusão da doutrina nacional,

O art. 927 e § único do novo Código destacam assim, em vivas letras, aquilo que é uma necessidade crescente entre nós: o dever de indenizar independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, grande risco para os direitos de outra pessoa.<sup>36</sup>

Assim, segundo interpretações doutrinárias, não obstante as substanciais alterações propiciadas pelo Código Civil brasileiro de 2.002 em matéria de responsabilidade civil, com a inserção da cláusula geral de responsabilidade objetiva acima referida – e mesmo considerando os demais preceitos legais que tratam da responsabilidade objetiva, também alhures explicitados – o sistema jurídico brasileiro, em matéria de responsabilidade civil, seria *dualista*, isto é, albergaria, rigor, duas cláusulas gerais: uma de responsabilização subjetiva (art. 186) e outra de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único).<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>36</sup> HIRONAKA, Giselda M. F. N. Responsabilidade pressuposta: evolução e fundamentos de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. Op.cit. Pág. 801-802.

<sup>37</sup> Por todos: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Op.cit. pág. 15.

A responsabilidade objetiva, assim, se define pela existência do dever de indenizar independente do elemento subjetivo, que dispensa a existência de culpa *latu sensu*.

Na responsabilidade objetiva,

O dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.<sup>38</sup>

Particularmente no que se refere ao que está expresso no Parágrafo Único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, a responsabilidade é conduzida à ideia do risco, e segundo esta construção, alguém será responsável sempre que, em decorrência de atividades realizadas sob seu interesse ou controle, ocorram danos em desfavor de outrem.

Nesse momento, poderíamos estabelecer alguns questionamentos válidos: afinal, dentro das concepções do direito privado, *rectius*, do direito civil, como podemos entender de forma mais precisa, de um lado, a ideia de uma responsabilidade baseada na culpa e, de outro, a responsabilidade baseada no risco, isto é, responsabilidade objetiva? No que se diferem? São elas absolutamente excludentes? É possível - ou preciso – harmonizar estas dimensões do instituto caso seja o intento do pesquisador estabelecer um fundamento ótimo do *neminem laedere* em nossos dias?

Ou, seguindo Giselda Hironaka,

As perguntas que insistem em latejar na mente do pesquisador e do observador social e jurídico são: qual é a efetiva razão de ressarcir? Qual é o verdadeiro pressuposto do dever de indenizar? Qual é o novo contorno e conteúdo da reparação? Qual é então, o marco teórico da responsabilidade civil, neste tempo das primeiras pegadas do novo milênio?<sup>39</sup>

São estes os pontos a partir dos quais seguiremos a exposição.

<sup>38</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 3: Responsabilidade Civil**, 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Pág. 14-15

<sup>39</sup> HIRONAKA, Giselda M. F. N. Responsabilidade pressuposta: evolução e fundamentos de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. Op.Cit. Pág. 759.

## 2.2 DAS CAUSAS JUSTIFICADORAS DA ECLOSÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Muitas das dúvidas expostas ao final da sessão anterior estão estruturadas através da perene discussão entre as teorias que compreendem, de um lado, o dever de indenizar a partir de fundamentos objetivos e, de outro, aquelas que entendem que a responsabilidade não prescinde de critérios subjetivos.

Com efeito, no âmbito do direito civil, as diferentes concepções entre um fundamento subjetivo e um fundamento objetivo da responsabilidade terminam por espraiar divergências em todos os aspectos, até mesmo nos elementares, das definições do instituto.

Nesse sentido, veja-se as proposições de Josserand, de um lado, e doutro, dos irmãos Mazeaud, por exemplo.

Enquanto aquele considera responsável quem tem obrigação definitiva de reparar, suportar, um dano, tomando-a em seu sentido mais amplo e objetivo, estes propõe uma teoria da responsabilidade baseada na culpa, responsabilidade subjetiva, onde o responsável é aquele que, sendo confrontado com alguém em razão de um conflito, deva reparar um prejuízo causado a outrem em razão de estado de espírito subjetivo, culpa (em sentido estrito), ou dolo.<sup>40</sup>

A responsabilidade civil subjetiva seria aquela decorrente de um ato humano passível de classificação como culposo ou doloso.

Aqui, a ideia da culpa, de natureza civil, seria precisamente aquela albergada no artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1.916 e no artigo 186 do Código Civil brasileiro de 2.002.

A referência mais elementar da responsabilidade civil subjetiva, portanto, seria o brocardo romano de que *unuscuique sua culpa nocet*, cada um responde pela sua própria culpa.

Dentro deste contexto, a ideia da culpa estaria intrinsecamente ligada à responsabilidade, por isso que, em regra, ninguém poderia merecer qualquer espécie de “*censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de*

---

<sup>40</sup> Com proveito: DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Op.cit. Pág.21 e ss; Pereira, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Op.cit. pág. 15 e ss.

*cautela em seu agir. Dai ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva*".<sup>41</sup>

Por aquela noção clássica, todavia, a vítima só poderia obter reparação do dano caso lograsse êxito na tarefa, muitas vezes "diabólica", de provar a culpa do agente.

Ora, ante tais incompatibilidades do tratamento legal do instituto da responsabilidade civil baseado na culpa com sua função de propiciar o ressarcimento da vítima, as alterações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais acima referidas de modo passageiro, foram concretizadas.

Os fundamentos de tais mudanças, que nos interessam em particular, são explicitados por Maria Celina Bodin de Moraes, quando esta civilista demonstra que

A razão de justiça subjacente a tais leis era antiga e se baseava em princípio elaborado no jusnaturalismo casuísta romano. De fato, já Paulo expressara no Digesto (D. 50, 17, 10): "*Secundum naturam est, commoda cuiusque rei unum sequi, quem sequentur incommoda*" o que foi seguido, no direito canônico, por Dino, no Liber Sextus (5, 13, 55): "*Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*". Tal princípio vem expressar a idéia segundo a qual quem obtém as vantagens de uma determinada situação, deve assumir seus inconvenientes, sendo freqüentemente citado na seguinte formulação: *ubi emolumentum, ibi onus*.<sup>42</sup>

Sérgio Cavaliere Filho leciona que a doutrina costuma apontar, em apertada síntese histórica, como principais fatores da concepção de responsabilidade civil objetiva, a revolução industrial do século XIX, o progresso científico do XX e a explosão demográfica que nele ocorreu.

Com efeito, assevera o Autor,

(...) se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do País, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem-número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se, por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito, diariamente. O crescimento da população, com milhões de pessoas migrando do interior para os grandes centros em busca de trabalho, levou ao caos os sistemas de transportes urbanos.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa ...Op.Cit.** Pág. 27.

<sup>42</sup> Idem. IBID.

<sup>43</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** Op.cit. Pág. 142.

Sobre a noção de que a responsabilidade civil tem como fundamento a ideia do *neminem laedere*, e demonstrando como este fundamento necessita de adequação ao devenir histórico-social, José de Aguiar Dias leciona que

O que o tempo, o progresso, o aparecimento de novas e febris atividades industriais determinam é o ajustamento daquela – responsabilidade civil - às necessidades atuais. Nem sempre, porém, pode o legislador fazê-lo, porque as leis devem ter caráter, tanto quanto possível, estável. Basta que, em termo razoável, recomponham as normas de acordo com as exigências da prática. A multiplicação dos infortúnios, derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta a pensar que *amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitária, decerto, mas nem por isso menos eficiente*, para que se aceite e sustente a necessidade de reparação com mais freqüência que antigamente.<sup>44</sup> (grifamos)

Caio Mário da Silva Pereira, ao explicitar as conclusões de Geoges Ripert – com as quais parece concordar – lembra que aquele autor

Resume, então, a *doutrina do risco*, desvestida das restrições de ordem técnica, nesta fórmula: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou”. O fundamento será, então, este: todo problema de responsabilidade civil resolve-se num problema de causalidade. Todo fato do homem “obriga aquele que causou um prejuízo a outrem a repará-lo”.<sup>45</sup> (grifamos)

Por fim, lembrando Jean Carbonier, o mesmo doutrinador brasileiro faz referir, que a responsabilidade objetiva não importa em julgamento de valor sobre os atos do responsável, lembrando que *é suficiente que o dano verificado seja ligado à ação do sujeito responsável por um nexo de causalidade*, porque toda pessoa que exerce uma atividade deve assumir os riscos da mesma.<sup>46</sup>

Outrossim, estas fundamentações, de índole historiográfica, podem ser encontradas em obras da primeira metade do século XX, como a de Alvino Lima, onde este Professor do Largo de São Francisco acentua que

(...) o conceito clássico da culpa, sob fundamento psicológico, exigindo do agente a imputabilidade moral, cedeu terreno às várias noções e aplicações da culpa objetivada, no sentido de eliminar da responsabilidade extra-contratual o elemento subjetivo.

O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interêses, (sic) aumentando as lesões de direitos, em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e da riqueza; a multiplicação indefinida das causas produtoras de danos,

<sup>44</sup> DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade civil**. Op.Cit. Pág. 15

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Op.Cit. pág. 19.

<sup>46</sup> Idem. IBID.

advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta dispar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia, maiores de se provar a causa dos acidentes produtores de danos, e dela se deduzir a culpa, à vista dos inventos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, o radium, os raios X e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito na consciência do jurista.<sup>47</sup>

De fato, era imprescindível buscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, “*que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde que evitasse injustiças que a consciência (sic) jurídica e humana repudiavam*”.<sup>48</sup>

Em conclusão, estas mudanças na estrutura geral da teoria da responsabilidade civil nos demonstram a necessidade de considerar “*a pobreza de técnica em face da evolução da sociedade, exigindo a readaptação das normas jurídicas em face às situações novas*”.<sup>49</sup>

Com efeito, era imprescindível o oferecimento de um novo *standard* de pensamento em matéria de responsabilidade civil, de um modelo que pudesse desempenhar mais ampla cobertura para a reparação dos danos causados.

Contudo, é certo que não podemos proclamar que o surgimento e a aceitação da ideia de responsabilidade objetiva, aconteceram em um só momento, de modo abrupto.

Um primeiro meio técnico encontrado para fazer suprir as imediatas necessidades acima elencadas, foi a elaboração da *culpa presumida*.

Trata-se de um modo de solução intermediária entre a noção de responsabilidade objetiva e subjetiva, onde se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, muito embora já se verifique indícios de sua deflagração como núcleo do dever de ressarcir, buscando-se, assim, atentar mais diretamente para as condições do lesado e a necessidade da indenização.<sup>50</sup>

Também parece ser um capítulo da formação da responsabilidade objetiva a transmutação da responsabilidade aquiliana em contratual, o que ocorrera face à já referida dificuldade da vítima em demonstrar o caráter ilícito da conduta do agente.

<sup>47</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao Risco**. Op.cit. Pág. 87.

<sup>48</sup> Idem. IBID.

<sup>49</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Op.Cit. Pág. 17.

<sup>50</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Op.Cit. Pág. 263.

Assim,

Imaginou-se, então, que em determinadas circunstâncias dá-se ênfase a uma situação em que ocorre um dano, que se enquadraria na culpa aquiliana, mas que se desfiguraria como tal e se apresenta como oriunda de um contrato o que faz incidir no conceito de culpa contratual.<sup>51</sup>

De fato, além da posterior inversão do ônus da prova em determinadas matérias de responsabilidade civil, a própria noção de culpa acabou sendo relativizada, e, dentro de tal movimento, que se demonstrou cada vez maior e inevitável, aparece com contornos de premência a ideia, já acima referida, da responsabilidade objetiva em razão do risco da atividade, notadamente face à cláusula geral preceituada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil brasileiro vigente.

Parece mesmo importante frisar que, conforme os pressupostos estruturados pela doutrina civilista, a evolução acima preceituada se justifica dado que *o conteúdo essencial da ideia de responsabilidade civil reside no dever de reparação de danos*.

Este pressuposto, o do alargamento das possibilidades de reparação dos danos, teria sido executado, maiormente, com a previsão de um sistema generalista baseado na ideia de risco.

De fato, como demonstra Maria Celina Bodin de Moraes, ao comentar a mudança da estrutura entre os códigos de 1.916 e 2.002 - de resto já acima referida – antes de 2.002,

O sistema brasileiro era, então, dotado de uma regra geral, baseada na culpa e de casos especiais, que independiam de culpa, expressamente previstos em lei. A ideia dominante era a de que só poderia haver responsabilidade objetiva (exceção) quando o legislador expressamente afastava a culpa (regra geral).

Em 2002, porém, o Código Civil estabeleceu, ao lado da cláusula geral da culpa (art. 927, *caput*), outra regra geral, esta com base no chamado “risco da atividade” (...) <sup>52</sup>

Assim, neste momento nos parece não só lícito, mas também indispensável, que oferecidas sejam as conclusões alcançadas pela doutrina civilista sobre o alcance da *teoria do risco* enquanto fundamento da responsabilização objetiva.

<sup>51</sup> Idem. Pág. 266.

<sup>52</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Op.cit. pág. 14.



Tal colocação demonstra-se relevante, eis que nos permitirá observar se os fundamentos propriamente ditos da *responsabilidade pelo risco da atividade* podem ser harmonizados com a ideia de que a responsabilidade civil, em si mesma, atende à reivindicação de um dever fundamental e de justiça.

De modo mais claro, talvez: a formulação de uma teoria da responsabilidade objetiva não representa, apenas, o ajustamento dos fundamentos do direito civil positivo a condições socioeconômicas do século XIX, mas, isso sim, seguindo as premissas destes escritos, *é uma condição necessária dos próprios laços de civilidade, isto é, da convicção cívica – política - humana, que lhe impinge a tônica do cuidado e da solidariedade como elementos para a boa convivência, isto é, para a constituição de uma boa comunidade.*

Assim, compreender os fundamentos da formação de uma responsabilidade pelo risco, e mais, *compreender o alcance da própria noção de risco*, nos permitirá interpretar de modo mais adequado a própria responsabilidade objetiva, e, desta forma, expor a ideia da responsabilidade formando um verdadeiro dever fundamental.

Ora, nessa senda, nos parece mesmo que o ponto inicial da análise é referente à construção interna do direito civil sobre a responsabilidade pelo risco.

### 2.3 O RISCO: TENTATIVAS DE DELIMITAÇÃO E ALCANCE CONCEITUAL NA DOUTRINA CIVILISTA

Como visto, o Código Civil brasileiro de 2002, tendo alterado de forma substancial o sistema de responsabilidade civil, ao preceituar a norma constante do parágrafo único de seu artigo 927, legou à doutrina e à jurisprudência da tarefa de esclarecer o sentido e o alcance da expressão, isto é, *“de que espécie de risco se trata e ainda se se refere à pessoa, incidindo em profissionalidade ou se desenvolvimento normal diz respeito às características da própria atividade”*.<sup>53</sup>

Contrariamente a outras normas sobre a responsabilidade objetiva, ao texto da cláusula geral do parágrafo único do art. 927 não apresenta rigor conceitual, uma vez que toda e qualquer atividade pode implicar *“riscos para os direitos de outrem”*.

---

<sup>53</sup> Idem. Pág. 15.

A demasiadamente ampla abertura semântica estabelecida na cláusula, como é fácil perceber, torna-se fonte de críticas, por exemplo, por deixar ao arbítrio do julgador a definição da natureza da responsabilidade objetiva, permitindo a transição da noção de atividade de risco a instituição de regimes de responsabilidade sem culpa que não ofereçam previsão legal.<sup>54</sup>

Ora, apesar de todas as dificuldades até aqui referidas, o fato é que, tendo em vista o texto expresso parágrafo único do artigo 927, bem assim a própria formação histórica e social das teorias da responsabilização objetiva, acima referidas de modo sucinto, *a doutrina conduz a responsabilidade objetiva à noção de risco, de responsabilidade pelo risco.*

Contudo, no vocábulo ordinário e mesmo no jurídico, o “risco” é um termo, além de abstrato e genérico, polivalente, sendo inúmeras as concepções que ele emprega, de modo que apenas o Código Civil brasileiro em voga apresenta o conceito risco e seus derivativos por mais de 50 (cinquenta) vezes.

O alcance do conceito de risco no direito civil é, de fato, plural, eis que poderíamos pensá-lo, por exemplo, como sendo um elemento caracterizador do chamado contrato aleatório, onde a prestação de uma das partes não seria desde logo conhecida e suscetível de estima prévia, contrário, portanto, ao contrato comutativo.

De fato, o exemplo é rico no que toca à utilização do conceitual do risco. Veja-se, assim, que mesmo neste tipo de contrato a previsão expressa do Código Civil brasileiro de 2.002, veicula o risco a uma promessa, e, assim, a uma responsabilidade.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco.** Doutrina Adcoas. v. 7, n. 1, jan. de 2004. Conf. Também: VENOSA, Silvio. **A responsabilidade objetiva no novo Código Civil.** Disponível em <http://www.societario.com.br/demarest/svrespobjetiva.html>, acesso em 08 de agosto 2011, para quem “*É discutível a conveniência de uma norma genérica nesse sentido. Melhor seria que se mantivesse nas rédeas do legislador a definição da teoria do risco.*”

<sup>55</sup> Por exemplo, o artigo 458 do Códex, que refere que “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo *risco* de não virem a existir um dos contratantes *assuma*, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir. E, ainda”, e também o artigo 459, ao preceituar que “*Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.*”

Também é um elemento jurídico-constitutivo o risco no contrato de seguro, quando um terceiro ou segurado podem ser indenizados por eventuais prejuízos ocasionados pelo *risco futuro*.

Em se tratando da delimitação do conceito ao âmbito da responsabilidade civil, o risco toma, de toda forma e de modo basal, um significado específico, que visa estabelecer o dever de reparar independentemente da culpa.

Nesse sentido, podemos pontuar com Philippe Malaurie e Laurent Aynès, que “*por muito tempo considerou-se que um dano não resultante da culpa alheia constituía um risco, comparável ao acontecimento fortuito, e que deveria ser suportado por quem o sofreu*”.<sup>56</sup>

Em face disto, e tentando alcançar uma delimitação do conceito legal de risco para a responsabilidade objetiva, especificamente, Caio Mário da Silva Pereira inicia seu pensamento expondo que

Em termos gerais, *risco é o perigo* a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar-se. Nesse sentido o art. 1.127 do Código Civil a emprega, acrescentando Beviláqua que, nesse caso, a eventualidade será devida ao caso fortuito ou de força maior, para atribuir ao vendedor os *riscos da coisa* até o momento da tradição e os do preço por conta do comprador.<sup>57</sup> (grifamos)

É bom relevar desde logo que para a maior parte das construções teóricas da doutrina civilista o conceito de *risco* pode ser pensado como algo análogo ao de *perigo*, conforme exposto nas assertivas de Caio Mário da Silva Pereira acima referidas.

Veja-se, nesse sentido, as assertivas de Cavalieri Filho, ao asseverar que “*Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente*”.<sup>58</sup>

De fato, dentro de uma primeira concepção, poderíamos aproximar as noções de risco e perigo sem maiores dificuldades, e, concluir a linha de raciocínio exposta por Cavalieri Filho, preceituando que

<sup>56</sup> MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. **Droit Civil, Les Obligations**, n. 37. Pág. 38, Apud: SILVA PEREIRA, Caio Mário. Responsabilidade Civil. Op.Cit. Pág. 280.

<sup>57</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade Civil**. Op.Cit. Pág. 279. Refere-se o doutrinador ao art. 1.127 do Código Civil brasileiro de 1.916, que assim versava: Art. 1.127. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

<sup>58</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Op. Cit. Pág. 143. Grifamos.

A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano<sup>59</sup>.

No mesmo sentido, sem tecer distinções mais rigorosas entre os conceitos de risco e perigo, Maria Celina Bodin de Moraes acentua que

(...) a cláusula da responsabilidade objetiva incide nas atividades organizadas que, lícitamente, representam perigo para os direitos de outrem. Serão, pois, indenizáveis independentemente de culpa os danos injustos, decorrentes de atividades perigosas lícitamente empreendidas, isto é, atividades das quais a sociedade é beneficiária. O fundamento da responsabilidade objetiva está, objetivamente, no perigo criado e independe de qualquer possibilidade de controle sobre a fonte do risco bem como a equação ônus-bônus, ou seja, de algum proveito econômico por parte do autor do dano.

Questão que nos interessa em particular, essa da aproximação entre os conceitos de risco e perigo, e isso porque, conforme será exposto com maior rigor no momento oportuno, nossas suposições mais basais apontam para *uma inolvidável distinção entre os conceitos de risco e de perigo*, distinção esta que permitirá observar porque *a ideia de risco é, efetivamente, mais adequada que o conceito de perigo para o estabelecimento de uma política da responsabilidade social, da responsabilidade como vínculos de solidariedade*.<sup>60</sup>

As construções justificadoras da responsabilidade pelo risco se formam em torno de grandes modalidades que tendem a aventar quando uma atividade pode ser considerada ariscada.

Forma-se, assim, uma tipologia de teorias denominadas, por exemplo, “risco integral”; “risco proveito”; “risco profissional”; “risco criado”.

Como já referido, apesar de não ser o objetivo desta pesquisa adentrar nas searas mais interiores de tais classificações, pesamos que é válida uma exposição, ainda que sucinta, sobre o alcance de cada construção das acima epigrafadas, eis que com isto poderemos chegar a uma conclusão sobre o caráter mais ou menos adequado da ideia de responsabilidade objetiva ao seu status de elemento conformador de um dever jurídico fundamental.

<sup>59</sup> Idem. IBID.

<sup>60</sup> Conf. infra, cap. 3.

Em primeiro lugar, e com uma concepção filosófica que merecerá destaque linhas abaixo, se apresenta a teoria do risco integral.

Segundo esta concepção, a responsabilidade civil não deve assentar-se sob nenhum conceito positivo. Isto é: *abolida a ideia da culpa como fundamento da responsabilidade, se estabelece que qualquer fato, seja ele considerado culposo ou não-culposos, deve impor ao seu autor um dever de reparação, desde que cause um dano.*

Segundo esta construção, assim, é suficiente apurar a existência do dano para que seja assegurada à vítima o direito de indenização.

A teoria do risco integral não logrou maior aceitação prática, sendo restrita e mesmo controversa sua aplicação no campo da responsabilidade objetiva do Estado, no seguro obrigatório por acidentes automobilísticos, e responsabilidade por danos nucleares, por exemplo.

De fato, a teoria do risco integral é uma construção muitas vezes reputada como extremada, que visa, conforme já preceituado, justificar a existência do dever de reparar mesmo nos casos de inexistência do nexos causal, isto porque, como sabemos, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, embora seja dispensável o elemento da culpa, não se prescinde da relação de causalidade entre dano e conduta (ou a omissão) que causa o dano.

Assim, como lembra Sérgio Cavalieri Filho, pela chamada teoria do risco integral, “o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior”.<sup>61</sup>

Outras soluções teóricas para a delimitação da ideia do tipo de atividade arriscada que deveria gerar responsabilidade foram pensadas, como, por exemplo, a teoria do *risco profissional*, que propugna que o dever de indenizar teria lugar sempre que o fato danoso tem lugar através da atividade ou profissão de quem sofre o dano.

Conforme se pode perceber, esta concepção foi desenvolvida especialmente para ajustar a possibilidade de reparação de danos sofridos por empregados em seu trabalho ou em decorrência deste, sem que fosse com isso necessária a comprovação da culpa do empregador, o que muitas vezes mostrava-se impossível.

Outra percepção bastante influente foi a da teoria do risco-proveito, onde o responsável seria aquele que retira proveito da atividade danosa.

---

<sup>61</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. Op.Cit. Pág. 146.

Tal concepção está pautada da ideia de que *ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, aonde está o ganho deve também estar o encargo.

Como podemos observar sem maiores problemas, a grande dificuldade desta construção reside da definição da *natureza do proveito que gera o ônus*, não se podendo referir se seria um ganho econômico apenas ou de qualquer outra classe.

Sobre essa construção, são pertinentes as críticas de Caio Mário da Silva Pereira, que demonstra que

Latu Sensus, esta doutrina poderia compreender qualquer atividade, pois que somente um insensato, como objeta Savatier, realiza atos sem ser guiado por um interesse de cunho pecuniário ou moral. Para colocar a teoria num terreno mais realista, cumpriria entender o vocábulo “proveito” em acepção mais restrita, a saber: aliada a uma fonte de riqueza, ou em contraposição ao funcionamento de um organismo capaz de gerar prejuízo.<sup>62</sup>

Por fim, vale referir aqui sobre a teoria do risco criado, que mereceu aplausos de importante setor doutrinário.<sup>63</sup>

Nesta formulação, responsável é aquele que em razão de sua atividade ou profissão cria um “perigo” a outrem.

Dentro desta construção, o melhor conceito de risco seria aquele que se adaptasse às condições da vida social, determinando que qualquer pessoa que coloca em funcionamento qualquer atividade, deve responder pelos danos dela decorrentes.

A ideia encontra distinções relevantes em relação à teoria do risco-proveito, dado que importa em uma ampliação do conceito de risco propugnado por esta teoria, efetivando um aumento dos encargos do agente que causa o dano, mas sendo mais equitativa à vítima, eis que esta não teria de provar nenhuma espécie de vantagem oriunda do dano.

Assim, Caio Mário da Silva Pereira demonstra que

Em relação à teoria do risco proveito, a distinção é que nela não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. É obvio que se supõe que a atividade pode ser proveitosa para o responsável. Mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da

---

<sup>62</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil**. Op.Cit. Pág. 282.

<sup>63</sup> Idem. IBID. Pág. 284.

vantagem. O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente, (...).<sup>64</sup>

Em conclusão, independentemente da adoção de uma teoria que possa conceituar o alcance do conceito de risco – o que acreditamos sinceramente seja impossível – o inegável é que, como refere Maria Celina Bodin de Moraes, “há um paradoxo que insere o conceito de risco no centro do funcionamento da sociedade industrial, que tem características que o impedem de interpretá-lo nos significados anteriores de acaso ou providência”.

O conceito parece mesmo obedecer a um tipo de razão objetiva aplicável ao dever objetivo de indenizar que se estabelece face a algumas atividades coletivas, e que, para tanto, não necessitam ser excepcionais ou extraordinárias.

A conclusão que parece despontar ao longo das páginas anteriormente oferecidas, é que falar em responsabilidade objetiva é falar em um modelo de responsabilização que tem como tônica um argumento de moralidade, ou, talvez, a noção mesma do justo.

Conforme demonstra autorizada doutrina pátria,

A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sócio-cultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista liberal de responsabilidade compatível com a ideologia do código de 1.916 para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código de 2.002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado.<sup>65</sup>

A ideia mais fundamental, portanto, é a de que aquele que comete dano face a outrem deve reparar tal dano, de modo que o dever de reparar decorre agora de um vínculo de solidariedade, e não do ato tido como culposos.

Contudo, como podemos observar também sem maiores dificuldades, extravasa das linhas anteriores a relação entre as ideias de responsabilidade objetiva, o conceito de risco e o tema da modernidade.

A pergunta natural, nesse ensejo, é pela delimitação conceitual do “risco”, e como, dependendo do ponto de referência teórico adotado para a delimitação do

<sup>64</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Op.Cit. Pág. 17.

<sup>65</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. Op.Cit.Pag. 18-19.

conceito, a dimensão política da responsabilização objetiva pode ser abordada de forma mais ou menos ajustada.

Assim, como também podemos perceber, *a doutrina do direito civil demonstra clara insuficiência no momento de justificar porque o conceito de risco deve ser pensado como um fundamento da responsabilidade objetiva.*

Isso porque, as diversas “teorias” que buscam justificar o alcance da ideia de risco na responsabilidade objetiva procuram, no máximo, apresentar que tipo de atividades deveriam - e por que razões – ser consideradas como ariscadas, sem alcançar o que é verdadeiramente elementar: *o conceito de risco em si mesmo.*

A questão fulcral reside na justificação do conceito de risco a partir da premissa da solidariedade, do reconhecimento, que é fonte do alargamento do dever de indenizar.

Segundo cremos, é observando esta relação entre risco e solidarismo, risco e alteridade, que o verdadeiro sentido da responsabilidade como dever fundamental e como elemento de justiça poderá ser concretizado.

Para tanto, contudo, um primeiro passo é requisito: compreender, dentro de uma perspectiva mais rigorosa quanto possível, os fundamentos da adoção do conceito de risco como elemento central das contemporâneas descrições sociológicas da “modernidade”, e verificar se esta adoção é condizente com as premissas do presente trabalho, quais sejam, as de que sendo o risco um elemento central de tais descrições da modernidade, deve também a responsabilidade – responsabilidade civil – sê-lo.

Assim, remetemos o leitor ao capítulo seguinte, onde os conceitos de risco e modernidade serão analisado à luz de premissas sociológicas, mormente da teoria sistêmica.



### 3 A DESCRIÇÃO SOCIOLÓGICA DO CONCEITO DE RISCO: O RISCO COMO FÓRMULA DESCRITIVA DA SOCIEDADE MODERNA.

#### 3.1 RISCO E MODERNIDADE?

Como se observa do capítulo anterior, a construção dogmática da teoria da responsabilidade civil relativiza a exigência de *culpa* para a configuração do dever de indenizar pela premissa de que a partir de um determinado contexto social, as atividades humanas, ainda que revestidas de licitude, criariam naturalmente uma situação de *risco* (ou *perigo*) para os direitos de outrem.

Ocorre que, como também restou demonstrado nas linhas cima expostas, são sumárias as razões dadas pela teoria do direito civil no que toca às causas ou às mais precisas características deste contexto social em que passamos a falar do risco como fundamento da responsabilidade, isto é, do *risco como elemento do dever de indenizar*.

Em um primeiro momento, nos parece que a construção está atrelada à suposta complexificação das relações sociais advindas do aperfeiçoamento do processo de industrialização, situação que teria sido seguida pelo advento de uma sociedade tecno-científica, onde, por exemplo, condições como a exploração de atividades nucleares, a utilização de um sistema de tráfego automobilístico e a prestação de serviços pelo Estado, passariam a exigir do jurista e do Direito, uma construção mais alargada da teoria da responsabilidade.

A conclusão é que o risco é um elemento estruturante, uma característica pontual, da própria *modernidade*, na qual o direito moderno precisaria se ajustar, ajustando também a teoria da responsabilidade civil a partir da constituição de um dever geral e *objetivo* de responsabilizar.

Ocorre que, vale ressaltar novamente, a construção se demonstra assimétrica precisamente no que toca à descrição do conceito de risco a partir da ideia de modernidade, que também não fora devida e harmonicamente apresentada pelos civilistas.

Ora, se pressupormos que *o sentido sociológico e filosófico de modernidade não é análogo ao do processo industrialização*, já temos sérias razões para descartar a conjunção realizada pela teoria civilista entre os conceitos de risco e “modernidade”.

O objetivo geral do presente capítulo, assim, é perquirir nas descrições sociológicas dos conceitos de risco e modernidade o que efetivamente ambos guardam de comum, e, principalmente, se, e por que, deveríamos pensar nesta relação como sendo um fundamento do dever de indenizar.

Como o leitor poderá observar sem maiores dificuldades, a tese ora exposta é a de que *não é o risco e nem mesmo a modernidade, que devem ser pensados como fundamentos do dever objetivo de indenizar, de reparar, mas sim a responsabilidade em si mesma, a ideia do sujeito responsável.*

Para as finalidades deste trabalho, *a modernidade se define pelo sentido da experiência do tempo nela existente, isto é, do tempo transitório e fugaz, em que as relações sólidas e duradouras são excepcionais.* A modernidade se define pela constante exigência de novidade em matérias comunicativas dos diversos sistemas sociais que lhe definem.

Assim, o *“risco advindo da modernidade”* apenas *lembra ao sujeito responsável que, por viver em sociedade, vive com os outros, e, assim, a profundidade da responsabilidade do sujeito de direito, é reflexo do caráter bem organizado da própria sociedade, e, na “sociedade moderna”, ser responsável é ser responsável não apenas diante de si e do outro, mas ser responsável em uma perspectiva temporal: ser responsável diante do futuro.*

Como se demonstrará nos capítulos vindouros, o conceito de *risco*, entendido como elemento caracterizador da *modernidade*, coloca o problema da responsabilidade na seara da responsabilidade pelo futuro, de responsabilidade pela manutenção de pactos fundantes de uma sociedade bem organizada, alçando a teoria da responsabilidade a um elemento do justo, e a categoria jurídico-dogmática da responsabilidade civil, a um direito e dever fundamental.

### 3.2 A MODERNIDADE ENTRE O ANTIGO E O MODERNO

Antony Giddens, em clássica obra destinada a explicitar as consequências da modernidade, inicia seus trabalhos asseverando que a modernidade refere-se ao “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do

Século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”.<sup>66</sup>

Ocorre que apenas em um alcance bastante limitado, podemos efetivamente crer que as primeiras explicitações do conceito de modernidade aparecem tão somente a partir do século XVII.

É que como nos demonstra Habermas, o liminar histórico entre a *época moderna* e a época precedente, a época medieval, radica em três acontecimentos que se deram já por volta de 1500: a descoberta do “novo mundo”, o Renascimento e a Reforma.<sup>67</sup>

Assim, como pode o leitor observar, não é tarefa simples definir em linhas limitadas algum sentido preciso para o conceito de modernidade.

“Algum sentido”, pois, como vemos são plurais os alcances que o conceito pode nos oferecer.

Um dos primeiros autores a utilizar o conceito de modernidade foi Charles Baudelaire, que pensou a modernidade, em termos de crítica da obra de arte, como uma série de mudanças que se operavam no presente, privilegiando, assim, este estrato do tempo.

Para Baudelaire, “A Modernidade é o transitório, o efêmero, o contingente, é a metade da arte, sendo a outra metade o eterno e o imutável.”<sup>68</sup>

Etimologicamente, entretanto, a termo “modernidade” é derivado do latim *modernus* (recentemente), que desde o século V, com os escritos de Santo Agostinho, passou a ter diversos significados.

Neste sentido, este conceito,

Na origem, opunha-se ao passado pagão; a partir do século XVI, todavia, quando os eruditos revalorizaram a cultura pagã, ser moderno era se opor ao medieval, e não ao antigo ou à Antiguidade. Os Homens do século XVI julgavam estar vivendo em um mundo novo (moderno), embora o passado greco-romano devesse ser respeitado na construção desse novo mundo e do novo homem, liberto do “obscurantismo” medieval.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: editora UNESP, 1991. Pág. 11.

<sup>67</sup> HABERMAS, Jurgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins fontes, 2000. Pág. 09.

<sup>68</sup> BAUDELAIRE, Charles: **Sobre a Modernidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. Pág. 24.

<sup>69</sup> SILVA, Kalina; SILVA, Maciel. **Dicionário de conceitos históricos**. São Paulo: Contexto, 2006. Pág. 297.

Assim, melhor que tentar buscar uma definição precisa do conceito de modernidade, nos parece ser identificar as relações que este conceito tem com outros que lhe são inerentes, e assim, localizar que características relevantes esta “modernidade” apresenta a uma teoria que visa contextualizar o sentido da “responsabilidade civil na modernidade”.

Para iniciar o debate, parece mesmo indispensável explicitar que a *modernidade não se confunde com o moderno, muito menos com modernização*.

Embora possamos encontrar equivalentes em outras civilizações, o par antigo/moderno é ligado à história do ocidente, e durante o período pré-industrial, séculos XV-XIX, representa uma dimensão de oposição cultural que no fim da Idade Média e no Iluminismo, tomou conta das preocupações intelectuais, políticas e artísticas.

A ideia de *modernidade* – e não época moderna, como acima assinalado - aparece na segunda metade do século XIX, representando uma reação paradoxal e ambígua, face à cultura da industrialização.

O conceito de modernização, doutro lado, aparece na segunda metade do século XX, e torna-se generalizado no Ocidente desenvolvido, sendo ao mesmo tempo introduzido em outros locais, como no Terceiro Mundo, representando a ideia de compartilhamento, ainda que forçado, de um estilo de vida, de produção e divisão dos bens sociais, da sociedade.<sup>70</sup>

Assim, um primeiro passo importante é buscar entender a qualidade que a modernidade quer expressar a partir da compreensão do que é moderno, propriamente, e, nesse sentido, é também indispensável contextualizar o moderno com a outra parte da unidade sua diferença: o antigo.

O par antigo/moderno é formado pela atitude dos indivíduos, das sociedades e das épocas perante o passado, o seu passado.

Como nos demonstra Le Goff, nas sociedades ditas *tradicionais* - as *sociedades não-modernas* - a Antiguidade tem um valor seguro, os antigos dominam, como velhos depositários da memória coletiva, como garantes da autenticidade e da propriedade. Estas sociedades voltam-se para os conselhos dos antigos, os senadores, a gerontocracia.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Sobre estas distinções, com proveito: LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Campinas: Editora UNICAMP, 2003. Pág. 173 e ss.

<sup>71</sup> Idem. Pág. 175.

Também na Idade Média, a antiguidade de um direito costumeiro, confirmada pelos membros mais velhos da comunidade, erigia o mesmo à categoria de lei fundamental do reino, elemento formador da própria constituição política da comunidade.

Contudo, o dualismo que se faz entre o par antigo/moderno é bem mais complexo do que poderia parecer em um primeiro momento, e ele começa a tomar contornos mais precisos quando, durante o Renascimento, o “antigo” passa a designar a época da *Antiguidade clássica*, greco-romana, que seria precisamente uma época a ser seguida, demarcando, de um lado, o que seria *época moderna*, e de outro, a época passada - a Idade Média - *esta devendo ser superada*.

De fato, o renascimento perturba o pretense caráter simplório da distinção do “moderno” como mero oposto ao “antigo”: *o moderno passa a ser exaltado através do antigo*, como uma forma de seguir os “gigantes” da antiguidade grega, situação esta que, como sabemos, não deixa de ser problemática, eis que a modernidade do Renascimento deve justificar por que razão a modernidade deveria seguir a cultura clássica.

Assim,

Foi preciso chegar às vésperas da Revolução francesa para que o Século das Luzes adotasse a idéia de progresso, sem restrições. Tocqueville coloca esta viragem decisiva em 1780. Já em 1749, o jovem Turgot tinha escrito as *Réflexions sur l'histoire des progrès de l'esprit humain*. (...) Só então os homens das Luzes vão substituir a idéia de um tempo cíclico, que torna efêmera a superioridade dos antigos sobre os modernos, pela idéia de um progresso linear que privilegia sistematicamente o moderno.<sup>72</sup>

Os entraves históricos podem ser explicados: a classificação até hoje usual dos tempos em Idade Moderna, Idade Média e Antiguidade, apenas pôde ser composta após a resignificação de expressões como “novos tempos” e “tempos modernos”, que perdem sua significação exclusivamente cronológica, passando a significar uma época verdadeiramente “nova”.

Assim, como explica Habermas,

Enquanto no Ocidente cristão os “novos tempos” significavam a idade do mundo que ainda está por vir e que despontará somente com o dia do Juízo Final – como ocorre ainda na Filosofia das idades do mundo, de Schelling -, *o conceito profano de tempos modernos expressa a convicção de que o*

<sup>72</sup> LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Op.Cit. Pág. 184.

*futuro já começou: indica a época orientada para o futuro, que está aberta ao novo que há de vir. Com isso, a censura em que se inicia o novo é deslocada para o passado, precisamente para o começo da época moderna. Somente no curso do século XVIII o limiar histórico em torno de 1500 foi compreendido retrospectivamente como tal começo.*<sup>73</sup>

De fato, seguindo as premissas expostas alhures, o presente trabalho acredita que uma das características da sociedade da “modernidade” radica em sua *tendência ao futuro*, isto é, na *tolerância, e mesmo necessidade*, do processamento da novidade e da contingência<sup>74</sup>.

É particularmente sintomático, por exemplo, o uso do termo hegeliano “espírito do tempo”, que caracteriza o presente como uma transição que se consome na consciência da aceleração e na expectativa da heterogeneidade do futuro.

Assim,

Uma vez que o mundo novo, o mundo moderno, se distingue do velho pelo fato de que se abre ao futuro, o início de uma época histórica repete-se e reproduz-se a cada momento do presente, o qual gera o novo a partir de si.<sup>75</sup>

Como explicita generosamente Le Goff,

O combate entre o “antigo” e “moderno” será menos o combate entre o passado e o presente, a tradição e a novidade, do que o contraste entre duas formas de progresso: o do eterno retorno, circular, que põe a Antiguidade nos píncaros e o progresso por evolução retilínea, linear, que privilegia o que desvia da antiguidade.<sup>76</sup>

Contudo, devemos demonstrar de forma mais precisa, como as sociedades modernas – tendo como marco da modernidade o período do Renascimento e a Reforma – passam a não apenas aceitar, mas também a reivindicar, a necessitar, do novo, da contingência, como um elemento indispensável para sua própria manutenção, descrição que, segundo cremos, é mais satisfatoriamente explicada nos termos da diferenciação social oferecida pela sociologia dos sistemas de matriz luhmanniana.

<sup>73</sup> Idem. Pág. 9-10.

<sup>74</sup> Sobre isso, LUHMANN, Niklas: **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos, 1998. Pág. 255 e ss.

<sup>75</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Op.Cit. Pág. 11.

<sup>76</sup> Le Goff, Jacques. Op. Cit. Pág. 178.

Nesse sentido, vale dizer que as semânticas temporais dominantes nas sociedades pré-modernas<sup>77</sup>, de modo geral, sofrem variações na medida em que se diferenciam os sistemas sociais a partir de critérios funcionais, e, com isso, o modo como o próprio sistema jurídico desempenha a sua função de *generalização congruente de expectativas* também passa a ser interpretado de formas substancialmente diversas, exigindo, em cada momento, uma estrutura específica da ideia de responsabilidade jurídica, por exemplo.

Assim, as *descrições temporais* que aqui buscamos alcançar, se diferenciam da semântica temporal da *antiga* Europa, da Europa clássica e medieval, é bem dizer,<sup>78</sup> eis que na estrutura temporal desta sociedade, está concebida a existência de um *tempo eterno*, que possibilita ao observador diferenciar a eternidade (*aeternitas*) do tempo propriamente dito (*tempus*), e, desta forma, distinguir entre o destino - que dependeria do curso do tempo - da ordem social, que por sua vez seria independente do conceito de tempo: em outras palavras, uma sociedade concebida *sem contingência, sem abertura para o novo*.

Nesse passo, em tal sociedade, “entre o passado e o futuro não há ‘nada’, e o mesmo é válido para tudo o que se coloca ‘entre’ – como, por exemplo, o que separa as partes de um todo e com elas se une no todo.”<sup>79</sup>

Assim, quando os mecanismos de desenvolvimento estrutural - ou melhor, diferenciação funcional da sociedade - entram em ação, *a sociedade deve prescindir de qualquer fixação de pontos de referência firmes, estáticos, para as suas auto-observações*.

Justamente por isso, desde o século XVI se começa a verificar a presença de problemas de insegurança na forma como eram realizadas as autodescrições das sociedades não-diferenciadas funcionalmente.

Nesse sentido, resume Luhmann que

<sup>77</sup> Sobre isso: LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Ciudad de México: Editorial Herder. Pág. 687 e ss.

<sup>78</sup> Semântica, segundo Luhmann (*La Sociedad de la Sociedad*. Op.cit, pág.708) consubstanciada no pensamento greco-romano-cristão, já que somente esta tradição teria acompanhado a sociedade moderna em seu surgimento e somente ela tem influência sobre as expectativas que ainda hoje poderiam ser verificadas.

<sup>79</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Op. Cit. Pág. 714. No original: “entre pasado y futuro entonces no hay ‘nada’, y lo mismo es válido para todo lo que se halla ‘entre’ – como por ejemplo lo que separa partes de un todo y con ello las une en el todo”.

Em um processo de longa duração, que encontra fim apenas no ano de 1800, vão se apagando paulatinamente as referências mais indiretas da semântica de um mundo ordenado hierarquicamente – e com isso também se põe em dúvida o uso obrigatório da tradição. A semântica da antiga Europa permanece, no que concerne à sua forma de transmissão, de sua memória. Recorda coisas e lugares (*tópoi*). A memória representa o mundo tal como ele é porque esta maneira de vê-lo sempre se fez comprovada. Não importa que se verifique sua origem nem que se lembre desde quando se sabe algo.<sup>80</sup>

Na semântica da antiga Europa, *a tradição e a eternidade eram o tempo por excelência da legitimação social, e o presente só fazia sentido enquanto possibilidade de acessar o passado, de dar concretude ao mesmo.*

Por outro lado, *em sociedades funcionalmente diferenciadas, nas sociedades modernas - podemos assim ajustar - o presente é o tempo que não é tempo, pois ele tem a única e primordial função de possibilitar que sejam feitas as distinções entre passado e futuro.*

Como refere De Giorgi, comentando sobre o conceito de *modernidade*,

A percepção da historicidade do tempo enquanto tempo presente significa, como disse Marquard, percepção da inevitabilidade do que é indisponível. Indisponível são as premissas, isto é, o passado que não mais existe enquanto é passado, e o futuro, que ainda não existe na medida em que é futuro. Estas indisponibilidades, porém, são inevitáveis, porque o passado e o futuro são modalidades do tempo que existem, isto é, só podem ser construídas no presente. E se, quanto ao passado, *não se pode fazer nada, quanto ao futuro pode-se fazer algo, ou melhor, tudo o que se faz é sempre construção de um futuro.*<sup>81</sup>

O fim ou o abandono massivo das semânticas da antiga Europa acarreta e exige mudanças de compreensão igualmente robustas, e, por isso, novas teorizações sociais e novas formas de auto-observação e auto-descrição pelos sistemas sociais passam a ser necessárias, com vistas a vinculação com o futuro, dado que

<sup>80</sup> Luhmann, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Op.cit. pág. 760. No original: “En un proceso de larga duración, que llega apenas a término hacia el año de 1800, se van apagando paulatinamente las referencias más indirectas de la semántica a un mundo ordenado jerárquicamente – y con ello también se pone en duda lo obligatorio de la tradición. La semántica véreto europea vive, en lo concierniente a su forma de transmisión, de la memoria. Recuerda cosas e lugares (*tópoi*). La memoria representa al mundo tal como es porque esa manera de verlo siempre se ha comprobado. No importa que se marque el origen ni que se recuerde desde cuándo se sabe algo”.

<sup>81</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. Pág. 152/153. (grifamos)



A sociedade moderna se caracteriza por uma primazia da diferenciação funcional. Se esta ideia é correta, então os pontos de ruptura com a tradição da antiga Europa – na medida em que não se remetem simplesmente à nova técnica da imprensa – devem situar-se onde a autonomia e a dinâmica própria dos sistemas diferenciados funcionalmente se fazer notar e exigem interpretação. De fato, isto se mostra de múltiplas maneiras.<sup>82</sup>

Uma destas novas exigências de interpretação, indubitavelmente, é aquela relativa à temporalização de tais sistemas sociais funcionalmente diferenciados, e a *aceitação do tempo futuro na forma de contingência*.

É somente na modernidade que poderemos ter uma concepção de temporalização que coloque o presente como *locus* privilegiado da observação, privilegiado porquanto é nele que o futuro - *o tempo para onde tudo passa a se direccionar* - poderá ser diferenciado.

Isto é: o presente não existe em si mesmo, mas a partir dele podemos alcançar a distinção entre o que é futuro e passado.

A sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, parte si mesma e vai até ela própria.

Como certifica, sobre isso, o testemunho de De Giorgi,

A sociedade é uma máquina histórica, que em todas as suas operações, sempre parte de si mesma; isto é, da situação na qual tem colocado a si mesma com suas operações. Para proceder deste modo, esta deve estar presente para ela mesma, esta deve auto-representar-se. A sociedade, portanto, produz auto-descrições que sedimentam significados, quer dizer semânticas históricas, através das quais uma sociedade se diferencia. Esta se diferencia de todo o resto que não é sociedade e, ao mesmo tempo, das sociedades que a tem precedido.<sup>83</sup>

Segundo a lição de Peter Pál Pelbart, que parte da filosofia do tempo de Gilles Deleuze, é esta diferenciação social da sociedade que faz com que o *mito do eterno retorno*<sup>84</sup> ao passado deixe de ser um imperativo categórico da existência social, pois este impossibilita a percepção do tempo enquanto futuro.

Nessa senda, refere Pelbart que

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Op. Cit. Pág.763. No original: “La sociedad moderna se caracteriza por una primacía de la diferenciación funcional. Si eso es acertado, entonces los puntos de ruptura respecto a la tradición vétero europea – en la medida en que no se remiten simplemente a la nueva técnica de la imprenta – deben situarse allí donde autonomía y dinámica propia de los sistemas funcionales diferenciados apremiadamente se hacen notar y exigen interpretación. De facto esto se muestra de múltiples maneras”.

<sup>83</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: Vinculos com o futuro**. Op.Cit. Pág. 204.

<sup>84</sup> Sobre isso: ELIADE, Mircea: **O mito do eterno retorno**. Lisboa: Edições 70, 1969.

No plano do pensamento, o eterno retorno parodia o imperativo kantiano: “o que tu quiseres, queira-o de tal modo que também queiras o seu eterno retorno”. O querer é submetido a uma condição de infinitização temporal. Apenas subsiste e retorna aquilo que se dispõe a retornar sempre. Aquilo que se quer apenas uma vez, uma última vez e nunca mais, não passa de um meio-querer, um querer fraco. Este é eliminado. Nesse sentido é o tempo (o infinito do eterno retorno) que pode fornecer a medida do querer. Querer verdadeiramente é querer infinitamente, mas querer infinitamente é querer sempre, querer para todo o sempre, querer que retorne infinitamente esse mesmo querer, querê-lo absolutamente. Somente projetado ao todo do tempo pode o querer dar prova de que atinge o seu limite, isto é, a sua potência máxima.<sup>85</sup>

Podemos então concluir, com De Giorgi, que talvez a ideia de modernidade deva ser pensada não em oposição à antiguidade, mas em oposição à *eternidade*, pois “o moderno é transitório, é fugaz, sempre diverso, em suma, contingente”<sup>86</sup>, no que importa dizer também, confirmando a assertiva de Pelbart, que o futuro não se repete, não pode ser ele próprio aquilo que já fora, é sempre novidade, é sempre contingência.

Deste pressuposto podemos alcançar a ideia de que *a sociedade moderna representa seu futuro como contínuo recomeçar*, ou seja, como contínua interrupção, e, por essa razão faz-se premente a existência de modos recorrentes de vinculação entre o presente – *tempo fugaz, inexistente* – e o futuro, tempo que existe enquanto eterno recomeçar, modos de vinculação esses representados *precipualemente pelo conceito de risco e de responsabilidade*.

Assim, o futuro apenas pode ser visto na forma de probabilidade, de possibilidade e contingência: pode se verificar assim como pode não se verificar, depende sempre da escolha - também ela contingencial - tomada no presente. Cada escolha pode torná-lo possível. No entanto, escolhas nada mais são que *eventos vinculados a eventos*. Na sociedade, por fim, devem haver vínculos: devem haver vínculos que amarrem o tempo, fixem um futuro, vínculos com o futuro.<sup>87</sup>

Esta situação deixa ver o seu paradoxo constitutivo, isto é, *a primazia de um tempo que todavia ainda não é, e deixa transparecer o necessário risco dela decorrente, pois*

<sup>85</sup> PELBART, Peter Pál. **O tempo não-reconciliado**. São Paulo: Perspectiva, 2004. Pág. 134.

<sup>86</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia....**Op.Cit. pág. 152.

<sup>87</sup> Idem. Pág. 79.

A alternativa de (se pensar o tempo em) linear ou cíclico oculta, com sua forma metafórica, o ponto decisivo. Sugere movimento em direção a outros lugares no espaço. A conversão até a primeira dimensão temporal significa, sem embargo, que a sociedade se move em direção a um mundo que todavia não existe. Sendo tudo isto uma ação sem base, o pressuposto do progresso (capaz de motivar) esconde desde logo o fato de que o futuro é desconhecido.<sup>88</sup>

Para a “solução” deste problema, para o desdobramento deste paradoxo, é que se estabelecem, conforme já referido, os mecanismos de vinculação com o futuro, que, como disse De Giorgi, na sociedade moderna, são tão imperativos como o próprio futuro.

Se na sociedade funcionalmente diferenciada não há possibilidade de legitimação do sentido normativo a partir da reconstrução do passado, tal legitimação deve ser feita com base em mecanismos de vinculação – no nosso problema, pelas ideias de risco e responsabilidade – buscando assim *substitutos para a legitimação que era feita pelo passado*.

Com efeito, expõe De Giorgi, que

A contingência produzida pelos sistemas sociais, bem como a contingência processualizada pelas estruturas desses sistemas, constituem um enorme recurso da modernidade da sociedade moderna: trata-se, no entanto, de um recurso muito *arriscado*. O direito é o sistema de produção e controle seletivo desta contingência, desta contínua possibilidade de outras possibilidades.<sup>89</sup>

Destarte, a contingência, o novo, o futuro, que são elementos definidores da sociedade moderna, colocam face à modernidade o paradoxo das formas de tratamento do novo: A aceitação do futuro, conforme referido por De Giorgi, é ela própria um recurso *muito arriscado*.

Assim, esse sentido de *progresso linear*, de aceitação da contingência, que caracteriza a modernidade e o pós-iluminismo, é também uma marca do processo de racionalização que atinge a sociedade ocidental da Europa nas esferas da economia, da política e da cultura.

<sup>88</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Op. Cit. Pág.791. No original: “La alternativa de lineal o cíclico oculta con su metafórica especial el punto decisivo. Sugiere movimiento en dirección a otros lugares en el espacio. La conversión hacia la primacía de la dimension temporal significa, sin embargo, que la sociedad se mueve en dirección de un mundo que todavía no existe. Siendo todo esto un moverse sin sostén, el supuesto de tratar-se de progreso (capaz de motivar) encubre por lo pronto el hecho de que el futuro es desconocido”.

<sup>89</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia...**Op.Cit. pág. 79. Grifamos.

Como demonstram as conclusões de Sérgio Paulo Rouanet na esteira de matriz sociológica weberiana, sem dúvidas o processo de racionalização da economia levou o Ocidente a dissolver as formas feudais, pré-capitalistas, de produção e a elaborar mentalidades fundadas no cálculo, na *previsão de riscos* e em técnicas racionais de contabilidade e administração, na forma de trabalho livre a assalariado.<sup>90</sup>

Já a racionalização política da modernidade se apresentou como uma substituição da autoridade descentralizada do medievo pelo funcionamento do aparato do Estado Moderno.

Nessa senda, com a passagem para o Estado liberal burguês, no século XVIII, “a dominação política deixou de estar vinculada ao carisma, ao Direito Divino, ao costume, à tradição, e passou a ser legitimada em fundamentos racionais, em um contrato, em regras pré-estabelecidas pelos cidadãos”.<sup>91</sup>

No plano da cultura, ocorreu o *desencantamento do mundo*, quando a compreensão do mundo passou a prescindir do auxílio daquele tipo de conhecimento mitológico, agora tido como inservível, e o conhecimento “científico”, não-mitológico, permitiria ao homem escapar das visões mágicas, e lhe instalar no reino da razão.

O projeto iluminista de aceitação do futuro tinha duas vertentes, que foram herdadas tanto pelo liberalismo como pelo socialismo: o aumento da *eficácia* e o aumento da *autonomia*: a primeira dimensão pugnava pela racionalização das ações humanas e da relação entre estes e a natureza, eis que, com o uso da técnica e da tecnologia, seria possível maior eficiência científica nas esferas de produção de bens e administração política.

Contudo,

(...) a eficácia degenerou em dominação, e é atualmente muito criticada por ser responsável pelos estragos ecológicos que o planeta enfrenta, pelo tecnicismo frio da vida moderna, por ter colocado em risco de aniquilamento atômico de toda a humanidade.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

<sup>91</sup> SILVA, Kalina; SILVA, Maciel. **Dicionário de conceitos históricos**. Op.Cit. Pág. 298.

<sup>92</sup> Idem. Pág. 299

Na dimensão da autonomia, a modernidade defende a capacidade da razão na libertação do Homem, sem distinção de sexo, cor, raça ou credo. Para os princípios básicos do iluminismo em matéria moral, o debate público poderia garantir tanto o consenso como o dissenso em termos pacíficos, dado que a capacidade de encontrar o bom em matéria de moral – para falar em termos kantianos – seria dada a *qualquer pessoa*.

Contudo, como sabemos, até o presente momento

(...) a modernidade realmente posta em prática pelo Ocidente desde século XIX, a chamada modernidade real gerada pelo liberalismo e pelo socialismo, não foi capaz de emancipar o homem.<sup>93</sup>

Em sede de conclusões destas questões preliminares, podemos dizer que face a este caráter de contingência, de transitoriedade que *a ideia de progresso* apresenta no “moderno”, “O moderno tende, acima de tudo, a se negar e destruir”<sup>94</sup>, pois “o moderno adquiriu um ritmo de aceleração desenfreado. Deve ser cada vez mais moderno: daí um vertiginoso turbilhão de modernidade.”<sup>95</sup>

Diante deste cenário, a teoria da responsabilidade civil, de fato, precisa ser reformulada para ser uma teoria da responsabilidade diante do futuro, *precisa representar uma construção jurídica e moral que possa realizar a ideia do justo no sentido mais básico de um elemento indispensável para a convivência em comum*.

Este papel, o de estabelecer vinculações diante do desconhecido, o de propiciar a responsabilização por danos que são contingentes e que possam inclusive não ter sido desejados pelo seu agente, seria cumprido pela construção da responsabilidade civil objetiva, construção esta que, conforme delimitado anteriormente, está legislativa e dogmaticamente atrelada à noção de risco.

Contudo, conforme fora também outrora referido, a delimitação do conceito de risco, na teoria e na legislação jus-civilista, é sabidamente insuficiente, razão pela qual, após termos buscado delimitar o sentido da “modernidade” - ou melhor, a relevância deste conceito para os restritos fins deste trabalho - buscaremos linhas abaixo estabelecer também um conceito mais adequado de risco, tendo em vista, claro, os limites da presente proposta.

---

<sup>93</sup> Idem. IBID.

<sup>94</sup> Idem. Pág. 203.

<sup>95</sup> Idem. Pág. 204.

### 3.3 O CONCEITO DE RISCO

#### 3.3.1 O risco como abertura e vinculação com o futuro

Como salientado linhas acima, a doutrina jus-civilista, ao fundamentar a concepção da responsabilidade sem culpa, da responsabilidade objetiva, aproxima as noções de *risco* e de *modernidade*, ainda que por “modernidade” seja oferecido um conceito de alcance bastante específico, que talvez devesse - como observado alhures - ser entendido em termos de *industrialização* ou de modernização.

Assim, no presente tópico o que nos interessa é compreender o sentido mais amplo atribuído pela sociologia ao conceito de risco e seus equivalentes, para posteriormente analisar a concepção da responsabilidade *pelo* risco, quando entenderemos que a mesma é um elemento decorrente da própria autodescrição de *uma sociedade aberta para o futuro*.

E de início devemos salientar que nem mesmo as raízes da palavra “risco” são bem conhecidas.

Não obstante algumas aparições na Europa medieval, efetivamente seu uso se alarga com a expansão da imprensa, principalmente na Itália e Espanha, e, nestas situações, se dá em contextos como a navegação marítima e outros atos de comércio.

Os seguros marítimos nos apresentam uma hipótese precoce de utilização do termo, e também podemos verificar cláusulas contratuais como “*adrisicum et fortunam...*”. “*pro securitate et risico*”, ou mesmo “*ad omnem risicum, periculum et fortuna Dei*”, que tinham o intuito de estabelecer responsabilizações na hipótese do advento de dano advindo do risco.<sup>96</sup>

Como demonstra Niklas Luhmann,

A palavra risco não se limita a este âmbito, mas remonta, como consequência da invenção da imprensa, até o ano de 1500. Scipio Ammirato, por exemplo, tem a opinião de que quem difunde rumores corre o risco de ser questionado acerca das bases de suas afirmações. Giovanni Botero assegura que... “*chi non rischia non guadagna*”, inaugurando uma velha tradição de projetos pretensivos e audaciosos. Annibale Romei reporta “*non voler arrischiare la vita per la sua religione*”. Em uma carta de

<sup>96</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992. Pág. 30

Luca Contile a Claudio Tolomei datada de 15 de setembro de 1545 se fala de “*vivere in risico di mettersi in mano di gente forestiere e forse barbare*”<sup>97</sup>

Desta forma, parece mesmo que o problema reside na opinião de que *somente seria possível alcançar determinadas vantagens quando se coloca em jogo alguma coisa.*

O que podemos depreender, com efeito, é que o conceito de risco coloca um problema complexo, eis que através de sua utilização não se deseja tratar, simplesmente, de um aferimento de custos, realizado com base em prognósticos que podem ser mais ou menos seguros.

Nesse sentido, também não trata o conceito de risco, em si mesmo, de uma *supernorma ética* que poderia servir de pauta de comportamento, como, por exemplo, as ideias de moderação, mediania (*modestas, mediocritas*) – defendidas ardorosamente por um Aristóteles - e mesmo de justiça (*iustitia*), eis que estas seriam virtudes, individuais ou coletivas, entendidas elementares para a busca com bens desejáveis em si mesmos.

O puro conceito de risco, por fim, não trata de formas atemporais de racionalidade com que uma sociedade estabelece a sua percepção de que a própria vida é uma experiência que mescla vantagens e desvantagens, de perfeições e corrupções.

É justamente neste sentido que destaca Niklas Luhmann, ao estabelecer que na busca pelo alcance conceitual do risco,

<sup>97</sup> Idem. Págs.30-31. No original: “(...) la palabra riesgo no se limita a este ámbito, sino que se remonta, como consecuencia de la invención de la imprenta, hasta el año 1500. Scipio Ammirato, por ejemplo, es de la opinión de que quien difunde rumores corre el riesgo (rischio) de ser cuestionado acerca de las bases de sus afirmaciones. Giovanni Botero asegura que vale ...chi non rischia non guadagna, deslindándose de una vieja tradición de proyectos pretenciosos y audaces. Annibale Romei reprocha el “non voler arrischiare la vita per la sua religione”. En una carta de Luca Contile a Claudio Tolomei fechada el 15 de septiembre de 1545 se habla de “*vivere in risico di mettersi in mano di gente forestiere e forse barbare*”

Não se trata somente do intento de expressar a racionalidade em uma metaregra, seja como uma regra de otimização ou como uma regra de um prudente e justo meio que pretende conceber a diferença entre o bem e o mal como unidade e que propõe a reformular esta unidade como boa (recomendável).

(...) como consequência de tudo isso falha também a velha prudência, que havia ensinado que (e como) alguém se fixa nas distintas situações vitais em que tem relevância tanto a *varietas temporum* como a *mescla de características boas e ruins do próximo*.<sup>98</sup>

Destarte, parece nos ser permitido concluir que o conceito de risco trata, com efeito, pura e simplesmente de “*decisões com as quais se vincula o tempo ainda que não se possa conhecer suficientemente o futuro, e nem mesmo o futuro produzido pelas próprias decisões tomadas*.”<sup>99</sup>

Assim, podemos afirmar, novamente, que “(...) *com o termo risco se determina uma forma de problematização do futuro, quer dizer, uma forma de relacionamento com o tempo*”<sup>100</sup>.

Com o conceito de risco, efetivamente, nos referimos à possibilidade de *ocasionamento de danos futuros devido a decisões particulares e contingentes tomadas no presente*: alguém resolve emprestar dinheiro a juros. É possível que esta decisão lhe acarrete um benefício financeiro, mas é possível também que lhe acarrete a subtração da quantia emprestada caso não haja o pagamento. Neste caso, se a decisão fosse diferente é possível que o dano não se verificasse, mas também que se verificasse de outra forma.

Com efeito, como demonstra Elena Esposito,

As decisões que são tomadas no presente condicionam o que acontecerá no futuro, ainda que não saibamos de que forma: elas devem ser tomadas sem uma consciência suficiente do que acontecerá. Com outras palavras: quem toma uma decisão no presente não pode se proteger, com segurança, de eventuais danos futuros e estes podem ser consequência de um comportamento. O risco está pelo fato de que, não obstante a possibilidade

<sup>98</sup> Idem. Pág. 31. No original: “No se trata tan sólo del intento de expresar la racionalidad en una metarregla, sea como una regla de optimación o como una regla de un prudente justo medio que pretende concebir la diferencia entre bueno y malo como unidad y que se propone formular a esta unidad otra vez como buena (recomendable). (...) Como consecuencia de todo ello falla también la vieja prudencia, que había enseñado que (y cómo) uno se las arregla en las distintas situaciones vitales en las que juegan un papel tanto la *varietas temporum* como la *mezcla de características buenas y malas del prójimo*.”

<sup>99</sup> Idem. Pág. 32. No original: “(...) *decisiones con las que se vincula el tiempo aunque uno no pueda conocer suficientemente el futuro, ni siquiera en particular el futuro producido por las propias decisiones*.”

<sup>100</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Op.Cit. Pág. 54. No original: “(...) *con el término riesgo se determina una forma de problematización del futuro, es decir, una forma de trato con el tiempo*”



de conseqüências negativas, convém de qualquer forma, decidir da melhor forma possível.<sup>101</sup>

O risco, portanto, é uma forma de estabelecer vínculos com o tempo, vínculos com o futuro, isto é, é uma das formas com que a sociedade moderna “*controla sua própria renovação, ao vincular estados futuros com decisões presentes*”<sup>102</sup>, e a *responsabilidade jurídica, nesse sentido, estabelece-se precisamente como uma forma de reforço aos vínculos com o futuro que já são estabelecidos pelo próprio conceito de risco, sendo uma espécie de seguro contra os danos possíveis que o conceito de risco faz lembrar.*

Contudo, se pensamos no risco pura e simplesmente como uma forma de resolver o problema do enfrentamento face ao desconhecido, não podemos reivindicar à sociedade moderna nenhuma exclusividade quando à formação do conceito de risco e nem mesmo às finalidades albergadas pelo mesmo, eis que desde as grandes culturas da antiguidade já se localizam formas de fazer frente à contingência que vem na forma de futuro, ainda que este futuro fosse virulentamente repetido.

Ora, de fato, mesmo Colombo ao sair em busca de novas terras, novos continentes, assumiu riscos tremendos.

Assim, nos seria lícito questionar, com Ulrich Beck:

O conceito de risco tem realmente a importância sócio-histórica que lhe é aqui assinalada? Não se trata de um fenômeno originário de qualquer ação humana? Não serão os riscos justamente uma marca da era industrial, em relação à qual deveriam neste caso ser isolados?<sup>103</sup>

O fato é que em tempos passados outros instrumentos de estabilização, que não a formalização de um conceito de risco nos moldes aqui delineados, eram utilizados.

<sup>101</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Barcelona: Anthropos, 1996. Pág. 141. No original: “Las decisiones que se toman em el presente condicionan lo que acontecerá en el futuro, aunque no se sabe de qué modo: deben ser tomadas sin tener una conciencia suficiente de lo que sucederá. Con otras palabras: quien toma un decisión em el presente no se puede proteger, con seguridad, de eventuales danos futuros y éstos pueden ser consecuencia de un comportamiento. El riesgo está caracterizado por el hecho de que, no obstante la posibilidad de consecuencias negativas, conviene, de cualquier modo, decidir mejor de una manera que de outra”

<sup>102</sup> Idem. Pág. 142. No original: “(...) controla su propia renovación, al vincular estados futuros con decisiones presentes”.

<sup>103</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. Pág. 25.

Nesse sentido, conforme explicitado anteriormente, como as sociedades de outrora eram abertas à legitimação pelas experiências passadas, na maioria dos casos se confiava em elementos como rituais de adivinhação, ou mesmo semânticas complexas como as do *pecado*, eis que se estas práticas não poderiam oferecer uma forma segura de contornar a contingência, pelo menos através delas ficava estabelecido, por exemplo, que os deuses não seriam provocados, ou, ainda, que não haveria desrespeito ou violação aos estatutos religiosos<sup>104</sup>.

Ainda assim, estes eram riscos individuais e não situações que ofereceriam uma ameaça constante, prospectiva, e coletiva: “a palavra risco”, como lembra Ulrich Beck, “*tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não a possível autodestruição da vida na terra.*”<sup>105</sup>

Os “riscos” constantes da sociedade moderna, portanto, se diferenciam dos “riscos” constantes das sociedades de outrora porque aqueles são riscos que a sociedade tem necessariamente de aceitar, aberta para o futuro como está, e, precisamente por isso, se tornam por vezes, em seu alcance, riscos globais.

*Estes riscos do desenvolvimento industrial, por exemplo, riscos da “modernidade”, demandam uma teoria de responsabilidade jurídica pelos riscos, uma responsabilidade objetiva, que possa tratar a responsabilidade civil como uma forma de confirmação do próprio conceito de risco.*

Isto porque, como demonstra Ulrich Beck,

Os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Eles contém um *efeito bumerangue*, que implode o esquema de classes. Tampouco os ricos ou poderosos estão seguros diante deles. Isto não apenas sob a forma de ameaças à saúde, mas também como ameaças à legitimidade, à propriedade e ao lucro (...)<sup>106</sup>

Além disso, o conceito de risco é, no limite, elemento de auto descrição da modernidade, especialmente da sociedade industrializada, eis que este conceito demonstra a autorreferencialidade, ou reflexividade da sociedade moderna, como acima explicitado.

<sup>104</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Op.Cit. Pág. 30.

<sup>105</sup> Idem. Ibid.

<sup>106</sup> Idem. Pág. 27.

Os riscos, em verdade, são *big business*<sup>107</sup>. São elementos que devem ser tratados a partir de uma lógica de distribuição social própria, que, de alguma forma subvertem a própria lógica do desenvolvimento capitalista, pois como revela Beck,

Com os riscos – poderíamos dizer com Luhmann -, a economia torna-se “autorreferencial”, independente do ambiente da satisfação das necessidades humanas. Isto significa, porém: com a canibalização econômica dos riscos que são desencadeados através dela, a sociedade industrial produz as situações de ameaça e o potencial político da sociedade de risco.<sup>108</sup>

Assim, reitere-se: segundo a proposta apresentada neste trabalho, a *responsabilidade pelo risco, em verdade, deve ser pensada como elemento de confirmação da caráter político do risco e da lógica de distribuição social do mesmo, e, na modernidade, o conceito de risco passa a demandar uma ética de responsabilidade com o próprio risco, isto é, com o futuro.*

Vale afirmar que os riscos socialmente reconhecidos – por exemplo, os riscos do desmatamento e da exploração ambiental - apresentam um ingrediente político característico, pois “(...) aquilo que até há pouco *era tido por apolítico torna-se político – o combate às “causas” no próprio processo de industrialização.*”<sup>109</sup>

Por fim, ante o caráter preciso, merece inteira exposição observação realizada por Ulrich Beck, ao afirmar que

Subitamente, a esfera pública e a política passam a reger na intimidade do gerenciamento empresarial – no planejamento de produtos, na equipagem técnica etc. Torna-se exemplarmente claro, neste caso, do que realmente trata a disputa definitiva em torno dos riscos: não apenas dos problemas de saúde resultantes para a natureza e o ser humano, mas dos *efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos desses efeitos colaterais*: perdas de mercado, depreciação do capital, controles burocráticos das decisões empresariais, abertura de novos mercados, custos astronômicos, procedimentos judiciais, perda de prestígio. Emerge, assim, na sociedade de risco, em pequenos e grandes saltos – em alarmes de níveis intoleráveis de poluição, em casos de acidentes tóxicos etc. -, o potencial político das catástrofes. Sua prevenção e seu manejo podem acabar envolvendo uma *reorganização do poder e da responsabilidade.*<sup>110</sup>

Ocorre que, segundo nos parece, esta dimensão política do conceito de risco, *que é a sua faceta verdadeiramente relevante para a sociedade industrializada, é um instrumento que apenas serve para lembrar o homem de que, conforme visto*

<sup>107</sup> Idem. Pág. 28.

<sup>108</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Op.Cit. Pág. 28.

<sup>109</sup> Idem. IBID. Grifos no original.

<sup>110</sup> Idem. Pág. 28. Grifos no original.

linhas acima, as *metadescrições da própria sociedade moderna* se fragmentaram, sendo necessário pensar em elementos como a responsabilidade jurídica, além de outros substitutos destas metanarrativas do passado.

Assim, como assevera De Giorgi,

O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade da construção de estruturas através no necessário tratamento das contingências. É uma modalidade de relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade.<sup>111</sup>

Contudo, para pensar e compreender o conceito de risco dentro de uma perspectiva mais frutífera, é necessário pensá-lo a partir da unidade da diferença que lhe é inerente.

O que nos parece claro, é que a tradição racionalista – que demonstrou sua insuficiência também neste ponto - oferece apenas um conceito formal da ideia de risco, conceito este que poderia ser reduzido à busca de diretrizes para reduzir os danos futuros, e, por isso, devemos seguir a análise em busca de maiores distinções conceituais.

### **3.3.2 O risco e suas ambivalências estruturantes: risco-segurança e risco-perigo**

Uma mais robusta definição conceitual do risco, segundo conhecidas teorias sociais, deve primeira e necessariamente ser determinada em oposição à noção de *segurança, seguridade*, e, com isso, a fórmula risco se converte em uma variante da distinção *favorável/desfavorável*

Como demonstra Niklas Luhmann ao tratar do tema,

<sup>111</sup> DE GIORGI, Rafaelle. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o futuro**. Op.Cit. Pág. 197.

Desta maneira, com o binômio risco-segurança temos como resultado um esquema de observação que faz possível, em princípio, calcular todas as decisões sobre o ponto de vista do risco que lhes seria inerente. Esta possibilidade tem o indiscutível mérito de universalizar a aritmética do risco. Não é, por isso, mera coincidência que desde o século XVII as problemáticas relativas à segurança e ao risco hajam contribuído reciprocamente uma para a maturação da outra.<sup>112</sup>

Esta aproximação nos coloca diante do problema de pensar se existem situações em que haja a necessidade de escolher entre um dos dois lados da distinção, o risco e a segurança, isto é, escolher entre um comportamento “*ariscado*” ou um comportamento “*seguro*”.

É claro que neste ponto estamos diante de uma questão nevrálgica para qualquer teorização sobre a responsabilidade civil decorrente do exercício de atividades ariscadas: é possível escolher entre o risco e o “não-risco”, isto é, a segurança? É possível assim mitigar as consequências danosas, bem como a própria responsabilização?

Caso fosse possível escolher entre um dos lados da distinção, a escolha pela alternativa segura implicaria em uma dupla consequência: evitando-se o dano advindo da decisão ariscada, afastar-se-ia também o ganho que apenas poderia ser alcançado através da variante ariscada.

Ocorre que, conforme lembrado linhas acima, se o risco é compreendido como um elemento de estruturação de vínculos com o futuro, isto significa dizer que ele comporta aceitação do contingente, o que faz com que uma *suposta escolha entre risco e seguridad, acabe sendo, dentro desta perspectiva, bastante frágil e questionável, para dizer o mínimo, e isso por que não podemos, definitivamente, renunciar a todo o risco a que estamos sujeitos.*

Contudo, uma compreensão adequada do alcance do risco, além de pensar em tal conceito através do seu equivalente “segurança”, ou “seguridad”, deve também pontuar se há diferenças entre aquilo que chamamos *risco*, e as ideias que temos do conceito de *perigo*.

---

<sup>112</sup> Luhmann, Niklas. **Sociologia del riesco**. Op.Cit. Pág. 36. No original: “De esta manera, con el binomio riesgo-seguridad tenemos como resultado un esquema de observación que hace posible, en principio, calcular todas las decisiones bajo el punto de vista de su riesgo. Esta forma tiene el indiscutible mérito de universalizar la aritmética del riesgo. No es, em consecuencia, ninguna casualidad que desde el siglo XVII las problemáticas relativas a la seguridad y al riesgo hayan contribuido reciprocamente una a la maduración de la outra”

Ora, como já postulado no capítulo anterior, a doutrina jus-civilista tem por costume fazer uma aproximação absoluta entre os dois conceitos, pugnando mesmo que ambos seriam sinônimos.

Contudo, para fins de uma distinção que busque evidenciar a dimensão política do conceito de risco – como é esta que queremos aqui estabelecer – *risco e perigo não podem ser pensados como equivalentes*.

De fato, ambos os conceitos supõe alguma relação com danos que podem ser sofridos no futuro, mas aqui, temos duas possibilidades: *pode ser que o possível dano decorra de uma decisão, de uma escolha da pessoa ou da organização que sofre o dano – e nessa hipótese estamos falando de risco – ou pode ser que o dano seja derivado de elementos externos a quem o sofre, e aí, falaremos, num primeiro momento, de perigo.*<sup>113</sup>

É claro que figura como um ponto importante na percepção do risco a circunstância de se o sujeito que se submete aos danos aderiu voluntária ou involuntariamente às situações que lhe expõe ao dano, bem assim se o sujeito acredita ter sob seu controle todas as possíveis consequências das suas escolhas, determinando, assim, se aquilo a que se submete é um risco ou um perigo, em seus sentidos mais estritos.

De fato,

(...) o conceito de risco caracteriza um estado de coisas complexo, que normalmente temos de enfrentar, pelo menos no contexto da sociedade moderna. O conceito oposto aparece apenas como elemento de reflexão cuja função consiste em aclarar a contingência dos fatos ou das coisas que cabem dentro do conceito de risco. Em relação ao código risco-incerteza, isto se manifesta nos problemas de mensuração. E quanto ao código risco-perigo, na circunstância de que, no caso do risco a tomada de decisões (e, por tanto, a contingência) toma um papel decisivo.<sup>114</sup>

Contudo, parece ser evidente que todos se expõem a perigos, e por esta razão *nem todas as decisões que tomamos podem ser consideradas como decisões que criam risco*.

Ademais, *o fator da consciência do ser humano, entendida como subjetividade moral, também não parece ser o elemento mais relevante da*

<sup>113</sup> Perspectiva compartilhada, por exemplo, por LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesco**. Op.Cit. Pág. 37 e ss.

<sup>114</sup> Idem. Pág. 38.

*conceituação que aqui tentamos estabelecer, eis que, como nos releva Luhmann, “(...) a consciência de quem decide não deve ser tão importante. Sem embargo, devemos diferenciar o dano segundo ele seja advindo ou não de uma decisão, sem que importe quem efetua esta atribuição causal”.*<sup>115</sup>

Temos então que a atribuição de risco a decisões deve satisfazer determinados requisitos, dentro os quais, *que hajam alternativas à decisão tomada, e que tais alternativas se diferenciem quanto à possibilidade dos danos serem ou não concretizados.*

O fato é que na distinção entre risco e perigo também permanece o interesse pela seguridade, contudo, a distinção risco-perigo permite ao observador escolher qualquer um dos lados do binômio, anulando-se, assim, o lado oposto. De modo mais claro: podemos escolher anular, ou melhor, tentar anular, o risco ou o perigo.

Destarte, como de alguma forma já pontuado nas linhas anteriores,

(...) nas sociedades mais antigas, o que se busca anular é precipuamente o perigo, enquanto que na sociedade moderna, o principal objeto tem sido o risco. E isso porque o que se trata, atualmente, é sempre a melhor utilização das oportunidades existentes.<sup>116</sup>

A maior das vantagens da unidade da diferença existente entre os conceitos de risco e perigo, reside na aplicação do conceito de *atribuição*, que em termos jurídicos, poderia ser compreendido como *nexo de causalidade*, elemento formativo, como sabemos da teoria da responsabilidade civil.<sup>117</sup>

O conceito possui uma larga história no direito e na economia, por exemplo. Naquilo que mais nos interessa, é que *a responsabilidade civil, mesmo a objetiva, depende do nexo de causalidade entre a conduta ou omissão danosa a seu agente ou àquele que por ela seja responsável juridicamente*, conforme pontuado no primeiro capítulo do trabalho.

Em qualquer situação, o fato é que se a distinção entre risco e perigo depende do elemento da atribuição, disto não resulta que seja arbitrária a realização da atribuição da escolha.

<sup>115</sup> Idem. Nota número 17. Pág. 37-38. No original: “ (...) en verdad, la conciencia de quien decide no debe ser tan importante. Sin embargo, debe diferenciarse según sea el caso que el daño tuviera lugar o no aun sin la decisión, sin que importe quién efectúe esta atribución casual.” Grifamos.

<sup>116</sup> Idem. Pág.39. No original: “En consecuencia, en las sociedades más antiguas, lo que se marca es más bien el peligro, mientras que en la sociedad moderna lo marcado ha sido, hasta hace poco, más bien el riesgo. Porque de lo que se trata aquí es siempre de la mejor utilización de las oportunidades.”

<sup>117</sup> Sobre o conceito de atribuição, vide também infra, cap.5.

É certo que existem situações que não apresentam qualquer elemento reconhecível para a atribuição da decisão que cria o risco - como no caso do dano ambiental - mas que, nem por isso permitem que esta decisão seja *criada*, de modo artificial e injustificável, pois como nos revela Luhmann,

Inclusive neste caso, a poluição advinda do motor de um automóvel não poderia ser classificada como uma decisão arriscada. Teríamos de buscar, por assim dizer, *decisões suscetíveis de ser objeto de atribuição, por exemplo a decisão de não proibir a circulação de automóveis*. Em outras palavras, na acumulação de efeitos de decisões existem decisões das quais já não são identificáveis os efeitos a longo prazo, existem condições, em relações causais hipercomplexas e cujas marcas não podemos seguir - que são capazes de acarretar danos consideráveis sem que sejam atribuíveis a uma decisão, apesar de restar evidente que sem certas decisões estes danos não teriam ocorrido.<sup>118</sup> (grifos apostos)

A assertiva luhmanniana é válida, porque, com efeito, *apenas podemos falar em atribuição de decisões quando é possível imaginar uma eleição entre alternativas, devendo também esta eleição é apresentada como algo razoável, e isso, conforme já referido, independente da conscientização ou não, de quem tome a decisão, do risco e das suas alternativas*.

O caráter eminentemente político da distinção agora pode ser percebido com maior clareza: se queremos saber se uma situação deve ser classificada como *de risco ou de perigo*, devemos *observar o observador, isto é, realizar compreensões sobre se e porque a situação pode ou não ser atribuída a uma decisão, sabendo que esta nossa compreensão será ela própria uma decisão, e por isso, sujeita a criar um risco: ai reside, com se pode perceber, o caráter paradoxal da experiência do risco na sociedade moderna*.

Assim, considerando as duas distinções-matriz acima estabelecidas - risco/segurança e risco/perigo – concluímos que

<sup>118</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesco**. Op.Cit. Pág. 40. No original: "(...) inclusive em este caso, el encendido del motor de un automóvil no podría clasificarse como una decisión riesgosa. Tendríamos que inventar, por así decirlo, decisiones susceptibles de ser objeto de una atribución, por ejemplo la decisión de no prohibir la circulación de automóviles. En otras palabras, en la acumulación de efectos de decisión hay decisiones que ya no son identificables en sus efectos a largo plazo, hay condiciones – en relaciones causales hipercomplejas y cuyo rastro no puede seguirse– que son capaces de provocar daños considerables, sin que sean atribuibles a una decisión, a pesar de que resulte evidente que sin ciertas decisiones no hubiera podido llegarse a tales daños"



(...) não existe nenhuma conduta livre de risco. Para uma destas formas, isto significa que não existe a segurança absoluta. Para a outra: os riscos são inevitáveis quando tomamos decisões.<sup>119</sup>

Podemos estabelecer cálculos sobre as possíveis consequências das nossas decisões, e, em muitas situações chegar a resultados claros e precisos, mas isto não significa de forma alguma anular os riscos dela decorrentes, eis que estes cálculos nada mais são que elementos instrumentais para se tomar a decisão, que continua sendo ela própria uma decisão arriscada.

No mundo moderno, *mesmo não tomar decisões é uma decisão arriscada*, e como já sabemos que não existem decisões livres de risco, se tornam inúteis os esforços “científicos” no sentido de eliminar os riscos, pois a experiência prática nos ensina justamente o contrário: quanto maior o saber “científico” sobre qualquer situação, tanto maiores são os possíveis riscos advindos da mesma.

Escorreitas, novamente, as lições de Niklas Luhmann:

Bem compreendido o panorama, não é nenhum acaso que a perspectiva do risco tenha se desenvolvido de modo paralelo à diferenciação da ciência. Deste modo, a sociedade moderna de risco não é somente um resultado da percepção das consequências das realizações técnicas: ela se encontra já patente no desenvolvimento das possibilidades de investigação e do conhecimento.<sup>120</sup>

Por fim, um último elemento nesta tentativa de descrição sociológica merece ainda a nossa atenção: trata-se da percepção de que, em qualquer que seja a situação, de risco ou de perigo, a ideia de *prevenção* do dano joga um papel relevantíssimo.

Todavia, a prevenção é verdadeiramente possível?

Por prevenção devemos entender aqui, de modo bem simples, a preparação contra danos futuros, incertos, preparação que busca que as chances do acontecimento do evento danoso *sejam diminuídas ou que diminuídas sejam as suas consequências, caso venha ele a se concretizar, efetivamente*.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> Idem. Pág. 41. No original: “(...) no existe ninguna conducta libre de riesgo. Para una de las formas, esto significa que no existe la absoluta seguridad. Para la otra: los riesgos son inevitables cuando tomamos decisiones.”

<sup>120</sup> Idem. Pág. 41. No original: “Vistas así las cosas, no es ninguna casualidad que la perspectiva del riesgo se haya desarrollado de manera paralela a la diferenciación de la ciencia. De este modo, la sociedad moderna de riesgo no es solamente un resultado de la percepción de las consecuencias de las realizaciones técnicas: se encuentra ya presente en el desarrollo de las posibilidades de investigación y de conocimiento.”

<sup>121</sup> Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Op.Cit. Pág.41.

A prevenção pode ser feita tanto em face de riscos como de perigos. Contudo, em se tratando de riscos, a situação é específica em vários sentidos importantes, porque, *neste caso, a prevenção é capaz de influenciar mesmo na disposição do sujeito para aceitar os riscos*, e isso pelo simples fato de que qualquer pessoa, sistema ou instituição está mais disposta a aceitar riscos quando existe a proteção de um seguro, e por esta razão, a seguridade, o conceito de segurança - o direito securitário, por exemplo - é também uma fórmula de vinculação com o futuro.

Como se pode perceber, também a decisão em favor da prevenção é uma decisão arriscada, de caráter extremamente político.

A tecnologia da seguridade, assim como todos os demais elementos para a distribuição da probabilidade ou da redução de danos, tem um papel considerável na avaliação de *riscos aceitáveis e riscos inaceitáveis*, e é justamente neste aspecto político que reside uma das principais características da sociedade moderna do risco.

Contudo, como referido linhas acima nas palavras de Beck, *é justamente neste ponto que as nossas instituições sociais mais importantes demonstraram cabalmente a sua insuficiência, e, dentre elas, a teoria da responsabilidade jurídica e da responsabilidade civil, naquilo que maiormente nos interessa*.

É possível que o próprio contexto que guia a formação da avaliação dos riscos e de sua prevenção seja ele mesmo arriscado, e nessas situações, estabelecer a chance de dano como sendo decorrente de risco ou de perigo acaba sendo, novamente, um elemento político relevante, e, como podemos imaginar, *em matéria política é muito mais fácil justificar e afastar um perigo do que um risco, e isto mesmo quando a probabilidade ou a dimensão dos danos seja mais significativa no perigo que no risco*.<sup>122</sup>

Para concluir, vale novamente compartilhar as perspectivas de Niklas Luhmann, para quem

Ainda quando exista prevenção para ambas as situações, poderia ser relevante saber se o problema é primeiramente avaliado como um dano que se considera um risco ou um perigo. Assim, por exemplo, – para mencionar um evento ocorrido na Suécia – era a ocasião, desde o ponto de vista político, para evacuar com helicópteros uma grande quantidade de habitantes de Lapp, durante a realização de experimentos com mísseis, e isto a pesar de que a probabilidade e a dimensão dos danos que resultaram da colisão entre tais aparatos fosse muito maior que a possibilidade de que em uma área escassamente povoada, alguém fosse vítima do acidente. Mas é evidente que a primeira situação foi tratada como um risco, desde a

<sup>122</sup> Idem. Pág.43.

perspectiva política; a segunda situação (sendo extremamente injusta, nesse particular) fora percebida apenas como um perigo.<sup>123</sup>

Desta forma, o tema da prevenção coloca novamente um (outro) paradoxo: a prevenção apenas pode ser feita através da observação, da escolha, mas, conforme veremos no capítulo vindouro, no âmbito da modernidade em que vivemos, uma modernidade reflexiva, *esta observação não pode partir de critérios eminentemente técnicos ou científicos*. Pelo contrário, deve-se tomar uma decisão consciente de sua própria impotência diante do futuro. Uma decisão que se enquadre numa seara política, e não “científica”.

Num contexto de modernidade radicalizada, não é possível estabelecer critérios firmes para a aferição de prevenção de qualquer risco ou perigo: a própria prevenção, conforme já estabelecido, é ela própria um risco.

Prevenir é aceitar o risco, e, assim, é vincular-se com o futuro.

O ponto que parece verdadeiramente central, aqui, é compreender que esta natureza política do estabelecimento de riscos demanda também o seu próprio alargamento: como será de modo mais adequado exposto nas linhas posteriores, na modernidade contemporânea, as situações de risco perpassam muito além das hipóteses de acidentes automobilísticos ou nas relações de emprego, situações que justificaram historicamente o surgimento e a deflagração da responsabilidade civil objetiva.

Conforme teremos a oportunidade de expor, a abrangência do risco nas sociedades contemporâneas perpassa mesmo por uma cultura do risco e do medo decorrente do risco, elementos recorrentes nas nossas cidades, e, assim, exige uma resposta radical: uma cultura da responsabilidade como valor ético de cuidado pelo futuro.

A cultura da reponsabilidade civil como valor ético é, ela própria, um fator que deve necessariamente ser considerado diante de situações arriscadas.

<sup>123</sup> Idem. IBID. No original: “Aun cuando existan prevenciones para ambos tipos de situaciones, podría tener importância saber si el problema de primera instancia se evalúa como un daño o si se le considera un riesgo. Así, por ejemplo –para mencionar un suceso ocurrido en Suecia– era oportunidad desde el punto de vista político evacuar con helicópteros una gran cantidad de habitantes de Lapp durante la realización de unos experimentos con misiles, y esto a pesar de que la probabilidad y el volumen de los daños que hubieran resultado del desplome de uno de tales aparatos era mucho mayor que la posibilidad de que em una zona escasamente poblada, alguna persona fuera víctima del impacto de alguna parte de un proyectil. Pero es evidente que lo primero fue estimado como un riesgo desde el punto de vista de la política; lo segundo (haciendo injusticia al respecto) tan solo como un peligro.”

Conforme estabelecido nas linhas anteriores, o conceito de risco é ele próprio um elemento de vinculação como o futuro, e a ideia de responsabilidade pelo risco faz com que se possa, politicamente – *por isso de forma ariscada* – atribuir as consequências de uma decisão, de uma ação e ou uma omissão ariscada, a um destinatário, que se torna responsabilizado.

O presente trabalho parte do pressuposto de que a existência de vínculos de responsabilidade civil diante de situações ariscadas é uma categoria jurídica e ética fundamental para a aceitação do futuro, uma vez que as situações ariscadas nunca deixarão de existir, e, como referido, nunca deixarão de ser ariscadas, eis que o risco é um elemento caracterizador do nosso tempo.

Destarte, vale ressaltar, no capítulo posterior demonstraremos como a ideia de risco, radicalizada, radicaliza também a própria modernidade, nos guiando àquilo que a sociologia contemporânea denomina pós-modernidade, modernidade reflexiva, dentre outros conceitos.

Esta ideia de uma modernidade radical, com riscos radicais, representa ela própria uma dificuldade para consolidação da noção de responsabilidade civil, eis que tende a fragmentar os vínculos de experiência e de vivência moral do “eu” diante do “outro” e da comunidade.

E, segundo pensamos, é justamente neste ponto que o paradoxo constitutivo da noção de responsabilidade civil como elemento de justiça se faz claro: sem um investimento contundente da teoria e da prática jurídica na efetivação de um amplo conceito de ser humano responsável, não será possível cultivar a própria noção de responsabilidade, uma vez que o modo de vida e de funcionamento da sociedade na modernidade tardia tendem a conturbar a formação de institutos como a responsabilidade civil, especialmente daquela que independe de culpa.

## 4 RISCO, MODERNIDADE E VINCULAÇÃO COM O FUTURO

### 4.1 A MODERNIDADE REFLEXIVA E O CONCEITO DE RISCO

Conforme debatido do capítulo anterior, os conceitos de modernidade e de risco, em uma perspectiva sociológica, estão efetivamente interligados.

Isso porque a ideia de risco retoma o elemento definidor mesmo da modernidade: a contingência, o desconhecimento do futuro que, todavia, se faz inevitável.

A questão, neste momento, é que os conceitos de modernidade e de risco que foram delineados nas linhas anteriores se afastam dos conceitos utilizados pela doutrina interna do direito civil para justificar a constituição de uma responsabilidade pelo risco.

Isto porque a modernidade que aqui fora referida não é restringida à modernidade industrial, a das construções das ferrovias, a modernidade descrita do Alvinno Lima no início do século XX<sup>124</sup>, mas sim uma “*modernidade da modernidade*”, uma modernidade reflexiva, o que faz com que o risco decorrente da modernidade - e, via de consequência, a responsabilidade civil pelo risco - não fique também restrito àquele sentido de modernidade.

No ensejo daquilo que fora por último colocado, a modernidade contemporânea reclama sempre mais segurança, e por isso, mais risco. Reclama mais risco, e, por isso, mais prevenção.

Contudo, a prevenção é ela mesma um risco, pois é uma decisão que abandona alternativas outras, uma decisão que precisa ser tomada diante do futuro desconhecido, e, nesse particular, como veremos, as premissas do positivismo científico, tão úteis às ciências naturais no século XIX, rapidamente demonstraram sua insuficiência, naquele campo mesmo do conhecimento objetivo e muito antes para as ciências do espírito.

Nesse sentido, o que buscaremos demonstrar neste capítulo é que em decorrência destes fatores, e de muitos outros mais, o conceito de responsabilidade pelo risco deve ser alargado.

---

<sup>124</sup> LIMA, Alvinno. **Da culpa ao Risco**.... Op. Cit.

Deve ser dilatado para alcançar um sentido mais amplo da responsabilidade diante do risco, e tornar a responsabilidade um verdadeiro elemento de vinculação com o futuro.

Isto porque, com a complexificação das sociedades funcionalmente diferenciadas, isto é, com a modernização da modernidade, o risco se tornou um elemento recorrente, sendo mesmo tratado como pauta constante dos assuntos políticos, e por isso, jurídicos.

O risco, elemento definidor da sociedade contemporânea, que exige a abertura desta para o futuro, passou a ser também definidor da própria compreensão do homem sobre si mesmo, sobre o outro e sobre o espaço público em que vive.

Por isso, este elemento do risco, associado a outros como o medo e a insegurança, colocam um problema geral do ponto de vista sociológico, e uma necessidade geral como ponto de vista jurídico: se é possível, e como, contorná-los.

Neste cenário, por exemplo, as cidades - grandes centros de compartilhamento de vidas que são - se tornam matrizes da insegurança, o que não deixa de ser paradoxal, eis que as mesmas foram historicamente construídas com finalidades assecuratórias.<sup>125</sup>

De fato, é necessário buscar um sentido amplo da responsabilidade, que possa ser entendido como responsabilidade pelo outro, de responsabilidade como elemento axiológico, decorrente da noção do justo.

Este sentido amplo da responsabilidade faz com que as regras gerais de imputação de responsabilidade objetiva pelo risco, descritas do capítulo primeiro deste trabalho, não deixem de ser uma pura confirmação de uma necessidade natural do homem de se *comprometer*, necessidade esta que, radicalizada, alberga também um elemento de justiça, que na sua versão potencializada, como veremos, passa a ser responsabilidade pela própria condição humana no mundo.

Contudo, antes de alcançar este ponto, devemos retomar uma premissa anterior, descrita pelo conceito de modernidade reflexiva, que se tornou clássico na sociologia do risco de Ulrich Beck.

A ideia, em linhas gerais, é compartilhada por inúmeros trabalhos da sociologia contemporânea, e refere que as premissas da modernidade aperfeiçoadas no século XIX, foram radicalmente *modernizadas* nas décadas

<sup>125</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

posteriores do século XX, o que geraria uma nova compreensão dos riscos e também a necessidade de uma nova teoria da responsabilidade diante do futuro.

Na construção de Beck, dois seriam os postulados basais desta compreensão: *a lógica da distribuição dos riscos*, e *o teorema da individuação*.<sup>126</sup>

O processo de individuação deve ser compreendido como a desinstitucionalização das formas de vida da sociedade industrial.

A sociedade industrial teria ocupado o lugar das sociedades tradicionais, pré-modernas, e no século XIX particularmente, as formas de vida das sociedades agrárias teriam sido dissolvidas.

Para Beck, “o mesmo acontece hoje com a sociedade industrial desenvolvida: classes e camadas sociais, família nuclear e ‘biografias normais’ masculinas e femininas com ela associadas (...)”<sup>127</sup>

Uma descrição da modernidade reflexiva seria o desfazimento da percepção de que a sociedade industrial, com seu positivismo, seu historicismo, seu cientificismo, ofereceriam um modelo de conhecimento e de vida últimos, o que acarreta a insuficiência do projeto de modernidade, referido capítulo segundo.

Como consequência, naquilo que maiormente nos importa,

As formas tradicionais de controle do medo e da insegurança em ambientes sociomorais, bem como em famílias, no casamento e em papéis masculinos e femininos, fracassam. Na mesma medida, é dos indivíduos que passa a ser exigido o controle. *A partir das inquietações e comoções sociais e culturais associadas a esse processo, as instituições sociais serão cedo ou tarde confrontadas com novas demandas em termos de educação, aconselhamento, terapia e política.*<sup>128</sup>

Outra característica relevante da construção de Beck, reside na ideia de que, uma vez desinstitucionalizadas as formas de vida da sociedade industrial, *a sociedade de risco passa a priorizar a própria lógica de distribuição dos riscos*.

Nesta ideia, não seria exclusivamente o modo de lidar com o risco, e nem mesmo o alcance deste, o que diferenciaria a “sociedade moderna”, industrial, da “sociedade do risco”, mas sim o fato de que *as circunstâncias sociais são radicalmente alteradas no curso de processos reflexivos de modernização*.

Tais ocorrências, como veremos, são o resultado final de um processo de complexificação dos sistemas da ciência e da política, que passam de modo

<sup>126</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco...**Op.Cit. Pág. 231.

<sup>127</sup> Idem. IBID.

<sup>128</sup> Idem. Pág.232.

autológico a refletir sobre si mesmos, o que demanda, repita-se, novos riscos e novas responsabilidades.

Podemos estabelecer que ocorre uma modernização das sociedades tradicionais e também uma modernização da sociedade industrial, o que geraria, respectivamente, uma “modernidade simples” e uma “modernidade reflexiva”.

A lógica “evolutiva” passa de uma primeira fase de cientificização “pela metade”, onde as pretensões de conhecimento e de racionalidade científicas advindas do *Esclarecimento* estariam ainda poupadas do emprego metódico da dúvida científica sobre si mesma, para uma segunda fase de modernização, onde ocorreria uma “cientificização completa”, onde a dúvida científica seria radicalizada, o que geraria o *desencantamento* com as pretensões de verdade, esclarecimento e segurança.

Como sem dúvidas perceberá o leitor, o *desencantamento da ciência* - pressuposto da modernidade reflexiva - é também uma chave de leitura para a compreensão da responsabilidade civil em uma sociedade de risco: é que, dentre outras justificativas, se agrava o paradoxo existente entre o binômio risco/segurança, uma vez que se torna clara a insuficiência do modelo científico para alcançar bases sólidas de segurança face a um futuro desconhecido, o que faz com que os critérios definidores da responsabilidade devam ser definidos na práxis, no espaço público.

Como pontua Beck,

Na práxis e no espaço público, as ciências são confrontadas tanto com o balanço de seus êxitos quanto com o balanço de seus fracassos, e, portanto, com o reflexo de suas promessas descumpridas. São muitas as razões por trás disto: justamente com seus êxitos, parecem crescer desproporcionalmente também os riscos da evolução técnico-científica; soluções e promessas libertadoras, quando realizadas na prática, acabam por revelar inegavelmente seu lado problemático, que se converte, por sua vez, em objeto de intensivas análises científicas (...)<sup>129</sup>

De fato, num contexto de modernização da modernização e num mundo já loteado cientificamente e profissionalmente administrado, “*por paradoxal que pareça, as perspectivas de futuro e as oportunidades de expansão da ciência estão vinculadas também à crítica da ciência*”.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco...** Op.Cit. Pág. 236.

<sup>130</sup> Idem. IBID.



Neste cenário onde a falibilidade do conhecimento científico é um postulado da própria ciência, o fator decisivo na questão sobre a possibilidade da ciência contribuir para o “controle” dos riscos, é saber que tipo de conhecimento científico será produzido, e o fundamental parece ser mesmo encontrar um modelo de conhecimento que abandone os postulados da superespecialização, da inevitabilidade e da infalibilidade, para pugnar por uma ciência que seja ela própria responsável pelos efeitos práticos por ela gerados, uma ciência, enfim, que tenha capacidade de aprendizado.<sup>131</sup>

Em suma, não há e não deve haver critérios científicos para lidar com o risco e, assim, aferir a responsabilidade: *o processamento científico dos riscos pressupõe que o próprio conhecimento científico se converta em problema, seja problematizado.*

Como registra Beck,

Nesse sentido, os efeitos e riscos da modernização podem somente de forma passageira ser arrancados do chão de distintas ciências e tornados visíveis através da crítica (e contracrítica) de sistemas de prestação de serviços científicos.

O portão capaz de encerrar e processar os riscos chama-se: crítica da ciência, crítica do progresso, crítica dos especialistas, crítica da tecnologia.<sup>132</sup>

Desta forma, os riscos fazem saltar as possibilidades tradicionais e interdisciplinares de processamento de erros e forjam novas estruturas de divisão de trabalho na relação entre ciência, prática e espaço público, e, certamente, construções jurídicas, como a *responsabilidade pelo risco*.

#### 4.2 RISCO, CONVIVÊNCIA E MEDO

O que estamos tentando aqui construir, reiterar-se, é que em um contexto de modernidade reflexiva, isto é, de radicalização da modernidade, não se deve restringir o instituto da responsabilidade objetiva às situações de reparação previstas de modo tipificado nas leis civis, e nem mesmo às situações de ressarcimento albergadas na cláusula geral do art. 927 do CCB.

---

<sup>131</sup> Idem. Pág. 238.

<sup>132</sup> Idem. Pág. 241.

É que o desconhecimento do futuro, a criação e o enfrentamento destes riscos, não deveriam se resumir à noção *de riscos da atividade, seja ela empresarial, profissional, ou não, dado que a mera convivência cria riscos; dado que não é possível sobreviver fora dos riscos; dado que não é possível existir sem futuro*, razão pela qual, como diríamos na esteira da obra de Hans Jonas, o futuro deve ser garantido com base em um princípio de responsabilidade.<sup>133</sup>

A necessidade de se repensar o conceito de responsabilidade decorrente risco deriva do alargamento de um dos polos do binômio risco-segurança, risco-segurança, qual seja, a necessidade de segurança.

Nesse sentido, Zygmunt Bauman demonstra que não obstante o ocidente viva hoje em sociedades objetivamente seguras, *mais seguras que a grande parte das que já existiram*, o sentimento de insegurança é generalizado.<sup>134</sup>

Também na esteira do que expõe Robert Castel, pode-se concluir que a insegurança moderna não deriva, efetivamente, da perda da seguridade, mas sim da dúvida quanto ao objetivo da mesma, eis que o mundo contemporâneo teria sido organizado em função da contínua e incessante busca por segurança.<sup>135</sup>

Isto porque,

A aguda e crônica experiência da insegurança é um efeito colateral da convicção de que, com as capacidades adequadas e os esforços necessários, é possível obter uma segurança completa. Quando percebemos que não iremos alcançá-la, só conseguimos explicar o fracasso imaginando que ele se deve a um ato mau e premeditado, o que implica a existência de um delinquente.<sup>136</sup>

A generalização dos riscos, com a ampliação da desconfiança, gera um complexo cenário de enfrentamento entre as pessoas.

Pode-se dizer que a insegurança contemporânea é caracterizada pela suspeita do outro: em decorrência do princípio individualista moderno, as comunidades e corporações que possibilitavam mais estreitos vínculos de solidariedade, foram substituídas, pelo “dever de cuidar de si próprio e de fazer por si mesmo”, a sociedade moderna, de fato, *“foi construída sobre a areia movediça da*

<sup>133</sup> JONAS, Hans. **O princípio de responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto: editora PUC-Rio, 2006.

<sup>134</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Op. Cit.

<sup>135</sup> CASTEL, Robert. **Insegurança Social: o que é ser protegido**. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

<sup>136</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Op.Cit. Pág. 15.

*contingência: a insegurança e a ideia de que o perigo está em toda parte são inerentes a esta sociedade*".<sup>137</sup>

Para Castel e Bauman, são duas as grandes mudanças geradoras do abandono da solidariedade e do sentimento de insegurança: a supervalorização do indivíduo e a fragilidade e vulnerabilidade do mesmo indivíduo.<sup>138</sup>

A dissolução dos vínculos de solidariedade representa assim uma frente de modernização radical da modernidade, e pode ser pensada como uma faceta da modernidade reflexiva.

O abandono da solidariedade, num ambiente de contínua complexificação social e de infinitos riscos que são intraduzíveis, exige que o espaço público transforme a demanda por solidariedade na *exigência de responsabilidade*, o que, dentro do sistema jurídico funcionalmente diferenciado, é fonte de estabilização de expectativas normativas estabilizadas de maneira contrafática.

Nesse sentido, são sintomáticas as assertivas de Bauman, que certifica que

Quando a solidariedade é substituída pela competição, os indivíduos se sentem abandonados a si mesmos, entregues a seus próprios recursos – escassos e claramente inadequados. A corrosão e a dissolução dos laços comunitários nos transformam, sem pedir nossa aprovação, em indivíduos *de jure* (de direito); mas circunstâncias opressivas e persistentes dificultam que alcancemos o status implícito de indivíduos *de facto* (de fato).<sup>139</sup>

Assim, na inexistência de um instrumento eficaz de controle da insegurança, de politização dos riscos – como pensamos deva ser a responsabilidade civil objetiva, em um conceito mais alargado - a contingência radicalizada acaba por causar, aquilo que Anthony Giddens nomeará *segregação da experiência*, com consequentes *tribulações da percepção do si mesmo*.<sup>140</sup>

Tais consequências, apenas podem ser enfrentadas com um conceito de responsabilidade que retome o sentido de *sponsio* que lhe é inerente, isto é, o comprometimento pelo outro e pelo si mesmo, a partir de uma identidade comum que cria vínculos de subsistência mútua e de relacionamento com o futuro.

<sup>137</sup> Idem. Pág. 16.

<sup>138</sup> Idem. Pág. 16/17.

<sup>139</sup> Idem. Pág. 21.

<sup>140</sup> GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002. Pág. 135 e ss.

Pensamos que uma teoria integrativa da responsabilidade jurídica, e civil em especial, poderia auxiliar a evitar a situação descrita pela sociologia contemporânea, de receio e de medo generalizado, que atinge o próprio sentido da convivência comum, que define a própria condição humana.

De fato, novamente são pertinentes as observações pontuadas por Bauman, ao demonstrar a recorrente *necessidade* e ao mesmo tempo *impossibilidade* de segurança face ao risco:

O medo do desconhecido – no qual mesmo que subliminarmente, estamos envolvidos – busca desesperadamente algum tipo de alívio. As ânsias acumuladas tendem a se descarregar sobre aquela categoria de “forasteiros” escolhidos para encarnar a “estrangeiridade”, a não-familiaridade, a opacidade do ambiente em que se vive e a indeterminação dos perigos e das ameaças.<sup>141</sup>

Deste cenário, a única conclusão que podemos razoavelmente estabelecer é que o ambiente de existência frente ao desconhecido, e face ao outro, é tão inexorável quanto a mesma tendência que faz com o homem necessite do outro e que a sociedade de modo geral, perceba o futuro como uma aquisição de contingência, e, assim, dependa do risco para sua própria subsistência.

Confirmando tal percepção, Bauman conclui que

(...) a vida na modernidade líquida está fadada a permanecer estranha e caprichosa, por mais numerosas que sejam as situações críticas pelas quais os “indesejáveis estranhos” sejam responsabilizados. Assim, o alívio tem breve duração, e as esperanças depositadas em “medidas drásticas e decisivas” desaparecem praticamente no nascedouro.<sup>142</sup>

Mas, no limite, a que condicionamentos se devem estas consequências da modernidade? Ou, para ajustar a linguagem com as premissas do presente trabalho, em razão de que motivos o elemento risco, caracterizador da contemporaneidade pôde ao mesmo tempo criar um cenário de desagregação entre as pessoas, mesmo que sua principal demanda, paradoxalmente, seja a própria vinculação com o futuro?

Em aguda percepção, Anthony Giddens atribui o cenário da modernidade tardia a uma hipótese que nomeará *segregação da experiência*.

Para o autor,

<sup>141</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Op.cit. Pág. 36-17.

<sup>142</sup> Idem. Pág. 37.

(...) podemos perceber um processo de segregação moral em expansão. Os principais domínios da vida, inclusive aqueles que superficialmente parecem mais “biológicos” que sociais passam a sofrer influência do duplo impulso da auto-referencialidade e da reflexividade.<sup>143</sup>

De forma mais clara, a segregação da experiência é um resultado mesmo planejado de uma sociedade que passa a crer que os domínios morais e estéticos devem ser precedidos pelo conhecimento técnico, e, de certa forma, é também o resultado não intencional do próprio processo de diferenciação social da sociedade moderna, pautado da diferenciação dos sistemas funcionais.

A segregação dos valores morais e estéticos, aconteceria pois a vida social cotidiana seria segregada de cinco grandes elementos: a loucura; a criminalidade; a doença e a morte; a sexualidade e a natureza.

O processo que Giddens define não acontece *de uma vez por todas*, de forma abrupta, pois as fronteiras da experiência segregada, nos informa o autor, certamente *“estão cheias de tensões e de forças mal dominadas; ou metaforicamente, são campos de batalha, às vezes de caráter diretamente social, mas muitas vezes se dão dentro do campo psicológico do eu.”*<sup>144</sup>

Nesse ponto, algumas considerações sobre cada um dos elementos acima explicitados merecem ser tecidas, pois demonstram de que forma a radicalização da modernidade e dos riscos a ela inerente possibilitam ao mesmo tempo e paradoxalmente, a abertura e vinculação com o futuro, mas também estabelecem um ambiente propício ao enfrentamento e à convivência irresponsável dos sistemas psíquicos, isso é, *entre o eu e o outro*.

A primeira das arenas da segregação, para usar o conceito de Giddens, é a incorporação social da loucura.

Na modernidade, a loucura, assim como criminalidade, passaram a ser vistas como circunstâncias que poderiam afetar a qualquer pessoa da população, isto é, a loucura *“passou a ser vista como um risco que a vida moderna acarreta”*.<sup>145</sup>

Estabelecimentos como a prisão e o manicômio, assim, passam a apresentar o confisco de vários tipos de direitos sociais e individuais, que fazem parte de um projeto mais amplo de compartilhamento dos ambientes sociais da modernidade,

<sup>143</sup> GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Op.Cit. Pág. 151.

<sup>144</sup> Idem. Pág. 156.

<sup>145</sup> Idem. Pág. 148.

pois, como resume de forma pontual Giddens, associando novamente as prisões e os manicômios, estes

(...) rapidamente perdem a maior parte daquela qualidade exótica que desde cedo faziam delas espetáculos para o mundo exterior. Em vez disso, tornam-se ambientes de correção técnica, orientados para as relações transformadoras da modernidade.<sup>146</sup>

Também ocorre a segregação da doença e da morte: nas sociedades pré-modernas, a doença crônica e a morte eram parte da vida cotidiana de muitas pessoas, um lugar comum da experiência, mas hoje, a morte é ocultada da vista das pessoas, e sua determinação tornou-se uma questão técnica.

A morte continua a ser uma experiência cabal da vida humana, e, desta forma, sua completude não pode ser traduzida perfeitamente para o âmbito dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, e, com o aperfeiçoamento das técnicas médicas e dos hospitais como instituições sociais onde esta técnica passa a ser desenvolvida e praticada, esta experiência, da doença e da morte, passa a ser vista de modo a limitar, segregar, qualquer elemento moral ou estético.

A “*privatização da paixão*” é outra característica listada como relevante por Giddens.<sup>147</sup>

A passagem da sexualidade para os bastidores da vida privada marca uma concepção moderna sobre as questões morais envolvendo a paixão.

Inobstante não haja cultura conhecida em que as relações sexuais tenham se realizado de maneira completamente aberta, em muitas culturas não modernas, ou mesmo na Europa pré-moderna, a sexualidade não era restritivamente mantida como invisível aos olhos dos outros, uma vez que as próprias condições materiais de determinados grupos impediam que isso ocorresse.

Michel Foucault ajudou a mostrar como a privatização da sexualidade na modernidade, acaba por criar uma espécie de mito que exigia a condenação das licenciosidades, em favor de atitudes pudicas.<sup>148</sup>

Como certifica Giddens em comentários à obra de Foucault, na modernidade,

<sup>146</sup> Idem. Pág. 149.

<sup>147</sup> GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Op.Cit. Pág. 151 e ss.

<sup>148</sup> FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade, V. 1: A vontade de saber**. São Paulo: Graal editora. 2010.

A sexualidade virou propriedade do indivíduo, e mais especificamente do corpo, pois o erotismo em conjunto com a culpa era substituído por uma combinação de sexualidade, auto-identidade e propensão à vergonha. A ocultação do comportamento sexual não era tanto uma ocultação pudica como uma reconstituição da sexualidade e seu redirecionamento para uma esfera da intimidade que surgia. O desenvolvimento sexual e a satisfação sexual passam assim a ligar-se ao projeto reflexivo do eu. *Os vários discursos sobre a sexualidade de que fala Foucault fazem parte do espectro mais amplo do desenvolvimento dos sistemas reflexivos internamente referidos.*<sup>149</sup>

Em outras palavras podemos dizer, com Niklas Luhmann,<sup>150</sup> que a sexualidade torna-se um código comunicativo de sistemas sociais autorreferentes: ela perde suas conexões mais amplas com a tradição e com a ética, bem como com a ideia de sucessão de gerações: a sexualidade continua sendo uma questão de experiência humana, mas já é afastada dos domínios mais amplos da existência humana, com os quais outrora nos colocara em contato.

Por fim, a última frente de segregação da experiência da moralidade descrita do Giddens é a cisão entre o homem, suas capacidades e a natureza exterior.

Como é sabido, o projeto da modernidade é um projeto de emancipação e também de dominação do ambiente natural extrínseco ao homem. Contudo, o que se está aqui submetendo à discussão não é simplesmente o lugar comum de que, com o advento da modernidade, o homem busca “colonizar a natureza”.

Seguindo as premissas deste trabalho, a natureza começa a encontrar o seu fim na medida em que sua existência passa a ser cada vez maiormente determinada pelos múltiplos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade moderna.

Em suma,

Nas condições da modernidade, as pessoas vivem em ambientes artificiais num duplo sentido. Primeiro, por causa da difusão do ambiente construído, em que vive a vasta maioria da população, o hábitat humano se torna separado da natureza, agora representada só na forma do “campo” ou da “selva”. Segundo, num sentido profundo, a natureza deixa literalmente de existir quando eventos que ocorrem naturalmente fazem cada vez mais parte dos sistemas determinados por influências socializadas.<sup>151</sup>

Colocando de forma resumida, podemos estabelecer que na sociedade de risco, o homem vive em um ambiente segregado da natureza em um duplo sentido:

<sup>149</sup> GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Op.Cit. Pág. 152.

<sup>150</sup> LUHMANN, Niklas: **Love as Passion: The Codification of Intimacy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1987.

<sup>151</sup> GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Op.Cit Pág. 154..

primeiramente a vida humana se desenvolve em locais cada vez mais criados pelo próprio homem, e num segundo e mais relevante sentido, a própria natureza perde sua identidade, na medida em que está cada vez mais sujeita à intervenção humana, deixando assim, ela própria, de se figurar como um elemento de referência externa para o homem mesmo.

#### **4.2.1 Risco, narcisismo e as tribulações do eu**

Diante do cenário de risco potencializado, que causa a segregação da experiência humana de grande parte dos valores morais relevantes à construção da identidade, a própria percepção do indivíduo sobre si mesmo mostra um eu “frágil, quebradiço, fraturado, fragmentado”.<sup>152</sup>

Nesse sentido, Anthony Giddens, amparado pela obra de Richard Sennett e Christopher Lasch, demonstra o surgimento de desordens narcisistas do caráter.

Para tal perspectiva, que parte de uma linha de pensamento próxima à pós-estruturalista, o “eu” deixa de existir, e o sujeito se torna um sujeito descentrado, que apenas pode encontrar sua identidade em fragmentos de linguagem ou de discurso.

O narcisismo, dentro da descrição aqui referida, não pode ser confundido com a ideia leiga de autoadmiração: pelo contrário, é uma postura geral do eu, que impede que o indivíduo estabeleça fronteiras válidas entre o eu e o mundo exterior.

Esta postura de enfrentamento da condição moderna, supõe uma constante e sempre frustrada busca da auto-identidade, pois o indivíduo sempre se pergunta o que as experiências que vive significam “para mim”, o que impossibilita a constituição de relações íntimas, assim como conexões mais amplas no mundo social mesmo.

Nas palavras de Giddens,

Os horizontes de atividade da pessoa parecem desolados e sem atrativos a despeito da crônica busca de satisfação – ou talvez por isso mesmo. Ao mesmo tempo, qualquer sentido de dignidade pessoal ou dever cívico tende a evaporar-se. A autenticidade substitui a dignidade – que torna boa uma ação é que ela é autêntica em relação aos desejos do indivíduo, e pode ser exibida aos outros como tal.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Idem. Pág. 157.

<sup>153</sup> Idem. Pág. 158.



De fato, com a radicalização dos riscos da modernidade traz também a interpretação destes riscos como sendo um ambiente sobre o qual se deve construir um empreendimento necessário, pois as pressões e movimentos que esta radicalização ajudou a formular continuam sendo as melhores alternativas de vinculação com o futuro mesmo, conforme explicitado no capítulo anterior.

O que se pretende mostrar de forma clara é que a vida na modernidade coloca o *eu* diante de um paradoxo constitutivo: o de se localizar num ambiente de medo, incerteza e insegurança, mas que, todavia, é o único ambiente que lhe pode fornecer elementos adequados para uma vinculação com o futuro.

Novamente, são pertinentes as palavras de Anthony Giddens, que reitera que

A estimativa do risco é crucial para a colonização do futuro; ao mesmo tempo, ela necessariamente abre o eu para o desconhecido. Há alguns ambientes de risco, onde o elemento de risco, no que diz respeito ao indivíduo em questão, pode ser calculado com bastante precisão. Mesmo nesse caso, e mesmo supondo que o elemento de risco associado a uma atividade ou estratégia particular seja pequeno, ao reconhecê-lo o indivíduo é forçado a aceitar que qualquer situação apresentada poderia ser um dos casos em que as “coisas dão errado”.<sup>154</sup>

#### 4.3 APREENDER A CONFIAR

Seguindo os pressupostos do item anterior, restará sempre o problema de como agir no presente, no tempo do desconhecido, no tempo do desconhecimento.

A questão é de fato relevante, pois *perdemos a confiança de que o passado recolhido como texto contenha também a garantia da solução dos nossos problemas, o que torna possível que depositemos os problemas do presente, sem maiores dificuldades, no futuro.*

Assim, “agora é o futuro que garante que o mundo é incompreensível - e que continuará sendo”.<sup>155</sup>

Com efeito, uma das mais plausíveis hipóteses de fazer frente à dúvida que surge no presente, quanto a um futuro absolutamente desconhecido, porém indispensável, é mostrar confiança.

*Mostrar confiança, é antecipar o futuro. É comportar-se como se o futuro fosse certo.*

<sup>154</sup> Idem. Pág. 169.

<sup>155</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Pág. 798. No original: “*Ahora es el futuro el que garantiza que el mundo es incompresible - y que lo seguirá siendo*”.

A confiança se erige, assim, como um elemento formativo da responsabilidade: confiar no outro é demonstrar responsabilidade, é ser responsável, responder pelos danos eventualmente causados, é demonstrar ser um sujeito apto a receber confiança.

Poderíamos dizer que através da confiança, o tempo se invalida ou pelo menos se invalidam as diferenças do tempo, isto é, das diferenças da incerteza.<sup>156</sup>

Através da confiança, o sistema, ou o homem, se antecipa e reage à diferença de complexidade existente entre ele próprio e o ambiente, o que, conforme observamos, é justamente condição para o estabelecimento do novo.

Como primeiro fator que possibilita o estabelecimento da confiança em alguém, em um objeto ou algum sistema, está a *delimitação do tempo presente*, que se dá pela delimitação da unidade da diferença entre o passado e o futuro.

Desta forma, o presente é o meio pelo qual a complexidade inerente a outras possibilidades temporais é reduzida à “realidade”, a qual pode ser verdadeiramente experimentada.

*O próprio mundo é reduzido ao horizonte da experiência* que pode ser experimentada conjuntamente<sup>157</sup>.

A confiança, assim, não deixa de representar desde logo um marco relevante para a proposta deste trabalho: *o estabelecimento de um ambiente hermenêutico propício à concretização da responsabilidade jurídica, dentro de uma dimensão de alteridade<sup>158</sup>, constituindo a confiança como forma de pensar outramente, e dentro de uma dimensão histórica que possibilite a demarcação de sentido.*

A confiança somente pode ser assegurada e mantida no presente. Nem um futuro incerto nem mesmo o passado pode despertar a confiança, já que não resta eliminada a possibilidade do descobrimento futuro de antecedentes alternativos, isto é, de descrições históricas diversas daquelas já conhecidas.

Esta relação entre o presente e suas implicações não pode ser compreendida nem elaborada se entende-se o presente como um acontecimento fixado em um ponto no tempo, como um momento, como o instante em que o acontecimento ocorre. Pelo contrário, a base da confiança é o presente como um contínuo de

<sup>156</sup> LUHMANN, Niklas: **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005. Pág. 15.

<sup>157</sup> IBID. pág. 25.

<sup>158</sup> Fundamentais, como veremos no próximo capítulo, são, novamente, as contribuições hermenêuticas de Paul Ricoeur. *Verbi gratia, vide*: RICOEUR, Paul. **Outramente**, 2ª Ed. Rio de Janeiro. Vozes, 2008. E também: RICOEUR, Paul. **Percursos do reconhecimento**. São Paulo: editora Loyola, 2006.

eventos cambiantes, como a totalidade dos estados com respeito à qual os acontecimentos podem ocorrer.<sup>159</sup>

O problema representado pela confiança, é, paradoxalmente, o mesmo problema que acarreta o surgimento e a constante evolução dos sistemas sociais: as múltiplas possibilidades apresentadas pelo ambiente, na *forma de futuro*, bem como a certa incerteza que delas são decorrentes.

O futuro, sem dúvidas, *coloca uma carga excessiva na habilidade do homem para representar as coisas a si mesmo*, de modo que é necessário que o homem compatibilize a sua vivência com a constante ameaça representada por um futuro sobremaneira complexo e ininteligível.

Assim, a *experiência traz a consciência da diferença entre o futuro que existe no presente e o presente que existe no futuro*: surge a oportunidade de fazer escolhas igualmente conscientes junto à incerteza, ante a necessidade de consolidar relações entre os presentes atuais e os presentes futuros, que a perspectiva do futuro, pensada no presente, parece colocar em risco: *em uma palavra, surge a necessidade de, decidindo, constituir vínculos com o futuro*<sup>160</sup>.

Ora, a necessidade de consolidar relações sólidas entre os presentes atuais e os presentes futuros é precisamente a necessidade de criar-se *vínculos* com o futuro, mister este que é possibilitado e cumprido mormente através da confiança, pois

A formação e a consolidação da confiança está portanto relacionada com as projeções do futuro, o que acontece invariavelmente no presente. É um projeto de concessão do futuro. Todas as orientações concebidas indireta e tortuosamente, que abarcam um largo período de tempo, permanecem problemáticas desde o ponto de vista da confiança: devem referir-se novamente ao presente, onde estão inevitavelmente ancoradas.<sup>161</sup>

Desta forma, chegamos à conclusão de que a confiança funciona como um modo de redução de complexidade, que se torna, via direta, um caminho para tornar mais factível ação do *sistema mundo*, e assim, constitui um claro elemento de

<sup>159</sup> Idem. Pág. 20.

<sup>160</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Op.Cit. Pág. 21.

<sup>161</sup> Idem. IBID. Pág.21/22. No original: “*La formación y la consolidación de la confianza está por lo tanto relacionada con los prospectos futuros, de lo que es en cualquier tiempo dado el presente. Es un intento para concebir el futuro. Todas las orientaciones concebidas indirecta y tortuosamente, que abarcan un largo plazo, permanecen problemáticas desde el punto de vista de la confianza; tienen que referir-se de nuevo al presente, en el que están inevitablemente encallados*”.

vinculação com o futuro, que pode ser pensado com um dos elementos constitutivos da ideia de responsabilidade, pois,

Se posso dividir ganhos, posso permitir-me formas de cooperação que não dêem resultados imediatos e que não são vistas diretamente como benéficas. Se confio, ou não, no fato de que os outros estão agindo em harmonia comigo, posso alcançar meus próprios interesses de modo mais racional, dirigir mais tranqüilo, por exemplo.<sup>162</sup>

Este o ponto relevante a que gostaríamos de alcançar: conforme estabelecido em linhas anteriores, há uma inelutável tendência ao futuro na estrutura temporal das sociedades contemporâneas, e isso nos leva ao imperioso questionamento de como os sistemas jurídico e político, bem como as próprias pessoas, interagem com aquele necessário tratamento e diminuição da complexidade temporal do sistema social geral.

Considerando a confiança como o estabelecimento de generalizações que visam reduzir a complexidade do ambiente, Luhmann preleciona três etapas que poderiam caracterizar a estipulação do que seja confiável.<sup>163</sup>

Primeiramente, a confiança, enquanto processo de generalização redutora da complexidade, necessita *deslocar*, e em certo sentido ignorar a própria diferença entre todas as possibilidades constantes do ambiente e a ordem razoavelmente estabelecida no interior do sistema, isto partindo do pressuposto bastante razoável que nenhum sistema pode reproduzir a complexidade desestruturada do ambiente.

Os sistemas, então, fazem constantes seleções, e

Deste modo substituem a complexidade amorfa do ambiente pela ordem interna do processamento de dados, e os problemas desta ordem interna são incluídos no sistema como a base de um trabalho de adaptação ao ambiente.<sup>164</sup>

<sup>162</sup> IBID. pág. 40. No original: “Si puedo compartir las ganancias, puedo permitir-me formas de cooperación que no den resultado inmediatamente y que no se ven directamente como beneficiosas. Si confio en el hecho de que otros están actuando – o no lo están haciendo – en armonía conmigo, puedo conseguir mis propios intereses más racionalmente, conducir más sereno entre el tráfico, por ejemplo”.

<sup>163</sup> Sobre isto: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Op.Cit. Pág. 44-51.

<sup>164</sup> IBID. pág. 45. No original: “(...) de este modo substituyen la complejidad amorfa del entorno por el orden interno del procesamiento de datos y los problemas de este orden interno son incluídos en el sistema como la base de un trabajo normal de adaptación al entorno”.

Ocorre, desta feita, a substituição da busca pela certeza externa, que de toda forma é incerta e improvável, pela certeza interna, o que aumenta a capacidade do sistema de suportar a incerteza advinda do ambiente.

Esta certeza interna, por sua vez, pode ser originária do objeto da confiança cumprir uma função absolutamente indispensável para a estrutura interna do sistema, de modo que a não confiança neste objeto é julgada como uma impossibilidade, dada a ausência de tempo, energia ou apoio do ambiente, ou ainda - noutra extremo - tal certeza pode ser advinda na robusta suposição que a falta de confiança em um objeto específico, somente acarretaria um dano parcial e isolado, e por isso, poderia ser substituído por equivalentes funcionais<sup>165</sup>.

Contudo, esta substituição de uma incerteza externa por uma incerteza interna<sup>166</sup>, obtida mediante generalização das experiências sistêmicas, não ocorre de modo automático e irrefletido, pois *os sistemas e as pessoas devem aprender a fazer este deslocamento*.

A aprendizagem se dá basicamente mediada pelas experiências daquele que aprende consigo mesmo, e é controlada pela identidade do desenvolvimento próprio deste que aprende a confiar, sempre tendo como eixo de referência a relação com o outro.<sup>167</sup>

Mais claramente: *todo o processo de aprendizagem é consubstanciado numa distinção primária e fundamental em o eu mesmo e o outro, isto é, entre o eu e o outro enquanto outro eu*, pois é diante da situação que o sistema toma conhecimento da importância e da função do processo de confiança, que ele passa a utilizar destas conclusões que obtém isoladamente, como motivo justificador para a suposição que aquele outro, que representa uma outra parte do próprio eu, também merece ser sujeito de confiança, e, de alguma forma, também confiará<sup>168</sup>.

Estas compreensões são válidas irrestritamente para todos os tipos de sistemas, sociais ou *psíquicos* (pessoas), daí porque se apresentam como um instrumental relevante para a consolidação da ideia de responsabilidade civil objetiva, como já referido.

<sup>165</sup> Idem. Pág. 45/46.

<sup>166</sup> Sobre o tema da certeza no direito: GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. **Considerações sobre a certeza do direito**, in: SIMÕES, Sandro Alex de Souza (org.) **Ensaio de Teoria Geral do Direito**. Belém: editora CESUPA, 2006.

<sup>167</sup> IBID. Pág. 48.

<sup>168</sup> Conf. LUHMANN, Niklas: **Confianza**. Op. Cit. Pág. 48.

De fato, todo o *quinto capítulo* deste trabalho está destinado a demonstrar a confiança como um dos elementos formadores da ideia de que a responsabilidade civil é um eixo adequado de vinculação com o futuro, eixo adequado porque norteador de uma perspectiva hermenêutica propícia ao sentido da convivência conjunta em uma sociedade plural e complexa como a que vivemos<sup>169</sup>, sentido este que exige a dimensão da alteridade como condição *sine qua non* para a própria identificação do sujeito de direito, na colocação fulcral que nos coloca Ricoeur<sup>170</sup>.

Por fim, tem-se que a confiança é sempre uma *aposta instável*, pois as pessoas e as disposições sociais em que se confia, transformam-se em símbolos muito complexos desta confiança, o que significa que todos os acontecimentos serão compreendidos enquanto irritação potencial desta confiança<sup>171</sup>.

Este *controle simbólico*, destarte, funciona como modo de monitoramento, daquele que confia, do comportamento do confiado e do próprio êxito da aposta de confiar.

Note-se que este monitoramento não deixa de ser uma tentativa sistêmica de reduzir a probabilidade de surpreender-se diante dos acontecimentos do ambiente.

É como refere Luhmann:

Em outras palavras, quem quer que confie tem que estar preparado para aceitar os riscos que tal confiança implica. Deve ter claro que, ainda que seja somente para tranquilizar-se, não está confiando incondicionalmente, mas sim dentro de limites e a proporção a expectativas racionais e bem delimitadas.<sup>172</sup>

Esta proposição da confiança, contudo, nos moldes aqui expostos, não deve ser compreendida, face à complexificação incessante e diferenciação funcional da sociedade moderna, *como uma confiança estritamente pessoal, ou melhor, como uma confiança dada tão somente entre sistemas psíquicos, sob pena do*

<sup>169</sup> Com descrição bastante cuidadosa: BARRETO, Vicente de Paulo. **O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.) **O direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Op.Cit.

<sup>170</sup> RICOEUR, Paul. **O justo, V. 1: a justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo, Martins Fontes, 2008. Pág. 21 e ss.

<sup>171</sup> Sobre isso: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. E também: **A força Simbólica dos Direitos Humanos**. Revista Eletrônica De Direito Do Estado, nº 4. Outubro/Novembro/Dezembro de 2005.

<sup>172</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Pág. 49. No original: “*En otras palabras, cualquiera que confía tiene que estar preparado para aceptar los riesgos que implica. Debe tener en claro aunque sea solamente para tranquilizarse, que no está confiando incondicionalmente, sino más bien dentro de límites y en proporción a expectativas racionales y específicas*”.

*deslocamento e invalidação de suas atividades funcionais para a diminuição da diferença entre passado e futuro.*

Em face do caráter inegavelmente insustentável, no contexto da sociedade moderna, de uma confiança em relações estritamente pessoais, passa-se então a constituir confiança também nos próprios sistemas funcionais, ou melhor, naqueles *media* simbolicamente generalizados que os caracterizam, pois a confiança estritamente pessoal pode e deve ser mantida em sociedades com outros tipos de diferenciação, não mais nas sociedades altamente complexas que se diferenciam com base em critérios funcionais.

De forma sumária, podemos definir os meios de comunicação generalizados como os resultados advindos da necessidade inerente ao sistema de realizar múltiplas seleções, através das quais diferentes partes destas seleções se conectam umas com as outras, desde que representadas pelo mesmo padrão seletivo, que é constituído, por sua vez, pelo código próprio de cada sistema.

Destarte, temos que a função destes meios de comunicação é prover a capacidade de transmissão intersubjetiva das seleções realizadas pelos sistemas<sup>173</sup>, e é através destes *media*, ou melhor, pela sua capacidade generalizadora, que se torna possível que as seleções e estruturas de expectativas realizadas pelo sistema jurídico, por exemplo, sejam consideradas por outros sistemas, de modo que estes tomem suas decisões supervenientes levando em conta as seleções anteriormente efetuadas por aquele sistema que configura a matriz daquele determinado *media*.

“A verdade, o amor, o poder e o dinheiro são excelentes exemplos deste tipo de mecanismos, ao quais tem se desenvolvido com muito êxito”<sup>174</sup>, isto sem olvidar o meio próprio do sistema jurídico, que nos interessa precipuamente, qual seja, a própria ideia de *responsabilidade jurídica objetiva*, enquanto oferecimento de expectativas sociais normativas congruentemente generalizadas.<sup>175</sup>

Ora, naturalmente os meios de comunicação diferenciados, sua linguagem e seus símbolos produzem novos tipos de risco, e, deste modo, apresentam um novo tipo de problema inerente à confiança, problemas estes que só podem ser resolvidos em termos de confiança nestes próprios meios de comunicação.

<sup>173</sup> IBID. pág. 82.

<sup>174</sup> Idem. Pág. 82. No original: “*La verdad, el amor, el poder e el dinero son excelentes ejemplos de este tipo de mecanismos, los cuales se han desarrollado con mucho éxito.*”

<sup>175</sup> Conf. LUHMANN, Niklas: ***El derecho de la sociedad***. Op. Cit. Pág. 269, 491 e ss.

A confiança nos meios de comunicação simbolicamente generalizados ocorre justamente naquela prestação específica que o sistema, através do próprio meio/código, desempenha no contexto social.

Desta feita, a confiança requerida leva em consideração a função política de tomar decisões coletivamente vinculantes, bem como a função jurídica de oferecer alívio às expectativas normativas, isto é, de sustentar, mesmo que contrafaticamente, determinadas expectativas jurídicas.

Esta é uma proposição que mereceria maiores considerações, tomando como ponto de partida uma leitura teórica que buscasse compreender até que ponto a previsão do instituto da responsabilidade civil poderia ser pensada como um fundamento para a vinculação com o futuro, um fundamento de vinculação com o futuro.

A nossa aposta fundamental já foi apresentada: ela está pontuada dentro da ideia de que, com a modernização da sociedade industrial, a radicalização da diferenciação funcional dos sistemas sociais fez com que fossem estabelecidos princípios políticos que formaram uma modernidade reflexiva, modernidade onde as formas industriais de controle da responsabilidade civil se tornaram absolutamente obsoletas.

Destarte, se faz necessário repensar os institutos da responsabilidade civil, para que a responsabilidade pela existência comece a ser verdadeiramente pensada como um postulado de justiça.

Existe, nesse sentido, a necessidade de se aprender a confiar. Aprender a confiar no agir responsável do outro, a aprender a ver-se a si mesmo como agente responsável.

Esta nova forma de confiança, repita-se, deve tomar então matizes éticas que radicam no conceito de responsabilidade jurídica, responsabilidade social, responsabilidade civil objetiva, e o modo mais adequado - talvez mais eficaz - de formação e tutela deste sentido da *confiança como responsabilidade* continua sendo pensado através da função de estabilização de expectativas normativas realizadas pelo sistema jurídico.

Contudo, neste ponto, a estabilização de tais expectativas passa, necessariamente, por uma perspectiva hermenêutica diferenciada da ideia de responsabilidade, que deve ser compreendida em termos de *responsabilidade como cuidado*, perspectiva que possa demonstrar a faceta verdadeiramente relevante que



lhe é inerente. Perspectiva esta que é indispensável para a garantia daquele sentido de vinculação com o futuro, de formação de confiança na responsabilidade civil: portanto, de vinculação pautada em ideias morais como de solidariedade e a alteridade jurídica.

Uma responsabilidade jurídica que alcance tais finalidades, por fim, não pode ser baseada em critérios subjetivos de culpa. Deve ser uma responsabilidade objetiva.

## 5 RESPONSABILIDADE COMO JUSTIÇA: As contribuições de Paul Ricoeur para uma releitura da responsabilidade civil

### 5.1 POR QUE PAUL RICOEUR?

Conforme delineado nos capítulos anteriores, o alcance de um sentido mais preciso sobre a “modernidade”, nos permite também concluir que este tempo histórico representa inúmeros desafios para os valores fundantes da noção de responsabilidade; de responsabilidade jurídica; de responsabilidade civil; e de responsabilidade civil objetiva, especificamente.

O tema é verdadeiramente relevante, uma vez que, conforme pontuado, a dogmática jurídica apresenta o conceito de “modernidade”, o estilo de vida advindo deste tempo histórico, como um fundamento do dever objetivo de indenizar.

Contudo, como também fora referido, caso queiramos compreender a relevância da responsabilidade civil objetiva para a organização social, devemos radicalizar a leitura das consequências da “modernidade” para a definição do próprio eu, e das relações que este forma com o outro, dentro de um percurso de reconhecimento recíproco, que é fundador da noção de responsabilidade mesma.

Nas linhas anteriores foram brevemente traçadas algumas destas consequências, sentidas como grandemente danosas, para aquela relação de alteridade de forma a base da responsabilidade humana.

Nesse sentido, o presente capítulo busca apresentar elementos da obra de Paul Ricoeur que evidenciam a contribuição deste pensador para uma releitura do instituto da responsabilidade civil.

O mote principal é possibilitar que a responsabilidade seja vista como aquilo que o próprio Ricoeur considera como um elemento central da teoria do direito.<sup>176</sup>

De fato, toda a obra de Paul Ricoeur aspira uma teoria da responsabilidade.

Como nos demonstra David Pellauer, a própria epistemologia filosófica subjacente à obra de Ricoeur inicia com uma pergunta fundamental, o “*o que podemos fazer?*”, e, via de consequência, segue para questionar pelo que podemos ser responsáveis, considerando-se que muitos eventos nos quais se enreda o ser

<sup>176</sup> RICOEUR, Paul. **O justo**, v.1: São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pág.33 e ss.

humano poderiam ser lidos como mais uma ocorrência predeterminada pela natureza.<sup>177</sup>

Para esta questão basal, Ricoeur buscará uma resposta conciliadora, que será também utilizada na construção de seu conceito de responsabilidade: o voluntário e o involuntário, na vida humana, devem ser tidos de forma conjunta, porque de outro modo nenhum deles pode verdadeiramente ser compreendido.

Num mundo puramente objetivo, não haveria liberdade, e via de consequência, não haveria também nada para compreender, pois não haveria nenhuma subjetividade para compreender, mas um mundo totalmente subjetivo também seria ininteligível, pois não haveria mundo para fora da própria subjetividade, e não haveria sequer a possibilidade de ação, uma vez que o voluntário apenas se revela por meio e em relação ao involuntário.

Este projeto de Ricoeur, o de possibilitar uma teorização das relações entre o voluntário e o involuntário – de notória relevância para a consolidação da responsabilidade humana - encontra uma séria dificuldade: para alcançar seus objetivos, o projeto deveria fazer mais que uma descrição fenomenológica pautada nas filosofias do *cogito*. Na verdade, seria preciso bem mais que uma mera mudança de método.

Já em *liberdade e natureza*, sua tese de doutoramento, Ricoeur antecipa a questão que será determinante para toda a sua filosofia posterior, e que é também cabal para a formulação de uma teoria da responsabilidade civil objetiva como dever jurídico fundamental: a conclusão de que não há conhecimento possível senão através da alteridade.

*Não há sujeito que se torne capaz* - no sentido preciso que Ricoeur atribuirá ao termo - através da autopostulação do cogito, *pois*

(...) O Ego deve renunciar mais radicalmente à disfarçada reivindicação de toda consciência, deve abandonar o desejo de postular a si mesmo, de modo a receber a nutritiva e inspiradora espontaneidade que rompe o círculo vicioso do constante retorno do eu a si mesmo.<sup>178</sup>

<sup>177</sup> PELLAUER, David. **Compreender Ricoeur**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2009. Pág.17 e ss.

<sup>178</sup> RICOEUR, Paul. **Freedom and Nature: The voluntary and the involuntary**. Evaston: Northwestern University Press, 1966.Pág.14, *Apud*: PELLAUER, David. **Compreender Ricoeur**. Op.Cit. Pág. 28.

Como verificamos nos capítulos precedentes, a lógica de funcionamento a modernidade radicalizada, *modernidade reflexiva*, acarreta a segregação da experiência da moralidade em inúmeros aspectos determinantes, e assim, tem por fruto um recorrente distanciamento do eu que pensa, decide e age, da rica experiência da participação nos assuntos e na vivência humana.<sup>179</sup>

Por esta razão, o presente capítulo, que não tem a pretensão de apresentar uma sistemática análise de filosofia de Paul Ricoeur, visa tracejar alguns dos elementos da obra deste autor que possam ser vistos como norteadores para a busca de fundamentos mais densos da responsabilidade humana, e, por isso, da responsabilidade jurídica objetiva.

De fato, para tais preocupações, o trabalho de Ricoeur, que visa compreender o sujeito de direito como um agente capaz de agir em coletividade, é frutífero, pois coloca os fundamentos epistemológicos do projeto, sem desconsiderar que o sujeito responsável é um sujeito político, e assim, apresenta uma abrangente estrutura de apoio para uma teorização da responsabilidade jurídica objetiva.

## 5.2 JUSTIÇA E RESPONSABILIDADE NA OBRA DE PAUL RICOEUR:

### 5.2.1 A experiência do mal e a aprovação do bom como marco inicial da teoria da responsabilidade

A filosofia inicial de Paul Ricoeur, que surge com a problemática do voluntário e o involuntário na *práxis* humana, encontra um núcleo central nas distinções tratadas por este autor em *Finitude e Culpabilidade*, obra em que são distinguidos conceitos fundamentais para uma formulação do justo jurídico e moral, tais como a ideia da falta, da mácula, do mal, bem assim dos mitos pelos quais as diferentes culturas explicam a culpabilidade e sua provação.<sup>180</sup>

Trata-se de trabalho que, em rigor, é uma continuidade de *Liberdade e Natureza*<sup>181</sup>, e, onde uma das preocupações centrais de Ricoeur é a de delinear

<sup>179</sup> Esta leitura é confirmada também por DOUEK, Sybil Safdie. **Paul Ricoeur e Emmanuel Lévinas: Um elegante desacordo**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

<sup>180</sup> RICOEUR, Paul. **Finitud y culpabilidad**. Editorial Trotta: Madrid, 2011.

<sup>181</sup> Como expressamente reconhece o próprio Ricoeur: RICOEUR, Paul. **Finitud y culpabilidad**. Op. Cit. Pág. 9.

aquilo que ela chama de *homem falível*, e quais as possibilidades deste ser considerado culpado de suas faltas, de sua própria finitude.

Sem dúvidas que a busca pelos fundamentos da ideia de responsabilidade objetiva, então, precisa passar por estas questões.

Como Ricoeur demonstra com clareza, falar da finitude e da falibilidade humana é *um problema de desnível entre a capacidade do pensar puro e da compreensão completa do homem sobre si e consigo mesmo*.

De fato, Platão, no Banquete, em Fedro e na República, já colocara o problema da miséria da filosofia diante da alma humana: *a filosofia encontra seus mais claros limites na impossibilidade de conhecer a alma*.

Para Ricoeur, em suma, o homem é uma *região intermediária* entre o “ser”, *locus* de virtude e excelência, e o “nada”, lugar onde o “não-ser” se manifesta, e assim, sendo ele próprio um meio-termo o homem está sujeito à falta, à falibilidade.

Não que o erro seja algo necessário, inerente à existência humana: ocorre que, não sendo um ser perfeito, não pode ter a virtude absoluta; mas não sendo ele próprio o não-ser, o nada, o homem simplesmente fica exposto, sujeito à falta.

A questão é pontualmente explorada por Descartes, pensador que, neste momento da vida e da obra de Ricoeur, lhe serve como referência, e que, sabemos, mais adiante será o contra-modelo da racionalidade buscada por Ricoeur.

Na meditação quarta, refere Descartes:

E, na verdade, quando só penso em Deus, não descubro em mim nenhuma causa de erro ou falsidade; mas pouco depois, voltando a mim, a experiência me faz conhecer que sou, não obstante, sujeito a uma infinidade de erros, dos quais, procurando a causa de mais perto, noto que não se apresenta somente ao meu pensamento uma real e positiva ideia de Deus, ou então de um ser soberanamente perfeito, mas também, por assim dizer, uma certa ideia negativa do nada, ou seja, daquilo que é infinitamente distante de todo tipo de perfeição, e que eu sou como um meio entre Deus e o nada, ou seja, situado de tal modo entre o soberano ser e o não-ser que na verdade nada se encontra em mim que me possa conduzir ao erro, na medida em que um soberano ser me produziu; mas que, se me considero como participando de alguma forma do nada ou do não-ser, ou seja, na medida em que eu mesmo não sou o soberano ser, acho-me exposto a uma infinidade de faltas, de forma que não me deve espantar se me engano.<sup>182</sup>

É nessa condição de intermediário em que vive o homem, que Ricoeur buscará os fundamentos de uma *ontologia da falibilidade humana*, preocupação que,

<sup>182</sup> DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág.85.

repita-se, deve ser incorporada em uma tentativa de configurar a responsabilidade como dever jurídico fundamental objetivo.

Outrossim, é bom desde logo adiantar e reforçar que, o questionamento sobre a falibilidade e a falta como marcos existenciais humanados, *não deve ser confundido como um exercício de busca de fundamentos subjetivos, de dolo ou culpa, da responsabilização jurídica.*

Ao contrário: o relato da finitude como situação inerente ao homem, apenas confirma algo já exposto nos capítulos anteriores: *assim como é impossível anular todos os riscos da ação humana, a responsabilização por estes riscos não deve - não pode - depender exclusivamente de elementos subjetivos como dolo ou culpa, eis que eles fogem do âmbito de alcance da própria escolha humana, da racionalidade, da filosofia, como nos demonstra toda a tradição filosófica acima referida, inaugurada com Platão, e que expressamente reconhece tais limites do próprio pensar.*

Com efeito, como refere Ricoeur, tratando da ideia da falibilidade humana, “este traço global consiste em uma certa não-coincidência do homem consigo mesmo; esta desproporção consigo mesmo seria a *ratio* da falibilidade”<sup>183</sup>.

Nesse sentido, as relações entre a finitude humana, a falta, a culpabilidade e a regra de direito são aproximadas.

Como nos demonstra Olivier Abel, dentro destas relações a regra jurídica – e poderíamos acrescentar: a responsabilidade civil – não visa tanto crescer o bom, construir o bem, mas sim, evitar a degeneração:

O mal dá à problemática da regra, do interdito, da justiça e da instituição, toda a sua importância: não visa antes de mais o bem, mas evitar o pior. A justiça deve simultaneamente imputar, distinguir e explicar para de aplicar com maior justiça, e reparar, restituir o direito, reagir contra o mal cometido.<sup>184</sup>

A ideia fundamental é que o mal anula qualquer pretensão de explicação,<sup>185</sup> e por isso não pode ser totalmente imputado ou pensado: como visto, existe um claro

<sup>183</sup> RICOEUR, Paul. **Finitud y culpabilidade**. Op. Cit. Pág.21. No original: “(...) ese rasgo global consiste en una cierta no-coincidencia del hombre consigo mesmo; esta ‘desproporción’ consigo mismo sería la ratio de la falibilidad’.”

<sup>184</sup> ABEL, Olivier. **Paul Ricoeur: A promessa e a regra**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. Pág.20.

<sup>185</sup> Idem. IBID. Conf. também, com proveito: MONGIN, Olivier. **Paul Ricoeur: As fronteiras da filosofia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. Pág.188 e ss.

limite, um desnível, entre as capacidades de compreensão da racionalidade e a experiência do homem enquanto totalidade.

O papel da filosofia, reconhecendo assim sua própria limitação, seria configurar esta experiência de pré-filosófica, ou, em termos gadamerianos, de pré-compreensão/adesão<sup>186</sup>, do homem à sua própria falibilidade, e, assim, da sua necessária *responsabilidade*, eis que “*tais relatos ajudam a construir um sujeito capaz de agir e a atribuir-lhe o sentimento de ser responsável apesar de tudo*”.<sup>187</sup>

### 5.2.2. Fundar a ética da responsabilidade sob o *cogito*: O tempo, a identidade narrativa e a alteridade, ou o “*entregar-se sem renunciar a si*”

A obra de Ricoeur, por sua vastidão e pluralidade, oferece inegáveis dificuldades de sistematização, isto é, da localização de um princípio de leitura comum.

Contudo, se fosse possível encontrar um mote comum nos trabalhos de Ricoeur, possivelmente este seria – como referido acima - o da *construção de um sujeito não absoluto*, um sujeito não senhor de si mesmo e do universo, mas sim *um sujeito que fique sujeito a ele próprio*, à sua historicidade, sua falibilidade e, no limite, ao outro.<sup>188</sup>

A experiência da finitude e da falibilidade inerentes ao homem - que como relatado Ricoeur observará mesmo em Descartes - é radical, e, por isso, levará a filosofia de Ricoeur à superação do *cogito* do próprio Descartes, ou, em termos mais precisos, a uma dúvida total sobre as próprias possibilidades da dúvida lançadas pelo sujeito de Descartes.<sup>189</sup>

Assim, reconhecer as limitações da racionalidade humana, do conceito de sujeito, é reconhecer que *o sujeito só se forma narrando-se*, de maneira narrativa, e

<sup>186</sup> Sobre a ideia gadameriana da pré-compreensão como forma de adesão do intérprete ao interpretado, vide: GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1999. Pág.400 e ss. Vide também: OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2007. Pág. 79.

<sup>187</sup> ABEL, Olivier. Paul Ricoeur: **A promessa e a regra**. Op.Cit. Pág. 21.

<sup>188</sup> Como se vê, v.g., em RICOEUR, Paul. **Outramente: leitura do livro *Autrement qu’e ou au-delà de l’essence de Emmanuel Lévinas***. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2008.

<sup>189</sup> RICOEUR, Paul. **O percurso do reconhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 2006. Pág. 41 e ss.

é reconhecer que o sujeito, tal qual a experiência narrativa mesma, apenas de constitui na relação com o outro.

E, de resto, será justamente através desta dimensão constitutivo-narrativa do sujeito e da alteridade do sujeito, que o mesmo se tornará “sujeito capaz”, capaz de prometer, limitando-se a si mesmo, se tornará *capaz de ser responsável*.

O dilema norteador do pensamento de Ricoeur, assim, é a formação de um sujeito que seja, ele próprio, intermediário: um meio termo entre o sujeito *construído* por Descartes, e o sujeito *destruído* por Nietzsche, o *cogito exaltado* do primeiro, e o *cogito humilhado* do segundo.

O *cogito* de Ricoeur é um *cogito ferido, modesto, de um sujeito que vive e sofre, e, por isso sabe colocar-se em seu devido lugar*.<sup>190</sup>

Esta formação de um sujeito consciente de si mesmo e de suas limitações, começa com o problema do “*quem sou?*”, da identidade do próprio sujeito, de uma identidade narrativa.

De saída, podemos explicitar a questão do mesmo modo que André Dartigues:

Em princípio o problema é simples: a identidade pessoal, ou a resposta à questão: quem é você? Não pode operar pelo simples enunciado do nome, mas implica a narração da vida – no mínimo um *curriculum vitae* – que indica o contexto das ações e situações a partir do qual podemos identificar a pessoa. A pessoa é o que ela fez e o que ela sofreu.<sup>191</sup>

No processo de construção do sujeito ricoeuriano, podemos identificar um núcleo de preocupações e de implicações comuns, passíveis de observância dentre outras obras, principalmente em “Outramente”, “O percurso do reconhecimento”, “Tempo e Narrativa” e “O si mesmo como o outro”, como bem lembra-nos Sybil Douek<sup>192</sup>.

Em suma, são estas as implicações éticas e filosóficas de Ricoeur:

Primeiramente, marcar o primado e a relevância da posição reflexiva sobre a posição imediata e solipsista do sujeito, tal como se expressa na primeira pessoa do singular: “*eu penso*”; “*eu sou*”.

<sup>190</sup> Sobre tudo isso, com proveito: DOUEK, Sybil Safdie. **Paul Ricoeur e Emmanuel Lévinas: Um elegante desacordo**. São Paulo: Edições Loyola, 2011. Pág. 37 e ss.

<sup>191</sup> DARTIGUES, André. **Paul Ricoeur e a questão da identidade narrativa**. In: MARCONDES CESAR, Constança (org.) **Paul Ricoeur – Ensaios**. São Paulo: Paulus, 1998. Pág. 7.

<sup>192</sup> DOUEK, Sybil Safdie. **Paul Ricoeur**...Op.Cit. Pág.32. Sobre isso, conf. também: MONGIN, Olivier. **Paul Ricoeur: As fronteiras da filosofia**. Op.Cit. Pág. 148 e ss.



Segundamente, separar, como elementos constitutivos do sujeito na alteridade, os dois significados dos termos “idêntico” e “identidade”: *idem* e *ipse*.

Aqui, uma explicação mais detalhada se faz necessária.

Na construção de Ricoeur, o *idem* significa permanência no tempo, sendo seu oposto a ideia de mudança, de variabilidade, enquanto que o *ipse* informa que *não há núcleo não mutante da personalidade*, não obstante seja possível verificar uma permanência que deve ser buscada naquilo que Ricoeur chama “sustentação do si”, o que exigiria uma promessa e a sustentação desta promessa.

Nesse sentido, a tensão entre o mesmo e o idêntico se coloca, sendo a mesmidade sinônimo da identidade *idem*, enquanto que a identidade é referente à identidade *ipse*.

Assim, a identidade *ipse* é que refere pontualmente à dialética entre o “si” e o “outro que si”, sendo que a alteridade nada é para a identidade *idem*, ela é apenas e tão somente comparativa.

Na situação da ipseidade, outrossim, a alteridade é o seu elemento constitutivo, sua condição *sine qua non*: a identidade *ipse* não existe sem a alteridade, ou, como revelará Ricoeur, o “como” do “si mesmo como um outro” não é comparação, mas “implicação”: o si mesmo *enquanto* outro.

Em *A crítica e a convicção*, Ricoeur explica o seu projeto da identidade como *ipseidade*, que seria adquirida a partir da narrativa realizada pelo sujeito, e que aparece já em *Tempo e Narrativa*.

A problemática central da identidade do sujeito, da *identidade ipseidade*, da identidade narrativa, é a temática do *sujeito capaz*, do *sujeito de direito*, e, conforme veremos mais adiante, inclusive a do *sujeito responsável*.

Sobre este ponto, o do sujeito capaz, diz Ricoeur<sup>193</sup>:

É aí que tomo plena posse da noção de identidade narrativa, que apenas fora esboçada na conclusão de *Tempo e Narrativa*. Aqui, mergulhei no coração do problema da identidade pessoal, num campo de investigação extremamente pessoal, num campo de investigação extremamente rico por parte da literatura anglo-saxónica. Arrisquei uma distinção que não me parece ser simplesmente de linguagem mas de estruturação profunda, entre duas figuras da identidade: aquela que chamo da identidade *idem*, a “mesmidade”, ou a *sameness*, e a identidade *ipse*, a “ipseidade”, a *selfhood*.

<sup>193</sup> RICOEUR, Paul. **A crítica e a convicção: conversas com François Azouvi e Marc de Launay**. Lisboa: Edições 70, 2009. Pág.146.

É justamente no conceito de *ipseidade*, de identidade ipse, que reside, segundo compreendemos, a potencialidade da responsabilidade como elemento de justiça e por isso, como *dever jurídico fundamental: a responsabilidade é, já etimologicamente, uma resposta, implica no cumprimento de uma promessa e, por isso, na manutenção de uma identidade que, não obstante essencialmente mutante, pode e deve manter uma linha de estabilidade: a identidade ipse.*

Sobre as distinções entre identidade idem e identidade ipse, acima tracejadas, explica de modo generoso Ricoeur:

Dou imediatamente um exemplo concreto: a mesmidade é a permanência das impressões digitais de um homem, ou sua fórmula genética, o que se manifesta ao nível psicológico sob a forma do carácter: a palavra “carácter”, é aliás interessante, é a que empregamos em tipografia para designar uma forma invariável. Ao passo que o paradigma da identidade ipse é para mim a promessa. Persistirei, apesar de ter mudado; é uma identidade determinada, mantida, que se promulga apesar da mudança.<sup>194</sup>

Como já referido anteriormente, o primeiro dos problemas, o da identidade na alteridade, é inerente às filosofias do sujeito, que, segundo se lê de Ricoeur, pecariam ou pela lógica do excesso, ou pela lógica da falta, isto é, em situações em que o *cogito* seria exaltado, tendo como o tipo ideal em Descartes, ou em situações em que o *cogito* seria destronado e humilhado, tendo como o modelo máximo o pensamento de Nietzsche.

Nesse sentido, Ricoeur irá destronar o *cogito* de descartes e reabilitar o cogito de Nietzsche, para propor um cogito sujeito de si, mas não solipsista nem autossuficiente: sujeito de si dentro da sua identidade *ipse*.

Como revela Ricoeur<sup>195</sup>, o *cogito*, nas duas tradições filosóficas acima referidas, não encontra um ponto mediano, ou se apresenta com excesso, ou se apresenta com falta.

Era preciso, nesse sentido, buscar uma filosofia do sujeito, que fosse capaz de pensar a partir da alteridade, sem renunciar a si mesma:

Além disso, libertei-me do peso da discussão que opunha o “cogito exaltado”, segundo Descartes, e o “cogito humilhado”, segundo Nietzsche, e que terminava na atestação por si mesmo do “cogito ferido”. Eu notava a tal propósito que com o cogito se passa o mesmo com o pai: ora, há de mais

<sup>194</sup> Idem. IBID.

<sup>195</sup> Idem. Pág. 148.

ora não há suficiente (sic). Não sabia, na altura, que esse juízo iria em breve recair sobre mim. Mas o que é certo é que transferi essa discussão para a introdução da obra, de maneira a deixar o campo livre para a investigação das figuras do homem capaz (Quem fala, Quem, etc.?) investigação esta que podia efectivamente pôr-se soa égide do “cogito ferido”.<sup>196</sup>

Nesse particular, as intenções filosóficas de Ricoeur, acima referidas, merecem ser ressaltadas.

Em primeiro lugar, sua tentativa de distinção entre dois tipos de identidade, a identidade *idem* e a identidade *ipse*, respondem a uma profunda problemática ética, como pontuado pelo próprio Ricoeur nos excertos acima colacionados: trata-se, de um lado, da inexorável característica, inerente ao sujeito, da mudança, da contínua transformação, e, de outro lado - como problema sobreposto - o da impossibilidade da mudança total e descompromissada, *irresponsável*, por aquele próprio sujeito que é em si mesmo, mudança, mas não absoluta.

Nesse sentido, como comenta Sybil Safdie Douek<sup>197</sup>, no limite, trata-se da própria ideia de responsabilidade:

Com efeito, admitir a sinonímia entre o si e o mesmo, isto é, considerar que a identidade é sempre igual devido a algum núcleo imutável, equivale a substancializar o sujeito. A recusa desta sinonímia implica dessencializar o sujeito, submetê-lo às contingências existenciais e históricas, portanto admitir sua impermanência, não lhe conferindo uma mesmidade. O problema ético que aí surge é de fundamental importância: se tudo muda e o sujeito é instável, com garantir o seu comprometimento, ou como diz Ricoeur, sua promessa? Como contar com alguém que sempre muda? *O que fazer com a responsabilidade e o comprometimento?* Aqui reside o problema fundamental do filósofo, ao qual ele tentará responder com a noção de ipseidade, contraposta à de mesmidade, ambas presentes, no entanto distintas, na noção mais geral de identidade narrativa.

Nesse sentido, algumas considerações sobre o conceito de *identidade narrativa* são necessárias.

A identidade narrativa, é, antes de tudo, o caminho filosófico/epistemológico encontrado por Ricoeur para explicar o próprio conceito de tempo, mas também implica na construção daquele cogito *intermediário* buscado por Ricoeur.<sup>198</sup>

Com efeito, no terceiro volume da edição brasileira de *Tempo e Narrativa*, Ricoeur explica como o seu objetivo naquela obra fora o de construir um conceito de

<sup>196</sup> Idem. IBID.

<sup>197</sup> DOUEK, Sybil Safdie. **Paul Ricoeur...** Op.Cit. Pág.35. (grifos apostos)

<sup>198</sup> Sobre esse ponto: MONGIN, Olivier. **Paul Ricoeur: As fronteiras da filosofia.** Op.Cit. Pág.116.

identidade narrativa do próprio tempo e, assim também de quem narra o tempo, um conceito de identidade do próprio sujeito, que, portanto, só seria obtido de forma narrativa, contada.

Ora, como refere o autor, “(...) a temporalidade não se deixa dizer no discurso direto de uma fenomenologia, mas requer a mediação do discurso indireto da narração”<sup>199</sup>.

De forma simples, refere o autor que

De forma esquemática, nossa hipótese de trabalho consiste, portanto, em tomar a narrativa por guardião do tempo, na medida em que não haveria tempo pensado que não fosse narrado. Daí o título geral de nosso terceiro volume: “o tempo narrado”. Essa correspondência entre narrativa e tempo, nós a apreendemos pela primeira vez no face-a-face entre a teoria agostiana do tempo e a aristotélica da intriga, que abriu Tempo e Narrativa 1. Toda a continuação de nossas análises foi concebida como uma vasta extrapolação desta correlação inicial.<sup>200</sup>

Todo este percurso, cautelosamente preparado e trilhado por Ricoeur, visa, no fundo, responder a uma questão central, que, na obra, não é velada, mas explicitada generosamente pelo filósofo:

Por ora, contentemo-nos em formular o problema de forma mais breve possível: ainda é possível dar um equivalente narrativo à estranha situação temporal que faz dizer que todas as coisas – incluindo nós mesmos – existem no tempo, não no sentido que daria a esse “em” alguma acepção vulgar, como diria Heidegger de Ser e Tempo, mas no sentido que os mitos dizem que o tempo nos envolve em sua vastidão? Responder a esta pergunta constitui a prova máxima a que está submetida nossa ambição de recobrir adequadamente a aporética do tempo pelo poética da narrativa.<sup>201</sup>

De fato, Ricoeur demonstra que o seu projeto é o de buscar uma identidade narrativa que resolva o problema da ocultação do sentido do tempo cosmológico e fenomenológico, que teve, segundo o autor, em Heidegger seu “mais alto grau de virulência”<sup>202</sup>.

Em síntese, pode-se afirmar que o ocultamento do conceito de tempo entre as perspectivas cosmológicas e fenomenológicas, apenas pode ser respondido por uma terceira via, que Ricoeur pensa ser a do conceito de narrativa, constituída ela

<sup>199</sup> RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa, V. 3: O tempo narrado**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pág.411.

<sup>200</sup> Idem. Pág. 411/412.

<sup>201</sup> Idem. Pág. 414.

<sup>202</sup> Idem. Pág. 416.

própria pelo entrecruzamento de uma perspectiva ontológica da história e da ficção<sup>203</sup>.

Deste entrecruzamento das duas perspectivas, a histórica e a ficcional, Ricoeur prevê o nascimento de um “*rebento frágil*”, o conceito de *identidade narrativa*.

Nesse sentido, é útil a compreensão textual da explicação do Autor:

O rebento frágil proveniente da união da história e da ficção é a atribuição a um indivíduo ou a uma comunidade de uma identidade específica que podemos denominar sua identidade narrativa. “Identidade” é aqui tomado no sentido de uma categoria da prática. Dizer a identidade de um indivíduo ou se uma comunidade é responder à pergunta: quem fez tal ação? Quem é seu agente, seu autor?<sup>204</sup>

A resposta, para autor, assim, só pode ser dada de forma narrativa, de uma forma em que a resposta mesma é um convite à compreensão da história de uma vida, de uma vida de demonstra que todo “quem” deve ser compreendido dentro de uma história contada:

(...) Responder à pergunta “quem” como disse claramente Hannah Arendt, é contar a história de uma vida. A história contada diz o quem da ação. Portanto, a identidade do quem não é mais que uma identidade narrativa. Sem o auxílio da narração, o problema da identidade pessoal está, de fato, fadado a uma antinomia sem solução: ou se supõe um sujeito idêntico a si mesmo na diversidade de seus estados, ou então se considera, na esteira de Hume e de Nietzsche, que esse sujeito idêntico não passa de um ilusão substancialista, cuja eliminação faz aparecer tão-somente um puro diverso de cognições emoções e volições.<sup>205</sup>

Nesse sentido, o paradoxo só é existente caso não façamos uso do conceito de identidade ipse, acima referido, um conceito que, como dirá Ricoeur, deve ser pensada como o próprio conceito de identidade narrativa. Em suma: a identidade da ipseidade é a identidade obtida pela narrativa.

Nesta esteira, conforme já referido anteriormente, a identidade do sujeito ipse escapa à tensão instalada entre o mesmo e o outro, na medida em que “sua identidade repousa num estrutura temporal conforme o modelo de identidade dinâmica oriundo da composição poética de um texto narrativo”.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa, V. 3: O tempo narrado**. Op.Cit. Pág. 417.

<sup>204</sup> Idem. Pág. 418.

<sup>205</sup> Idem. Pág. 418.

<sup>206</sup> Ibid. Pág. 419.

Uma segunda grande implicação filosófica do projeto, em rigor decorrente da primeira, reside na diferenciação entre sujeito e indivíduo: em Ricoeur, é preciso buscar um sujeito que se coloque, que pense, para além do indivíduo e do individualismo.

Conforme referido no capítulo terceiro do presente trabalho, uma das consequências do tempo “moderno”, *rectius*, da modernização, fora a propagação do sentimento de incerteza, de insegurança e de medo, e, por isso, de ausência de *sponsio*, onde o paradigma do individualismo segrega o sujeito da experiência da moralidade e, assim, da própria alteridade.

Com a distinção fundamental entre a identidade *idem* e a identidade *ipse*, e a configuração desta última através do modelo narrativo, Ricoeur pretende pensar no sujeito sem individualismo, e, assim, em um *sujeito capaz, um sujeito responsável*.

Comentando e citando um artigo de Ricoeur publicado na revista *L’Esprit*, denominado *L’identité Narrative*, referido sob a epigrafe “E”, Sybil Safdie Douek explica<sup>207</sup>:

Nesse sentido, é imprescindível estabelecer uma distinção fundamental entre o sujeito e o indivíduo. “o individualismo é um produto ideológico da cultura contemporânea, ligado a um fenômeno de classes”. Para o indivíduo, a sociedade é, por assim dizer, um inimigo que o impede de ter direitos próprios, direitos que lhe pertencem mesmo antes de entrar em sociedade. Esta ideia nasce nos três últimos séculos, e é urgente que se faça sua crítica, esta que poderia nos possibilitar pensar uma pessoa ou um sujeito situado para além do individualismo.

Com efeito, no quadro da filosofia de Ricoeur, e partindo especificamente do conceito de identidade narrativa, não há espaço para o *cogito* cartesiano, Ricoeur não pensa no sujeito egoísta e narcisista, naqueles moldes apresentado no capítulo terceiro do presente trabalho.

Conforme relatado de forma explícita pelo próprio Paul Ricoeur,

Essa conexão entre ipseidade e identidade narrativa confirma uma de minhas mais antigas convicções, qual seja, a de que o si mesmo do conhecimento de si não é o eu egoísta e narcísico do qual as hermenêuticas da suspeita denunciaram tanto a hipocrisia como a ingenuidade, tanto o caráter de superestrutura ideológica como o arcaísmo infantil e neurótico. O si do conhecimento de si é fruto de uma vida examinada, segundo as palavras de Sócrates na *Apologia*. Ora, uma vida examinada é em grande medida, uma vida depurada, clarificada pelos

<sup>207</sup> DOUEK, Sybil Safdie. **Paul Ricoeur...**Op.Cit. Pág. 35-36.

efeitos cartáticos das narrativas tanto históricas como fictícias veiculadas por nossa cultura. A ipseidade é portanto a de um si instruído pelos obras da cultura que ele aplicou a si mesmo.<sup>208</sup>

Aqui é preciso evidenciar também que o conceito ricoeuriano de identidade narrativa é ainda mais fecundo pelo fato de ser de ampla aplicação tanto para a comunidade como para o indivíduo, para o sujeito singular.

Nesse sentido, uma aplicação efetiva do conceito de identidade narrativa pode ser verificada na identidade narrativa do povo e do direito hebreu, constituído e narrado pelas histórias constantes dos livros do Genesis e do Êxodo, que no limite, formam a História, a Identidade, daquele povo e de seu direito.<sup>209</sup>

### **5.2.3 Quem é o sujeito de direito? A estrutura dialógica e institucional do sujeito capaz como pressuposto da teoria da responsabilidade**

Após o ganho teórico representado em seu conceito de identidade narrativa, Paul Ricoeur, na última década do século XX, centra sua atenção para o tema filosófico e jurídico da justiça e dos elementos constitutivos mais básicos do conceito.

De fato, o conceito de identidade narrativa, basal na filosofia última de Paul Ricoeur, está inextricavelmente relacionado com as mais claras preocupações do autor quanto às ideias de capacidade e responsabilidade, binômio este que está na base da contribuição ricoeuriana para a reestruturação do próprio sentido de justiça.

Uma coletânea reunindo os esforços cognitivos de Ricoeur sobre o sentido da justiça foi publicada pelo autor em duas partes, primeiramente em 1995 e posteriormente em 2001, sob o nome de *Le juste*.

Na primeira obra, Paul Ricoeur não hesita, de saída, em configurar as relações entre o conceito de justiça e a identidade narrativa, quando diz ele que

Uma teoria filosófica do justo encontra, assim, sua primeira base na asserção segundo a qual o si só constitui sua identidade numa estrutura relacional que faz a dimensão dialógica prevalecer à dimensão monológica, que um pensamento herdeiro da grande tradição da filosofia reflexiva seria (sic) tanto a privilegiar.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> RICOEUR, Paul. **Tempo e Narrativa, V. 3: O tempo narrado**. Op.Cit. Pág.419.

<sup>209</sup> OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Op.Cit. Pág. 75 e ss.

<sup>210</sup> RICOEUR, Paul. **O justo, V.I**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pág. 07.

O complexo caminho que leva à reformulação do conceito de responsabilidade, e, no limite, ao próprio sentido da justiça, começa por uma questão pontual, é saber: *Quem é o sujeito do direito?*

Conforme já pontuado linhas acima, a resposta só pode levar até uma identidade que apresente uma estrutura dialógica, e, justamente por isso, narrativa.

Contudo, o que parece mais relevante nesta pergunta inicial, é que a questão jurídica formal “*quem é o sujeito do direito*”, revela Ricoeur, não se distingue, no limite, da questão moral formal sobre “*quem é o sujeito digno de estima e respeito?*”, e, por sua vez, ambas remetem a um problema – nas palavras de Ricoeur – antropológico: “quais são as características fundamentais que tornam o si (Self, Selbst, ipse) capaz de estima e respeito?”<sup>211</sup>

Estas três diferentes dimensões (jurídica, moral e antropológica), relacionando-se de modo retroativo, lançam três diferentes questões, igualmente relacionadas: Quem?, O quê?, e Por quê?.

A pergunta “O quê?” demanda uma descrição; a pergunta “Por quê?” precisa de uma explicação, e a pergunta “Quem?” exige uma *identificação*.

A identificação a que se refere Ricoeur, é a identificação do *sujeito capaz*, que é definida pelo próprio autor como “o referente último do respeito moral e do reconhecimento do homem como sujeito de direito”, tendo ainda o cuidado de referir que “se é possível atribuir-lhe essa função, isso decorre de seu nexos íntimo com a noção de identidade pessoal ou coletiva”.<sup>212</sup>

Tal ideia, a de um nexos que decorre da identidade pessoal ou coletiva, é mais claramente exemplificada por uma série de perguntas que demandam a utilização do termo “*quem?*”: Quem é aquele que fala?; Quem realiza esta ou aquela ação? De quem é a história aqui narrada? Quem é o responsável por este dano ou este mal feito a outrem?

Inicialmente, gostaríamos de centrar nossa análise na construção dada por Ricoeur à segunda questão acima pontuada: Quem realiza esta ou aquela ação?

Esta questão é inerente à problemática da *atribuição*, isto é, da atribuição a alguém de uma ação ou do segmento de uma ação, e, como pontua Ricoeur,

<sup>211</sup> Idem. Pág. 21. Grifos no original.

<sup>212</sup> Idem. Pág.22.



Esse problema apresenta-se constantemente no plano do conhecimento histórico ou em procedimentos jurídicos que tenham em vista identificar singularmente o indivíduo responsável que será eventualmente obrigado a reparar um dano ou a submeter-se à pena por um ato delituoso ou criminoso.<sup>213</sup>

Assim, nos encontramos no núcleo do conceito de sujeito capaz. Contudo, novos problemas são sobrepostos: para Ricoeur, a tradição filosófica ocidental não oferece respostas satisfatórias para a questão da atribuição: ou nos contentamos, por exemplo, com as metáforas aristotélicas, ou retomamos a as noções de causa eficiente, constantes da física de Galileu e de Newton.

Diante de tal dificuldade, Ricoeur retoma o seu conceito de identidade narrativa, para estabelecer que a mesma, dando ensejo à distinção entre a identidade *idem* e a identidade *ipse*, permite assim a diferenciação entre o que é orgânico, quase imutável, na identidade do sujeito (identidade *idem*), e aquilo que é identidade na mudança (identidade *ipse*), conforme acima já pontuado.

Com a identidade narrativa, é posto o último estágio do desenvolvimento da reconstrução do sujeito capaz: *a introdução de características éticas ou morais, associadas tanto à ideia de bem, como à ideia de obrigação, às quais Ricoeur associa a noção de ética e moral, respectivamente.*<sup>214</sup>

Esses elementos morais e éticos aplicam-se tanto às ações que consideramos boas ou más, permitidas ou proibidas, mas também podem aplicar-se ao próprio sujeito que realiza a ação, ou melhor, ao qual a ação é imputada, fazendo com que o sujeito mesmo se torne digno de respeito ou estima.

Nesse sentido, Ricoeur estabelece que através do conceito de identidade narrativa, a estima e a consideração lançadas ao agente tornam-se indissociáveis da autoestima e do auto-respeito nutridos pelo mesmo, qualidades que só são adquiridas de forma narrativa, isto é, através das enunciações e das narrações das histórias que contamos sobre nós mesmos.

O sujeito capaz, possui assim uma estrutura dialógica, configurada pelo fato de que

Estimamo-nos como capazes de estimar nossas próprias ações, respeitamo-nos por sermos capazes de julgar imparcialmente nossas

<sup>213</sup> RICOEUR, Paul. **O justo**, V.I. Op.Cit. Pág. 23.

<sup>214</sup> Idem. Pág. 24.

próprias ações. Assim, autoestima e auto-respeito dirigem-se reflexivamente a um sujeito capaz.<sup>215</sup>

Ocorre que com esta estrutura dialógica do sujeito capaz, não conseguimos ainda realizar a figuração total do sujeito capaz ao sujeito de direito, e isso porque o exame da questão deve abarcar não apenas a necessidade de mediação do outro em geral, o “tu”, mas também o desdobramento da própria alteridade em uma forma de *alteridade interpessoal e institucional*.

O caráter institucional do sujeito de direito representa uma ideia relevante para a reconstrução da noção da responsabilidade jurídica, como adiante será exposto.

A ideia de alteridade institucional significa que a alteridade dialógica, aquela baseada no “eu” e no “tu”, não é suficiente para constituir um sujeito que seja capaz garantir a *sponsio* diante de uma comunidade política, e que estes próprios vínculos políticos demandam que o outro seja pensado também como um terceiro, que ninguém mais é que “*cada um*” contratante de uma comunidade política.

Em razão do rigor teórico, vale citar diretamente Ricoeur, ao referir que

Para uma filosofia dialogal, é tentador limitar-se às relações com outrem, que se costuma situar sob o emblema do diálogo entre o “eu” e o “tu”...Somente essas relações merecem ser qualificadas de interpessoais. Mas a esse face-a-face falta a relação com o terceiro, que parece tão primitiva quanto a relação com o tu.<sup>216</sup>

Em suma, “*somente a relação com o terceiro, situado no plano de fundo da relação com o tu, confere base à mediação institucional exigida pela constituição de um sujeito real de direito, em outras palavras, de um cidadão*”.<sup>217</sup>

Destarte, a formulação da dimensão institucional do sujeito de direito lembra também que o defrontante da própria ideia de justiça não é o “eu”, nem o “tu”, mas cada um, cada pessoa, localizada em sua qualidade de terceiro: *a cada um o que lhe cabe*.

De fato esta “mediação institucional” é indispensável para a percepção da responsabilidade jurídica, dado que sem ela,

O indivíduo é apenas um esboço de homem; para sua realização humana é necessário que ele pertença a um corpo político; nesse sentido, essa

<sup>215</sup> Idem. Pág.25.

<sup>216</sup> Idem. IBID.

<sup>217</sup> RICOEUR, Paul. **O justo**, V.I. Op.Cit. Pág. 25/26.

pertença não é passível de revogação. Ao contrário. O cidadão oriundo dessa mediação institucional só pode querer que todos os humanos gozem com ele essa mediação política que, somando-se às condições necessárias pertinentes a uma antropologia filosófica, se torna uma condição suficiente da transição do homem capaz ao cidadão real.<sup>218</sup>

A passagem do sujeito capaz ao *cidadão real* é matizada pela noção de que o cidadão real - o sujeito de direito – em um estado político onde a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, é sempre também um cidadão responsável.

Assim, Ricoeur liga de maneira inextricável a sua construção do sujeito de direito, ao conceito de responsabilidade, ligação esta que será objeto do tópico posterior.

#### **5.2.4 A responsabilidade como categoria jurídica e moral: A construção da responsabilidade civil objetiva como decorrência do conceito de sujeito de direito**

Que o conceito de responsabilidade seja central para a teoria jurídica é algo que já discorremos na introdução e nos capítulos anteriores do presente trabalho.

Contudo, o que significa, em termos mais precisos, ser responsável?

Esta questão, por sua cortante simplicidade, é sem dúvidas uma das mais dificultosas preocupações da teoria e da filosofia do direito, de sorte que o próprio Ricoeur, confessa que sua análise semântica do conceito de responsabilidade iniciou-se por uma espécie de perplexidade que teria tomado conta dele próprio, ao examinar os sentidos contemporâneos do conceito.

Segundo Ricoeur, tal perplexidade é advinda pelo fato de que, por um lado o conceito de jurídico de responsabilidade estaria bem sedimentado na teoria do direito civil e no direito penal: no primeiro caso, a responsabilidade seria a obrigação de reparar danos causados a outrem por culpa ou em certas situações predeterminadas em lei; na hipótese penal, a responsabilidade é a obrigação de suportar o castigo.<sup>219</sup>

A responsabilidade – conforme já delineado nos capítulos primeiros do texto – estaria então conexas à ideia de obrigação.

---

<sup>218</sup> Idem. Pág.31.

<sup>219</sup> RICOEUR, Paul. **O justo**, V.I. Op.Cit. Pág.33.

Contudo, esta aparente clareza conceitual apresentada pela responsabilidade jurídica, não esconde uma vagueza conceitual que toma conta do panorama, tão logo questões elementares são lançadas: o adjetivo responsável oferece uma imensidão de conceitos complementares, quando pensamos que alguém pode ser responsável pela consequência de seus atos, por outras pessoas, e mesmo por comportamentos que sejam rigorosamente lícitos, efetivamos à luz do direito.

O conceito de responsabilidade, assim, faz com que a referência segura à ideia de obrigação extrapole o âmbito da obrigação como reparação e como punição, acima referidos, para tornar-se uma obrigação “(...) *de cumprir certos deveres, assumir certos encargos, de atender certos compromissos*”<sup>220</sup>.

A dispersão semântica prossegue ainda mais se ampliamos a associação do conceito de responsabilidade ao de responder, que, conforme já pontuado, estão etimologicamente entrelaçados, eis que podemos responder “por” um dano, responder “por” uma pessoa, mas também podemos responder “a” uma pergunta, “um” chamado, “uma” ordem, etc.

Diante desta situação de patente indeterminação conceitual, Ricoeur propõe que um percurso em duas dimensões seja percorrido: primeiramente uma investigação “a montante” do conceito jurídico clássico de responsabilidade, rumo ao seu conceito ancestral e fundador, que na teoria moral recebe outro nome; secundamente, “a jusante” do conceito clássico, Ricoeur pensa ser necessário adentrar nas derivações, filiações e até deslocamentos do termo jurídico usual.

A aposta de Ricoeur é questionar se as derivações realizadas “a jusante” do conceito de responsabilidade podem ser maiormente compreendidas justamente em razão a análise semântica realizada “a montante” do conceito clássico.

É fora do campo semântico do verbo responder que Ricoeur encontrará as raízes da ideia de responsabilidade, a saber, no verbo *imputar*.

A imputação apresenta uma primitiva relação com a obrigação: com a obrigação em geral, da qual a obrigação de reparar ou de sofrer uma pena constituem apenas uma derivação, um complemento.

A imputação, revela Ricoeur, traduz a ideia de atribuição, “*a alguém, de uma ação condenável, de um delito, portanto uma ação confrontada previamente com uma obrigação ou uma proibição que essa infringe*”.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> Idem. Pág. 34.

<sup>221</sup> Idem. Pág.36.

Como se observa facilmente, a ideia generalizada de imputação se traduz num movimento que vai da realização de um ato reprovável em razão de determinados parâmetros, até um juízo de retribuição, que vem na forma da obrigação de reparar ou sofrer uma pena, aspectos estes já abordados nas linhas anteriores do trabalho.

Contudo, a aposta fundamental de Ricoeur, é que este movimento - que poderíamos chamar de clássico - deve concorrer com um movimento inverso, que vai da retribuição à atribuição da ação ao seu autor.

Nesse sentido, Ricoeur cita o *dicionário Robert*, que por sua vez, fazendo referencia a um texto de 1771, explicita que “*imputar uma ação a alguém seria atribuí-la a esse alguém como a seu verdadeiro autor, lançá-la por assim dizer à sua conta e torná-lo responsável por ela*”.<sup>222</sup>

A definição é relevante, primeiramente porque, conforme dito, inverte a lógica clássica que vai da atribuição à retribuição, mas o mais “interessante” – nas palavras do próprio Ricoeur - é a utilização da metáfora da conta: “lançar a ação, por assim dizer à sua conta”.

A metáfora, contudo, não é alheia à ideia de imputação, pelo contrário, o verbo latino *putare* implica em cálculo, *comput*, oferecendo a ideia de uma espécie de contabilidade moral de méritos e deméritos, como numa escrituração de partidas dobradas: receitas e despesas, crédito e débito, em vista de uma espécie de saldo positivo ou negativo.

Assim, esta contabilidade sugere a formação de um dossiê moral, de um formulário de registro de dívidas, dos quais os antecedentes criminais seriam uma espécie tipo.

Esta metáfora do dossiê-balanço, comenta Ricoeur, remete a duas ideias bastante banais, a de “prestar contas” e a de “dar conta”, no sentido de relatar, *narrar*. Contudo, é justamente tendo esta metáfora como plano de fundo, que o filósofo buscará fixar seu conceito de imputação.

A noção imputação receberá relevante tratamento na filosofia kantiana, a qual Ricoeur recorre, explicando que a força da ideia de imputação no pensamento do filósofo iluminista reside na conjunção da atribuição de uma ação a um agente e a qualificação moral, geralmente negativa, desta ação.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> Idem. Pág.36

<sup>223</sup> Idem. Pág. 40.

De fato, como explica Vicente de Paulo Barretto<sup>224</sup>, o pensamento kantiano opera uma separação entre o que é uma *pessoa* e o que é uma *coisa*, definindo que a primeira pode ser sujeito de imputação e a segunda, não.

Nesse sentido, tracejando distinções entre os planos moral e jurídico da imputação, Vicente de Paulo Barretto comenta que

A imputação moral faz a pessoa responsável por um ato bom ou mau, enquanto, essencialmente, ela seja causa livre e suscetível de ser determinada, a não ser por si mesma. A imputação jurídica, por sua vez, faz pessoa responsável por ato injusto na medida em que transgrida a norma jurídica. A responsabilidade moral remete, portanto, à constatação da livre subjetividade do agente, enquanto a jurídica remete para a estrita adequação da ação individual à previsão legal.<sup>225</sup>

Entretanto, não é possível sustentar uma cabal e deliberada separação entre os planos kantianos da imputação moral e jurídica, sendo mais correto falar em diferenciação que em separação.

Contudo, a teoria de Kant não logrou desenvolver a possível vinculação entre os dois planos, o da imputação jurídica e o da moral, dentro de uma ideia de ordem jurídica justa, e esta limitação da teoria kantiana parece ser inerente à ideia de que a questão da responsabilidade encontrava-se no espaço do indivíduo e das relações intersubjetivas, mas, não obstante, a própria concepção kantiana do direito levaria, mesmo de forma implícita, a considerar a responsabilidade moral e jurídica como complementares na determinação da “justiça social”.<sup>226</sup>

Ricoeur então assume a tarefa de repensar o conceito de responsabilidade para além das contribuições kantianas.<sup>227</sup>

Podemos, assim, falar em um verdadeiro esforço de Ricoeur, a jusante do conceito clássico de responsabilidade, buscando situar sob o conceito da responsabilidade, por um lado, transformações inerentes ao seu aspecto jurídico, e de outro àquelas inerentes à moralidade.

<sup>224</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade.** In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** São Paulo: Renovar, 2008. Pág.1005.

<sup>225</sup> Idem. IBID.

<sup>226</sup> Idem. Pág. 1.007.

<sup>227</sup> Nesse sentido, idem. Pág.1.011.

Como revela Ricoeur, o principal problema para a reconstrução do conceito de responsabilidade jurídica reside na fundamentação de uma responsabilidade sem culpa, na responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objetiva. “*A questão*”, dirá Ricoeur, “*consiste em saber se a substituição da ideia de culpa pela ideia de risco não redundará, paradoxalmente, na total desresponsabilização da ação*”.<sup>228</sup>

Contudo, que a “responsabilidade sem culpa” é, há muito, uma realidade no direito civil, e inclusive no direito civil brasileiro, é algo inquestionável. O que nos interessa aqui é observar se os fundamentos da ideia são suficientes, bem como quais as derivações dela decorrentes.

Nessa esteira, não custa repontuar: a responsabilidade sem culpa é decorrência de uma avaliação objetiva de um prejuízo, que tende a obliterar o vínculo subjetivo existente entre a ação danosa e seu autor.

Ora, nos capítulos anteriores já discorremos sobre a ideia, ponderando que relevantes valores, como o da solidariedade e o da confiança, parecem justificar a propagação da responsabilidade civil objetiva.

Nesse momento, nos importa aqui explicitar uma dupla preocupação de Ricoeur com a ideia de responsabilidade objetiva, ideia da qual, contudo, o próprio autor é notório partidário.

Um primeiro efeito perverso é inerente ao fato de que quanto mais se torna ampla e densa a esfera dos riscos inerentes à sociedade humana, mais candente e urgente se torna a *busca* por responsáveis, isto é, de qualquer pessoa que possa ser capaz de indenizar e reparar o dano.

Assim,

O paradoxo é enorme: numa sociedade que só fala em solidariedade, com a preocupação de favorecer eletivamente uma filosofia do risco, a procura vingativa do responsável equivale a uma reculpabilização dos autores identificados dos danos.<sup>229</sup>

Mas não é só: segundo Ricoeur, a própria dimensão ética da solidariedade estaria comprometida pela ideia do risco, eis que a proteção contra o risco, conforme pontuado no capítulo segundo, está maiormente atrelado ao valor da *segurança* que de solidariedade.

---

<sup>228</sup> RICOEUR, Paul. **O justo**, V.I. Op.Cit. Pág.49.

<sup>229</sup> Idem. Pág. 51.

Desta maneira, se em um ambiente de risco a vitimação é aleatória, a radicalização do risco como pressuposto da responsabilidade acaba tornando também *a responsabilização algo aleatório, ou melhor, uma fatalidade*.

No limite, o problema que se coloca, então, é o da imputação, do cálculo, que, como verificado linhas acima é fundante da própria ideia de responsabilidade: *é possível realizar a imputação de uma ação a seu autor, considerando o risco como elemento estruturante, sem permitir que a responsabilidade se torne fatalidade?*

Com Ricoeur, podemos dizer que

Ao fim e ao cabo, se é que há necessidade de uma “paisagem recomposta”, é a paisagem da responsabilidade jurídica em que imputação, solidariedade e risco encontrassem, respectivamente, seus justos lugares.<sup>230</sup>

Diante deste panorama, e em uma perspectiva “dialética”, Ricoeur retoma o plano da filosofia moral da responsabilidade, buscando nesta dimensão contribuições para a construção daquela paisagem recomposta.

De início, o Filósofo Francês pondera que o recuo da imputação no plano jurídico parece ter dado causa a uma patente proliferação da responsabilidade em sua dimensão moral.

Este cenário é explicado por Ricoeur através de um deslocamento do objeto da responsabilidade, eis que “No plano jurídico, declara-se o autor responsável pelos efeitos de sua ação, e, entre estes, pelos danos causados. No plano moral, a responsabilidade é por outro ser humano, outrem.”<sup>231</sup>

Dentro desta dimensão, a responsabilidade já não é pensada como um juízo tecido sob a relação entre o autor da ação e os efeitos desta no mundo, ela é configurada de modo mais preciso entre o autor da ação e aquele que a sofre, isto é, a noção conduz a uma ampliação, que faz do vulnerável e do frágil o próprio objeto da responsabilidade.

Ora, sabemos que no direito brasileiro, a ideia da responsabilidade por alguém que é posto sob os cuidados de outrem é amplamente aceita, inclusive para fins penais.

O interessante é notar que existirá responsabilização objetiva mesmo em razão de atos praticados por terceiros, quando estes próprios terceiros possam ser

---

<sup>230</sup> Idem. Pág. 54.

<sup>231</sup> Idem. Pág. 55.



considerados como “frágeis”, hipossuficientes, como revela o Código Civil brasileiro vigente, em seus artigos 928 e seguintes.

Nas palavras de Ricoeur, “O deslocamento se transforma-se então em inversão: alguém se torna responsável pelo dano porque, de início, é responsável por outrem.”<sup>232</sup>

Juntamente com esse deslocamento do objeto da responsabilidade, Ricoeur vê ainda uma possível ampliação ilimitada do *alcance* da responsabilidade, que é decorrência justamente da ideia da vulnerabilidade inerente à condição humana no tempo (risco), e que não possibilita a previsão categórica de todas as consequências das ações humanas.

De modo mais claro, podemos explicar a questão com uma pergunta: *até onde se estende, no espaço e no tempo, a responsabilidade pelos atos humanos?*

Como explica Vicente de Paulo Barretto, este duplo deslocamento na ideia de responsabilidade traz três tipos de dificuldades, que sendo devidamente analisadas, permitem estabelecer uma ponte entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade moral, e, por isso, elevar a responsabilidade a um elemento instrumental de uma teoria do justo.<sup>233</sup>

Nas palavras de Vicente de Paulo Barretto,

Ricoeur propõe três tipos de aporias: na nova ideia de responsabilidade torna-se difícil identificar o autor do ato; a segunda dificuldade reside na manutenção da relação com a determinação no espaço e no tempo de uma responsabilidade, que apresente autores identificáveis, mas que, problematicamente ocorre nas dimensões planetárias e cósmicas em que vive o homem contemporâneo; finalmente, como assegurar uma reparação quando não existe uma relação de causa e efeito entre o autor do ato e suas vítimas.<sup>234</sup>

Na teoria clássica da responsabilidade, seja jurídica ou moral, o sujeito é responsável essencialmente pelo passado. Isto é, trata-se de uma responsabilidade pelo que foi feito, retrospectiva. Ricoeur propõe, de outro lado, uma responsabilidade prospectiva, pelo futuro.<sup>235</sup>

A resposta que Ricoeur dará à primeira aporia, acima referida, será a mesma da teoria clássica: o sujeito da responsabilidade será o causador do dano, sendo

<sup>232</sup> RICOEUR, Paul. **O justo**, V.I. Op.Cit. Pág.54.

<sup>233</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade**.Op.Cit. Pág. 1.011.

<sup>234</sup> Idem. IBID.

<sup>235</sup> Sobre tudo isso: RICOEUR, Paul. **O justo**, V.I. Op.Cit. Pág. 56.

este considerado de modo indivisível as pessoas individuais ou os diversos sistemas sociais nos quais os indivíduos “atuam”.

Quanto ao alcance temporal e espacial de nossas ações, Ricoeur, inicialmente na esteira de Hans Jonas, propõe a reformulação do segundo imperativo kantiano, que coloque uma obrigação de agir de modo que continue havendo seres humanos no futuro, isto é, uma reformulação do segundo imperativo, que não demande necessariamente certa contemporaneidade entre o agente e seu defrontante.

A resposta à segunda dificuldade leva à terceira aporia, onde Ricoeur introduz o problema da solidariedade, referindo que *“uma responsabilidade sem consideração de duração seria também uma responsabilidade sem consideração de proximidade e reciprocidade.”*<sup>236</sup>

Em outras palavras, Ricoeur mostra que o problema da *“solidariedade que se espicha no tempo”* deve ser pensado dentro da tensão entre os efeitos intencionais, previsíveis e desejados da ação e os *efeitos colaterais* desta mesma ação.

Seguindo longa tradição da filosofia medieval, Ricoeur demonstra que o problema, colocado de forma mais clara, nasce do enfrentamento entre as consequências de nossas ações que podemos, efetivamente, chamar de “nossas”, porque efetivamente desejadas, e aquelas consequências que são imprevisíveis, as “externalidades”, por assim dizer.

Ora, dirá Ricoeur, sem dúvida que seria desejável responsabilizar o agente apenas pelos efeitos desejados e intencionais de suas ações, contudo, os “efeitos meus” da ação não esgotam a consequentialidade da mesma.

Em razão disto, e na esteira de Hegel, Ricoeur pretenderá sair deste dilema transpondo o ponto de vista da moralidade, até alcançar uma *“moral social concreta, que traz em si a sabedoria dos usos, dos costumes, das crenças comuns e das instituições que tem a marca da história”*.<sup>237</sup>

Trata-se, assim, de uma reformulação da proposta de Hans Jonas, que acaba sendo vista como demasiadamente simples para responder a terceira aporia de Ricoeur: a ação humana só é possível dentro de uma posição intermediária entre a

---

<sup>236</sup> Idem. Pág. 57.

<sup>237</sup> Idem. Pág. 59

responsabilidade limitada aos atos pensados e desejados pelo seu agente, e a total responsabilização pela cadeia infinita de consequências exteriores.

Nas palavras de Ricoeur, “A negligência total dos efeitos colaterais da ação tornaria a ação desonesta, mas a responsabilidade ilimitada a tornaria impossível”.<sup>238</sup>

Em suma, a distância no tempo entre a ação danosa e todas as consequências da mesma, seus efeitos nocivos deveria direcionar a teoria da responsabilidade muito mais para uma dinâmica de socialização dos riscos do que para a busca da imputação da ação.

Assim, substituída a ideia de reparação pela de precaução, de cuidado, o sujeito se tornará responsável pela observância, ou não, de uma regra de prudência.

E ao fim da sua reconstrução do conceito de responsabilidade, Ricoeur chega a uma solução conciliadora: a imputação e o risco não devem ser pensados como opostos, mas sim como sobrepostos, como se reforçando mutuamente, dado que em uma visão preventiva da responsabilidade, o que é imputável são os riscos não cobertos.<sup>239</sup>

Em conclusão, para Ricoeur, virtude grega da *phrónesis* recomendaria que a ideia de imputação não fosse de todo banida da teoria da responsabilidade.

Trata-se, portanto, do uso da prudência, não em um sentido fraco, mas sim enquanto *juízo moral circunstanciado*, e seria esta prudência no sentido forte do termo que permitiria que fossem reconhecidas, dentre as inúmeras consequências de nossas ações, aquelas pelas quais poderíamos ser responsabilizados.

Segundo Ricoeur,

(...) é esse apelo ao juízo que constitui a mais forte defesa da manutenção da ideia de imputabilidade, submetida aos assaltos das ideias de solidariedade e de risco. Se esta última sugestão for válida, então os teóricos do direito da responsabilidade, preocupados em manter a justa distância entre as três ideias - imputabilidade, solidariedade e risco compartilhado - , encontrariam apoio e incentivo em desenvolvimentos que à primeira vista pareciam fazer a ideia de responsabilidade derivar para bem longe do conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena.<sup>240</sup>

<sup>238</sup> RICOEUR, Paul. **O justo** V.I.. Op.Cit. Pág.60.

<sup>239</sup> Idem. Pág. 61.

<sup>240</sup> Idem. IBID.

Como se percebe, na reflexão de Ricoeur sobre o conceito de responsabilidade não há espaço para um mundo totalmente objetivo nem totalmente subjetivo, o que já era uma característica da sua filosofia desde *Liberdade e Natureza*, seguindo em *Finitude e Culpabilidade*.

Nesse sentido é bom que se diga: Ricoeur não pode ser considerado como um defensor da ideia de que a única responsabilidade possível seria a responsabilidade subjetiva.

Conforme pontuado nas linhas anteriores, o autor aceita com tranquilidade a existência da responsabilidade sem culpa, responsabilidade pelo risco.

A preocupação teórica do filósofo reside na tentativa de harmonização entre os dois planos, isto é, da formação de um conceito de responsabilidade objetiva que permita ainda a utilização da ideia de imputação das consequências de uma ação ao seu agente, inobstante a distância espacial e temporal entre o ato e suas consequências.

Ora, nesse sentido, Ricoeur de fato tem uma grande contribuição, eis que o autor lega ao juízo moral circunstanciado, à *phrónesis*, o papel definidor de tais parâmetros, que deverão ser pautados também no princípio da solidariedade.

Dentro desta construção, parece inegável que um juízo de prudência recomenda a responsabilização objetiva em circunstâncias como a atividade estatal, a do direito do consumidor e muitas outras previstas na legislação brasileira, e pontuadas ao longo do presente trabalho.

De resto, como pondera Vicente de Paulo Barretto, o conceito de responsabilidade de Ricoeur é uma ponte entre a moral e a política, e o uso que o Pensador Francês dá à solidariedade, é acompanhado de uma precisa dimensão jurídica.<sup>241</sup>

A responsabilidade jurídica, assim, seria um elemento estruturante da própria ideia de justiça, uma vez que segundo Ricoeur, *o justo se situa numa posição intermediária entre o legal e o bom*, não dispensando uma feição institucional.<sup>242</sup>

Podemos dizer que, em Ricoeur, o conceito de justiça é advindo de uma dialética, “que deve ser respeitada”, entre o bom e o legal, um deles representando dimensão teleológica e o outro com uma carga deontologia.

<sup>241</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade**. Op.Cit. Pág. 1.015.

<sup>242</sup> RICOEUR, Paul. **Leituras 1: Em torno do político**. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

Ocorre que não é possível que a justiça seja pensada num plano *apenas* deontológico, em termos de areté, *virtus*: a justiça também deve ter algo de formalista, algo de institucional, portanto, e que visa a justa distribuição de bens sociais das mais diversas ordens.

A justiça, que é tanto uma virtude como um método de organização social, se concretiza, em última instância, através de um “tripé”: *circunstâncias, canais e argumentos*.

Tais dimensões conferem ao conceito de justiça ricouriano um caráter “concretista” que demanda a justiça seja pensada também como *a justiça do caso, de cada caso*, e, assim, resta clara a importância do instituto da responsabilidade civil objetiva como método de maximização das potencialidades desta ideia de justiça.

De fato, as *circunstâncias ou ocasiões da justiça*, em Ricoeur, levam à ideia de que a “*justiça surge em situações de conflito às quais o direito dá a forma de processo*”<sup>243</sup>, isto é, quando se exige que uma instância superior decida sobre reivindicações levantadas por interesses opostos; *os canais da justiça* são o próprio aparelho judiciário, compreendendo, dentre outras coisas, um corpo de leis, tribunais e juízes, além do monopólio do coerção; tratando dos *argumentos da justiça*, Ricoeur se refere ao método de diálogo e de uso da linguagem que permeia a resolução judicial de um conflito.<sup>244</sup>

Assim, a exigência ricoeuriana de que a justiça seja uma virtude moral, mas também uma virtude institucional, isto é, capaz de tornar uma sociedade bem organizada, demonstra a relevância da responsabilização objetiva em termos de meio de justa distribuição de bens, ou melhor, de justa recomposição de danos.

Por fim, veja-se que esta faceta institucional do justo, a parte de sua dialética que convida ao legal, é relevante porque a justiça social demanda esta mediação institucional: em contraposição, por exemplo, à amizade, que se tem diante de si um próximo, um outro conhecido, o outro da justiça é o cada um: *suum cuique tribuere*.<sup>245</sup>

Segundo as premissas deste trabalho, a responsabilidade civil objetiva, repita-se, é ela própria uma instituição social que auxilia a encontrar “o outro da

---

<sup>243</sup> Idem, Pág. 102.

<sup>244</sup> Idem. Pág. 89.

<sup>245</sup> Idem. Pág.93.

*justiça*”, e, nesses termos, urge que seja também apresentada uma configuração teórico-dogmática da responsabilidade civil objetiva a, sendo tratada como verdadeiro dever jurídico fundamental, possibilite também o alcance do justo institucional.

## **6 A EXISTÊNCIA DE UMA CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETA COMO DEVER JURÍDICO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1.988.**

Conforme delineado nas linhas acima oferecidas, a aproximação entre a ideia de risco e a noção de responsabilidade oferece, mais que a necessidade da formação e compreensão da “responsabilidade pelo risco”, um problema geral da teoria do direito: o de (re)construir premissas que possam (re)configurar a noção da responsabilidade jurídica, e, em especial, da responsabilidade civil, sem deixar de atender para a necessidade de que tais premissas possam ser também justificadoras dos efeitos práticos da ideia da responsabilidade objetiva.

Especialmente no capítulo anterior, compreendemos como a obra filosófica de um dos principais pensadores do século XX justifica a compreensão da responsabilidade objetiva dentro de uma dimensão de prudência, de *phrónesis*.

Conforme pontuado, o conceito de responsabilidade em Ricoeur, é um conceito prospectivo, que demanda uma harmonização entre imputação, risco e solidariedade, sempre partindo de um juízo moral circunstanciado, que permitiria responsabilizar um agente mesmo pelas consequências não previsíveis de sua ação.

Destarte, dentro deste panorama, o presente capítulo buscará explicitar que, caso as premissas expostas forem aceitas, será também preciso pensar na possibilidade de erigir a noção de responsabilidade civil a um *direito e, especialmente, um dever fundamental* vigente no bojo da Constituição brasileira como um elemento estruturante daquilo que pode ser entendido como uma *sociedade bem organizada*.

O mote central, portanto, é demonstrar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a leitura da responsabilidade civil objetiva como sendo um dever jurídico fundamental, lhe conferindo mais ampla proteção e eficácia normativa como elementos instrumentais capazes de maximizar as potencialidades da responsabilidade civil objetiva para ser elevada à categoria de *máxima de justiça*, categoria que, de resto, remonta às próprias origens do instituto, como perquirido no capítulo primeiro do presente trabalho.

Pensamos ser necessária a configuração da responsabilidade civil objetiva como um dever jurídico fundamental eis que, uma vez albergada pelo manto

normativo da constitucionalidade, aquela ideia de prudência colocada por Ricoeur como elemento constitutivo da responsabilidade objetiva, estaria protegida e justificada pela normatividade superior da própria constituição.

Assim, primeiramente será exposta em breves linhas uma construção sobre os conceitos de direito e dever fundamental, para que posteriormente seja apresentado como a Constituição brasileira e a doutrina constitucional pátria permitem a identificação de uma cláusula geral da responsabilidade civil objetiva como direito fundamental.

Posteriormente, no capítulo vindouro, serão oferecidos os elementos doutrinários justificadores da incidência da responsabilidade civil nas relações entre os particulares, dentro daquilo que se convencionou denominar direito civil-constitucional.

## 6.1 O CONCEITO DE DIREITO/DEVER FUNDAMENTAL E A FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DA CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1.988

A conceituação dos direitos e deveres fundamentais é, sem dúvidas, tarefa árdua.

Tal dificuldade parece ser decorrente, por exemplo, de uma aproximação mal delineada entre os conceitos de direitos humanos, direitos naturais, direitos públicos subjetivos e direitos fundamentais.<sup>246</sup>

Não obstante o presente trabalho não busque oferecer, uma ampla analítica dos conceitos de direito e dever fundamental, pensamos ser a questão terminológica um ponto instrumental importante, que poderá oferecer maior rigor nas conclusões adiante oferecidas, sobre a possibilidade da determinação da responsabilidade civil como dever jurídico fundamental.

A relevância de tais definições preliminares se faz ainda mais clara quando observado que, dentro da proposta ora lançada, nos importa configurar a responsabilidade civil objetiva, nos quadros filosóficos delineados por Ricoeur, como

---

<sup>246</sup> Sobre tais distinções: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. Pág. 19 e ss.



um verdadeiro dever jurídico fundamental, e não simplesmente legá-la à categoria clássica dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, sem dúvidas que os deveres fundamentais guardam estreita relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>247</sup>, e seu desenvolvimento pela doutrina constitucional comparada é parco, sendo quase nula a abordagem da temática na doutrina brasileira.<sup>248</sup>

Como é sabido, os direitos fundamentais representam tanto uma tutela para a pessoa em sua individualidade como também para os valores comunitários, valores que tanto o Estado, por suas instituições, como os particulares, devem respeitar e proteger.

Esta obrigação de respeito e proteção representa a ideia de que para todo direito deve existir um correlato dever, e, em matéria de direitos fundamentais, devemos pensar também na existência deveres fundamentais correlatos, como expressamente reconhece, por exemplo, o Capítulo I do Título II da constituição federal brasileira de 1988, ao fazer referência aos direitos e deveres individuais e coletivos.

Segundo precisa definição de José Carlos Vieira de Andrade, o reconhecimento da existência de deveres fundamentais implica em “*um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais*”<sup>249</sup>, e, nesse sentido, não é difícil compreender que o conceito de responsabilidade objetiva construído no capítulo anterior demanda uma leitura a partir destes valores de solidariedade e participação social.

Justamente por isso, pensamos ser também claro o caminho que leva a responsabilidade civil objetiva à categoria de dever jurídico fundamental, e isto porque – em termos da ética ricoeuriana - sem dúvidas existe um direito fundamental *de todo e cada um cidadão* à vida boa, diante de instituições sociais justas, direito este que não pode ser alcançado, no mundo contemporâneo sem a construção da responsabilidade sem culpa.

Portanto, com Ingo Wolfgang Sarlet, podemos que dizer que a temática dos deveres fundamentais exigem

---

<sup>247</sup> Sobre isso, conf. adiante, item 6.3.

<sup>248</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Pág.226 e ss.

<sup>249</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. Pág.155.

(...) um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais.<sup>250</sup>

Nesse sentido, incumbe tracejar uma breve distinção tipológica do regime dos deveres fundamentais, eis que necessária para a mais precisa compreensão da proposta ora lançada.

De saída, uma primeira distinção válida e relevante é aquela que pontua a existência, de um lado, de deveres conexos ou correlatos e, de outro, de deveres autônomos, sendo que na primeira categoria o dever fundamental seria justamente uma decorrência de um direito fundamental, enquanto que na segunda o dever fundamental não estaria necessariamente atrelado a nenhum direito fundamental.

Como exemplo da categoria de deveres fundamentais correlatos, temos o dever de tutela do meio ambiente e o dever de tutela da saúde, reconhecidos nos artigos 225 e 196, respectivamente, da Constituição brasileira vigente.<sup>251</sup>

Contudo, deveres como o de pagar impostos, do prestar serviço militar e o de votar, seriam deveres autônomos, eis que não vinculados a nenhum direito no sentido material.

Outrossim, conforme já referido, os deveres fundamentais, assim como os direitos fundamentais, podem ter um conteúdo que imponha ao seu destinatário um comportamento positivo ou negativo, não obstante a distinção seja de difícil aplicação a diversos deveres fundamentais, que demandam tanto comportamento positivo como negativo.

Por fim, é importante também pontuar que os deveres fundamentais podem ser expressos ou implícitos, assim como os próprios direitos fundamentais, conforme temática desenvolvida no presente capítulo.<sup>252</sup>

Esta é sem dúvida distinção relevante, eis que a proposta do trabalho é justamente a de configurar a existência de um direito fundamental à responsabilidade civil, implícito no texto da Constituição brasileira, e, em

<sup>250</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**Op.Cit. Pág. 227.

<sup>251</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**Op.Cit. Pág.228. No plano da jurisprudência, ADIN 3.540-1/DF.

<sup>252</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**Op.Cit. Pág.229.

decorrência, propor também a existência do dever jurídico fundamental a ele correlato.

Nesse sentido, nas linhas posteriores, partindo de construções da teoria dos direitos fundamentais, iremos propor a configuração da responsabilidade civil objetiva como um direito fundamental pressuposto na Constituição brasileira, o que desde logo nos demandará também a compreensão da existência de um *dever jurídico fundamental pressuposto*, implícito, de garantia, reparação e indenização dos danos causados a outrem dentro da comunidade política, mesmo que tal obrigação de reparar esteja fundamentada em critérios puramente objetivos.

Contudo, antes de oferecer a construção sobre o direito/dever fundamental implícito da responsabilidade civil objetiva, nos incumbe tracejar alguns elementos definidores da própria temática dos direitos fundamentais.

De saída, podemos referir, com Gregorio Peces-Barba Martínez, que "(...) quando falamos em direitos fundamentais estamos nos referindo a *pretensões morais justificadas e sua recepção no Direito Positivo*."<sup>253</sup>

Desta definição poderemos observar que a *justificação* da pretensão moral em que consistem os direitos fundamentais é relevante, eis que se perfaz sobre traços igualmente importantes da noção de dignidade humana, traços estes que são necessários para o integral desenvolvimento do ser humano.<sup>254</sup>

Com efeito, é estreita a correlação entre a noção de direitos fundamentais e, por exemplo, a máxima moral e jurídica da dignidade da pessoa humana, e, como nos demonstra Oscar Vilhena Vieira,

Os direitos da pessoa humana constituem uma formidável construção da modernidade, que está diretamente associada ao sentimento de que as pessoas não podem abrir mão de uma esfera de proteção,<sup>255</sup> que lhes assegure determinados valores ou interesses fundamentais.

A ideia de que os direitos fundamentais devem ser compreendidos através de *uma dupla perspectiva, formal e material*, também é aceita, como veremos, por Robert Alexy e por Canotilho, e, interpretada no direito constitucional pátrio, aponta

---

<sup>253</sup> Idem. Pág.29.

<sup>254</sup> Sobre isso: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>255</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. Pág. 25.

para a compreensão de que a *fundamentalidade* dos direitos fundamentais está representada na especial dignidade e proteção de tais direitos, tanto em um sentido *formal* como em um sentido *material*.

Segundo Ingo Sarlet<sup>256</sup>, a *fundamentalidade formal* das normas de direitos fundamentais, diante do direito constitucional brasileiro, deriva de alguns aspectos basais do próprio direito *constitucional positivo*.

*Primeiramente*, como elementos integrantes da Constituição brasileira escrita, *as normas de direitos fundamentais se situariam no ápice do ordenamento jurídico*, de forma que tratariam de direitos supra-legais, não no sentido de direitos naturais, imutáveis, mas sim no sentido de direitos hierarquicamente superiores.

*Segundamente*, na qualidade de direitos constitucionais, os direitos fundamentais estariam submetidos aos limites formais (procedimento mais dificultoso de modificação) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional.

Por fim, as normas de direitos fundamentais seriam normas diretamente aplicáveis, por força do que preleciona o art. 5º, §1º, da Constituição brasileira vigente.

É evidente, contudo, que uma conceituação meramente formal dos direitos fundamentais, com a exposição de seus elementos estruturantes, é insuficiente.

Torna-se insuficiente principalmente diante do objeto aqui tratado, o de definir a responsabilidade civil objetiva como um direito e dever fundamental, uma vez que se trata de compreender o *caráter materialmente aberto da conceituação dos direitos fundamentais*, uma vez que a responsabilidade civil objetiva não pode ser considerada como formalmente constitucional.

De início vale referir que a *fundamentalidade material* dos direitos fundamentais diz respeito à ideia de que *direitos fundamentais fazem parte das decisões fundamentais sobre a estrutura básica do “Estado” e também da “sociedade”*.

Ocorre que quando tentamos definir a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, a grande dificuldade representada pelo seu caráter aberto é precisamente o que nos permite alcançar a responsabilidade civil objetiva como direito fundamental.

---

<sup>256</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Op. Cit. Pág. 115 e ss.

Sem dúvidas que entre os muitos dispositivos da Constituição de 1988 que oferecem dificuldades doutrinárias, se encontra o art. 5º, § 2º do Texto, que coloca de maneira expressa a necessidade de se buscar um fundamento material dos direitos fundamentais.

Como é bom lembrar, o art. 5º, § 2º, da Constituição estabelece *que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira vigente não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Importante, portanto, buscar explicitar, ainda que sumariamente, alguns elementos definidores da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, eis que, repita-se, serão justamente estes elementos que nos permitirão interpretar a responsabilidade civil como um dever fundamental decorrente.

Sabemos que a referência à fundamentalidade material, ou direitos implícitos, foi estabelecida pela primeira vez na Emenda Constitucional nº 9, de 1.791, à Constituição dos Estados Unidos da América, onde se pode ler que *“A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”*.

Como revela Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o direito brasileiro fora talvez o primeiro a reproduzir a ideia, eis que a previsão de direitos implícitos aparece já na a Constituição de 1.891 (art. 78).<sup>257</sup>

Ora, como referido linhas acima, na esteira da doutrina de Martínez, ideia da fundamentalidade dos direitos fundamentais perpassa pela aproximação de tal conceito com o de dignidade humana, e, corroborando tal compreensão, Manoel Gonçalves Ferreira Filho também assinala que

Não parece, todavia, sem propósito assinalar a ligação que há de haver entre tais direitos e o princípio da dignidade humana (Constituição, art. 1º, III). Com efeito, absurdo seria considerar direito humano fundamental, um direito que, embora importante, não se ligue ao âmago da natureza humana. Isto circunscreve o campo dos direitos implícitos, o que já é um primeiro passo na busca de sua caracterização material.<sup>258</sup>

<sup>257</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. Revista Jurídica. Brasília: v. 8, n. 82, p.01-08, dez./jan., 2007. Pág. 02.

<sup>258</sup> Idem. IBID. Pág. 2/3.

No constitucionalismo brasileiro, o entendimento de que os direitos fundamentais não estão todos contidos no Título II da Constituição, mas espalhados pela Constituição, é pacificamente compartilhado pela doutrina<sup>259</sup> e desde muito assinalada pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional.<sup>260</sup>

Outrossim, para a construção dos elementos definidores da fundamentalidade material, também são válidas as lições advindas da doutrina estrangeira, como, por exemplo, a que se compreende do direito português, onde desde a Constituição de 1.911, se fala *em direitos fundamentais implícitos*, além do texto constitucional português de 1.976, em seu art. 16, 1º, com previsão análoga.

Contudo, a doutrina portuguesa, inobstante reconhecer a existência dos direitos fundamentais implícitos, não chega a esboçar os elementos definidores dos mesmos, como se pode perceber, da obra de Canotilho e Vital Moreira<sup>261</sup>, além de Jorge Miranda e Rui Medeiros<sup>262</sup>.

O que podemos compreender é que também Jorge Miranda, em seu manual de direito constitucional, aproxima as ideias de direitos implícitos da noção de dignidade, quando refere que “(...) *tais direitos são direitos inerentes à própria noção de pessoa, (...) direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade (...)*”.<sup>263</sup>

Nesse sentido, uma primeira conclusão parece ser possível: a fundamentalidade material dos direitos constitucionais decorre de uma certa ligação entre estes direitos e uma pretensão jurídica que possa ser moralmente justificada.

Esta conclusão, de resto, nos remete novamente à construção do conceito de justiça e de responsabilidade propostos por Paul Ricoeur, eis que, conforme referido, para o filósofo francês o justo se impõe entre o legal e o bom, e o conceito de responsabilidade, especialmente de responsabilidade objetiva, não pode ser pensado sem uma análise dos avanços advindos também no plano da filosofia moral.

<sup>259</sup> Por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. Cit. Pág. 155 e ss.

<sup>260</sup> Por exemplo: ADIn nº 939-7-DF, rel. Min. Sydney Sanches, decisão de 15 de dezembro de 1993.

<sup>261</sup> CANOTILHO, J. J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. Pág. 137.

<sup>262</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. Pág. 138.

<sup>263</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t iv, Pág. 9-10.

Do ponto de vista da dogmática jurídica outras conclusões frutíferas, nos parece, são oferecidas pela doutrina alemã, particularmente na obra Robert Alexy.

Na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy explica, na esteira no que já vem sendo aqui exposto, que o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é resultado da soma de dois fatores: da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material, substancial.

Para Alexy, nesse sentido,

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.<sup>264</sup>

Posteriormente, assevera o Professor de Kiell:

Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas as decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido.<sup>265</sup>

O mesmo Autor, em outro escrito, anota de forma mais detalhada alguns requisitos da essencialidade substancial dos direitos fundamentais, isto é, aponta algumas características necessárias para que um direito seja *considerado* como direito fundamental.<sup>266</sup>

Primeiramente, para Alexy, o direito deveria ser passível de ser tratado como um direito universal. Isto significaria que, *prima facie*, o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano.

A segunda exigência é que o direito fundamental, em sentido substancial, deve sempre ser um direito moral, compreensão, como vimos, também compartilhada por diversos pensadores aqui referidos.

Significa dizer que à base de um direito fundamental deva uma norma que “seja moralmente relevante”.<sup>267</sup>

<sup>264</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Pág. 520.

<sup>265</sup> Idem. Pág. 522.

<sup>266</sup> ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 217. Pág. 55-66, jul./set. 1999.

<sup>267</sup> Idem. Pág. 60.

Alexy refere ainda que o direito fundamental substancial deve fazer jus à sua “proteção pelo direito positivo estatal” – o que significa que o direito deva ser um *direito preferencial*.<sup>268</sup>

O Autor explica ainda que esta característica estaria prevista no art. 28 da Declaração Universal de 1.948, que estabelece que toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem tal que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração aí possam ter pleno efeito.

E, em construção característica de sua filosofia analítica, Alexy refere também que “o direito deve ser fundamental”.<sup>269</sup> Quer dizer que o direito deve preencher duas condições, assim descritas pelo autor: 1) “*devem tratar-se de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito*”<sup>270</sup>; e a segunda, de que “*o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito*”, significa dizer que, “*quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia*”.<sup>271</sup>

Por fim, uma quinta marca característica dos direitos passíveis de positivação como direitos fundamentais, estaria na exigência ser um direito abstrato, sendo por isto passível de restrição.<sup>272</sup>

Em suma, da teoria de Robert Alexy podemos compreender que as normas de direitos fundamentais devem fazer gerar proposições normativas sobre direitos fundamentais que sejam corretamente fundamentadas com base em direitos fundamentais, sendo que tais normas de direitos fundamentais seriam corretamente obtidas pela soma das duas dimensões de fundamentalidade aqui referidas.

Proposições de direitos fundamentais, nesse sentido, seriam todas as afirmativas descritivas de normas de direitos fundamentais e que pudessem ser corretamente fundamentadas do ponto de vista teórico, inclusive pela distinção entre a fundamentalidade formal e a fundamentalidade substancial dos direitos fundamentais.

---

<sup>268</sup> Idem. IBID.

<sup>269</sup> Idem. Pág. 61.

<sup>270</sup> Como exemplo à *contrario sensu*, Alexy fala da *inexistência do direito ao amor*, uma vez que o amor não se deixa delimitar pelo direito. Idem Pág. 61.

<sup>271</sup> Idem. Pág. 61.

<sup>272</sup> Idem. IBID.



Ainda nessa seara, é importante frisar que, tal como nas construções de Alexy<sup>273</sup> para o constitucionalismo alemão, o presente trabalho também propugna que diante da Constituição brasileira, ambas das dimensões da fundamentalidade dos direitos fundamentais devem ser tidas como elementos caracterizadores de sua normatividade, não sendo possível classificar a constituição brasileira vigente em modelos puramente procedimentais ou, muito menos, puramente materiais, neste sentido.

A teorização oferecida pelo jusfilósofo alemão mereceu aplausos da doutrina brasileira, de modo que Ingo Sarlet, por exemplo, em trabalho frutífero, preceitua:

Assim sendo, poderíamos propor a seguinte definição, baseada – importa ressaltá-lo – no conceito de Robert Alexy, mas que não deixa de considerar a abertura material consagrada expressamente pelo direito constitucional positivo pátrio. Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade no sentido material), integrados ao texto da Constituição, e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo ou não, assento na Constituição (aqui considerada a abertura material do catálogo).<sup>274</sup>

De fato, nos parece que *a responsabilidade civil, em sua vertente objetiva, diante de todos os fatores delineados ao longo deste trabalho, pode e deve ser alçada à categoria de direito fundamental, fazendo daí gerar uma norma (clausula) geral de direito fundamental à responsabilidade civil atribuída ao texto da Constituição brasileira vigente*, com a conseqüente caracterização de um dever jurídico fundamental correlato, o de reparar os danos causados, ainda que sem culpa.

A responsabilidade civil objetiva, é, assim, uma *norma de direito fundamental atribuída* à Constituição brasileira, que faz gerar uma norma de dever fundamental decorrente.

Como sabemos, é lugar comum na teoria do direito constitucional, especialmente na Alemanha, traçar uma distinção entre normas de direitos fundamentais *estabelecidas* e normas de direitos fundamentais *atribuídas*.

---

<sup>273</sup> Idem. IBID.

<sup>274</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Op. Cit. Pág.77.

Em síntese, normas de direito fundamental estabelecidas são aquelas cujo condão normativo decorre do fato de estarem elas positivadas no texto da Constituição, enquanto que normas de direitos fundamentais atribuídas seriam aquelas que, como já referido, pudessem se embasar em uma correta fundamentação constitucional.<sup>275</sup>

Na construção jurídica ora proposta, a responsabilidade civil objetiva pode ser colocada na condição de direito, e conseqüentemente dever fundamental, pela sua fundamentalidade material.

É que, bem observados os critérios traçados linhas acima para definir a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, as ideias sobre o alcance e a necessidade da responsabilidade civil objetiva em nossos dias, com a desestabilização do conceito do eu e da relação deste com o outro, asseveram que a norma de responsabilidade objetiva deve ser pensada como um elemento de justiça, um elemento de vinculação com o futuro, e, portanto, como uma norma fundamental e basilar à existência do Estado e da Sociedade.

Assim, é importante retomar a construção de Ricoeur, e lembrar que para aquele autor, a regra jurídica é um elemento indispensável do conceito de justiça, e assim, certamente que a regra jurídica da responsabilidade é um elemento estruturante de uma sociedade onde a justiça é a primeira virtude das instituições sociais.

Nessa esteira, é importante adentrar de modo mais detido no referencial dogmático para a caracterização da fundamentalidade material de um direito fundamental, para que possamos compreender de que forma uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva merece ser alçada à categoria de dever fundamental atribuído.

Destarte, vale explicitar novamente os critérios oferecidos por Alexy.

Diz Alexy: a) o direito deve ser tido como universal; b) o direito deve também ser sempre um direito moral, isto é, autorizado por um valor; c) deve fazer jus à sua proteção pelo direito positivo estatal; d) deve tratar de interesses e carências que podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito e ser tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento seja patente; e) deve ser um direito abstrato, por isso passível de restrição.

---

<sup>275</sup> Sobre tudo isso, com proveito, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op.Cit. Pág. 69 e ss.

Para mais clara compreensão dos requisitos aqui referidos, a exposição será cindida em diferentes momentos, cada um deles considerando, precisamente o preenchimento, pela cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, das condições necessárias à sua caracterização como um direito e dever fundamental instituído no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

### 6.1.1 Universalidade e moralidade

Inicialmente, pensamos que são indissociáveis a primeira e a segunda característica estabelecida por Alexy, no que se refere à exigência de *universalidade* e moralidade do direito.

De fato, nos parece ausente de quaisquer dúvidas doutrinárias que tais características podem e devem ser atribuídas ao direito e dever da responsabilidade civil objetiva.

É que, por exemplo, definir a própria ideia de universalidade em termos que possam ser razoavelmente aceitos contemporaneamente, perpassa pela fundamentação desta universalidade em uma *moralidade básica*, uma universalidade *a priori*, como enfatiza Gregório Peces-Barba Martínez.<sup>276</sup>

Segundo este autor,

(...) uma afirmação sobre a universalidade pode ser feita desde a moralidade dos direitos, que é a ideia da dignidade humana e dos grandes valores da liberdade, da igualdade, da seguridade e da solidariedade, que de uma forma ou de outra sempre estiveram presentes na história da cultura, ainda que seja indubitável que suas grandes formulações tenham aparecido principalmente, mas não exclusivamente, na cultura europeia e ocidental.<sup>277</sup>

A universalidade se formula, assim, pela vocação moral única de todos os seres humanos, consistente na ideia aperfeiçoada por Kant de que estes devem ser tratados como fins, e nunca como meios instrumentais para a consecução de quaisquer objetivos.

Nesse sentido, note-se que falar em uma moralidade básica construída dentro das premissas brevemente expostas acima, é deixar também em aberto a

---

<sup>276</sup> MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de derechos Fundamentales**. Op.Cit. Pág. 202 e ss.

<sup>277</sup> Idem. Pág. 202.

possibilidade de tolerância, isso é, de variação e ajuste de outros valores centrais divergentes em razão do tempo e do espaço, sem que com isso, a ideia central da dignidade possa ser desrespeitada.<sup>278</sup>

Esta universalidade, é bom ainda frisar, pode ser exteriorizada pelo fato do ser humano ser comunicativo e social, de que vive com contato com seus iguais através de uma linguagem racional, que é capaz de construir conceitos gerais.

Tais características, como agora podemos observar com clareza, são um corolário lógico da noção de responsabilidade jurídica, e fundamentam de forma ajustada, a necessidade de uma ética geral da responsabilidade independente de culpa.

É que como fora longamente descrito nas linhas acima, a modernidade faz surtir efeitos paradoxais na definição do ser humano de si mesmo e também nas relações deste com o outro, pois ao mesmo tempo em que a abertura para o futuro, a aceitação do risco e da contingência, possuem um caráter passível de desagregar e distanciar a experiência moral, exige que novas formas de relacionamento e vinculação com este mesmo futuro desconhecido sejam pensadas.

A ética de uma responsabilidade civil independente de culpa, como tivemos a oportunidade de verificar, está de fato subsidiada – no ponto de vista jurídico – na premissa da *dignidade humana*, e vista a partir de uma descrição sociológica, traceja um eficiente mecanismo de afirmação das expectativas jurídicas: constituem vínculos com o futuro.

Em suma, dentro de tal arranjo pensamos ser não só necessário, mas também possível e adequado falar em um fundamento de universalidade e de moralidade básica para a caracterização da responsabilidade civil objetiva como um direito fundamental, diante do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Finalizando, vale reafirmar, com Martinez, quanto à universalidade e à moralidade dos direitos fundamentais, que

O que é universal são os valores morais que tornam possível uma vida social conforme a esta dignidade humana, através de uma organização

---

<sup>278</sup> Sobre a temática da moralidade e do universalismo: GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. E, tentando oferecer uma perspectiva de harmonização: OLIVERIO SILVA, Adelman. **A justiça plural: elementos para uma hermenêutica antropológica da justificação**. In: **Revista Saber Jurídico**, V.3. Belém: Editora CESUPA, 2011. Disponível em: <http://www.fabsoft.cesupa.br/saber/edicao3.html>

social democrática e que desenvolve esta moralidade pública na forma de princípios de organização social e de direitos fundamentais.<sup>279</sup>

Assim, falar de universalidade dos direitos fundamentais em um sentido racional é sustentar a universalidade de uma moralidade básica que fundamenta os direitos e a presença de indivíduos destinatários de tais direitos<sup>280</sup>, ideias estas plenamente compatíveis com a teoria justificadora da responsabilidade civil objetiva como um instituto de validade (cláusula) geral no ordenamento jurídico-constitucional pátrio.<sup>281</sup>

### 6.1.2 A positivação do direito fundamental e seus fundamentos

Retomando a construção de Alexy, pode-se observar que as características descritas acima nos itens “C” e “D”, dizem respeito, em linhas gerais, à necessidade e ao fundamento da *proteção estatal* do direito fundamental.

Nesse particular, estamos diante daquilo que a em direito constitucional pode ser caracterizado como “positivação” do direito fundamental.

Podemos dizer o direito “candidato” à caracterização de fundamental deve fazer jus à sua proteção pelo direito positivo estatal, isto é, deve tratar de interesses e carências que podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito.

Ora, a questão da positivação de uma cláusula geral da responsabilidade civil objetiva no texto da constituição brasileira fora justamente o objeto de nossas preocupações quando da análise, linhas acima, da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais.

Nossas conclusões, é válido ressaltar, foram estabelecidas basicamente em dois sentidos: *Primeiramente*, o de que *inexiste uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva estabelecida direta e positivamente no texto constitucional brasileiro de 1988, isto é: não podemos considerar a cláusula geral de responsabilidade objetiva como formalmente fundamental, constitucional.*

*Segundamente*, verificamos que precisamente em razão da inexistência de fundamentalidade formal, é que a fundamentalidade material (positivação indireta) de uma norma generalista sobre a responsabilidade civil objetiva se faz patente,

<sup>279</sup> Idem, Pág 203.

<sup>280</sup> IBID. IBID.

<sup>281</sup> Sobre o tema dos direitos humanos, com proveito: VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins fontes, 2007.

uma vez que tal norma pode corretamente ser erigida em um direito/dever fundamental à responsabilidade civil objetiva, fundamentação esta que decorre da descrição do contexto sociológico da modernidade, descrito nos capítulos anteriores do presente trabalho, em que, conforme requerido, uma nova ética de relacionamento é demandada.<sup>282</sup>

Nesse momento vale ainda salientar aqui duas questões correlatas.

Primeiramente a de que *o tema da positivação das normas de direitos fundamentais classicamente reflete uma tensão entre o poder político, seu exercício, representatividade e limitações*, questões estas que, não sendo objeto imediato do presente trabalho, aqui apresentam uma relevância transversal.<sup>283</sup>

Esta tensão existente entre o tema do poder político e sua materialização, coloca problemas básicos da organização social, problemas estes que estão diretamente relacionados com um dever geral de responsabilidade civil, e que podem ser melhor compreendidos caso sejam respondidas três perguntas: O que é ordenado pelo poder político dentro de uma comunidade? Quem ordena? Como se ordena?<sup>284</sup>

Como respostas, dentro de uma dogmática constitucional apta à caracterização da responsabilidade civil objetiva como cláusula geral de direito fundamental, temos: *o que se ordena é a observância a valores superiores derivados de um sistema de direitos fundamentais* - por exemplo, direitos de liberdade, igualdade substancial e solidariedade, todos derivados da máxima da dignidade - bem como princípios de promoção, organização e remoção de obstáculos à ampla concretização de tais valores.

À questão sobre quem ordena, responde-se com a ideia de soberania popular, representatividade e princípio das maiorias.

À questão sobre o como se ordena, temos o instrumento separação funcional dos poderes, bem como a repartição territorial do mesmo.

E é claro que, neste ponto, o do modo concreto do exercício do poder político, e por isso dos direitos fundamentais, é que se coloca a necessidade de que os direitos fundamentais possam também surtir efeitos nas relações entre particulares,

---

<sup>282</sup> Sobre isso, vide supra, Capítulos 2 e 3.

<sup>283</sup> Sobre isso, com proveito: MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Op.cit. Pág.226 e ss.

<sup>284</sup> Esta é construção, novamente, sintetizada por MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Op.cit. Pág. 240/241.

e de que a dogmática sobre a eficácia de tais direitos não seja restringida às relações entre o poder público e os particulares.

Este assunto nos leva, finalmente, à última característica da fundamentalidade material dos direitos fundamentais descrita por Alexy, a de que o direito seja um direito abstrato, e por isso passível de restrição.

### **6.1.3 O carácter abstrato do direito e a decorrente possibilidade de restrição do mesmo**

Neste momento nos deparamos com a ideia de que, caso queiramos conceituar a cláusula de responsabilidade civil objetiva como um direito e dever fundamental, tal norma instituída não poderá apresentar *prima facie*, um carácter concreto, isto é, válido ou inválido em razão de situações fáticas previstas nela mesma.

Dentro da teoria dos direitos fundamentais aqui adotada, desta forma, a mais ampla compreensão da possibilidade de restrição a um direito fundamental pressupõe uma distinção basilar, até o momento não oferecida no presente trabalho: a distinção entre regras e princípios.

É importante notar que para o a dogmática constitucional que caminha na linha de pensamento de autores como Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, o tema da diferenciação estrutural dentre as normas do tipo “regra” e as normas do tipo “princípio”, é relevantíssimo, e fundamenta as conclusões quanto ao âmbito de alcance dos direitos e a sua possibilidade de restrição, por exemplo.

Neste sentido, não obstante tal dogmática seja neste ponto compartilhada no presente trabalho, vale firmar que este não é um escrito sobre a distinção entre regras e princípios, razão pela qual nas linhas posteriores serão expostos brevemente tais critérios distintivos, atentando-se maiormente para aquilo que mais nos interessa quanto à incidência da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva nas relações entre os particulares e a própria possibilidade de restrição da responsabilidade civil objetiva, diante de situações fáticas e jurídicas concretas.

Na doutrina constitucional, é usual que se apresentem três grandes grupos teóricos sobre a distinção entre regras e princípios: teorias que sustentam uma distinção “forte”, estrutural, entre as regras e princípios; teorias que apresentam a

existência de distinções fracas, “de grau”, entre tais tipos normativos, e, por fim, teorias que propugnam a inexistência de quaisquer diferenciações.

Ordinariamente, a doutrina de direito público brasileiro tem se cingido a uma diferenciação “de grau”, fraca, entre as regras e os princípios normativos, pugnano, em síntese, que a existe uma diferença entre regras e princípios e esta diferença é entre o *grau de importância de tais normas*, uma vez que os princípios seriam normas mais importantes do ordenamento jurídico, enquanto que as regras seriam normas que teriam o condão de dar *concretude* a tais princípios.<sup>285</sup>

Na formulação aqui proposta, contudo, o principal traço distintivo existente entre regras e princípios é uma distinção estrutural, e não qualitativa ou de relevância.

Em formulação simples, dizemos que, “*no caso das regras garantem-se direitos (ou impõe-se deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) prima facie.*”<sup>286</sup>

Com isso significamos que caso um direito seja garantido por uma norma de tipo regra, ele é desde sempre definitivo, no sentido que deverá ser aplicado definitivamente ao caso concreto, uma vez que o caso preencha das condições descritas na regra, e isso não obstante o fato claríssimo de que as regras têm, quase invariavelmente e todas elas, exceções quanto à sua aplicabilidade.

Já em se tratando de princípios, não podemos falar em realização cabal e imperativa daquilo que é exigido na hipótese normativa, e isso porque a realização de um princípio é apenas parcial: nas normas de tipo princípio, existe uma diferença entre aquilo que é previsto (garantido, proibido) *prima facie*, e aquilo que será definitivamente estabelecido e concretizado.

E é justamente no percurso entre a previsão *prima facie* e a previsão definitiva daquilo que é estabelecido por um princípio, que poderemos encontrar a possibilidade de restrição deste princípio, bem como da mais ampla compreensão das hipóteses de incidência deste princípio nas relações entre particulares, caso este princípio seja uma norma de direito fundamental.

---

<sup>285</sup> Por exemplo: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva: 1996; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>286</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. Pág. 45.



Precisamente aqui, como perceberá o leitor, é que podemos verificar o ajuste da existência de uma cláusula geral de direito fundamental à responsabilidade civil objetiva, com a categorização desta cláusula com as normas do tipo *princípio*, uma vez que esta categorização é que permitirá ao interprete ponderar individualmente cada caso, verificando a possibilidade e mesmo alcance da responsabilização objetiva diante de circunstâncias fáticas e jurídicas contrapostas.

Em outras palavras: é a categorização da direito/dever da responsabilidade civil objetiva nas normas do tipo princípio que permitirá a aferição prudencial do dever objetivo de indenizar e reparar, conforme exigido pela filosofia de Ricoeur, explicitada no capítulo precedente.

A norma constitucional de direito fundamental instituída que consubstancia a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva deve ser tratada como um princípio, porque princípios são aquilo que Alexy *denominou de mandamentos de otimização*.

Para o Autor,

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>287</sup>

Ora, caso tratássemos a cláusula de responsabilidade civil objetiva como uma norma do tipo regra, a esta possibilidade de realização em diferentes níveis não existiria, e por isso, os próprios alcances da responsabilidade jurídica pelo risco seriam reduzidos: ou o pretense causador do dano seria responsabilizado *tout court* do evento danoso, ou a hipótese de incidência não se verificaria e não haveria também responsabilização, ainda que objetiva.

Ocorre que, como podemos lembrar do que fora exposto nas linhas anteriores, o fundamento mais profundo da ideia do risco é o da contingência, do novo, das mudanças sociais que desestruturam a definição do eu e do outro, e, conforme também fora referido, uma ética de responsabilidade, nesse sentido, deve ter um condão de reintegrar, aproximar e (re)conhecer, deve poder tracejar vínculos com o futuro, em suma.

---

<sup>287</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op.Cit. Pág. 90.

E estes objetivos, segundo pensamos, apenas podem ser satisfatoriamente jurisdicionalizados, transformados em um ponto da dogmática do direito, e dos direitos fundamentais em particular, caso possamos atribuir à norma que lhe representa – e ainda que seja ela uma norma instituída – o caráter de princípio.

Para seguir diretamente na análise de tais pressupostos, e para que sejam os mesmos maiormente compreendidos, vale explicitar a diferença, pontuada por Alexy, entre o “conflito entre regras” e a “colisão entre os princípios”.

Como demonstra Alexy,

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.<sup>288</sup>

No conflito de regras, tratar-se-ia, portanto, de observar a validade jurídica das regras conflitivas, e, ao contrário da ideia de validade social ou da importância da norma, na validade jurídica a norma é válida ou não é, simplesmente.

Observe-se também que

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio das regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.<sup>289</sup>

No caso da colisão entre os princípios, diferentemente, o que ocorre é que um dos princípios deve ceder diante do caso concreto, e nunca ser declarado inválido, e nem mesmo que é introduzida uma cláusula de exceção no princípio cedente.

Como sabemos, na verdade o que ocorre é que diante de determinadas situações concretas, fáticas e jurídicas, um dos princípios tem precedência em face do outro. Contudo, ambos os princípios colidentes permanecem válidos, e diante de outras circunstâncias fáticas e jurídicas podem os mesmos princípios entrar em nova colisão, com o conseqüente resultado de que do princípio cedente seja outro.

Veja-se assim que a colisão entre os princípios é resolvida por uma ponderação, onde um dos princípios colidentes terá uma precedência condicionada

---

<sup>288</sup> Idem. Pág. 92

<sup>289</sup> Idem. Pág. 93.

face ao outro, mas diante de situações específicas, este condicionamento pode não existir, e ocorrer a inversão no que se refere aos princípios cedentes.<sup>290</sup>

Ao propor a ideia da caracterização do direito/dever fundamental da responsabilidade civil como estando albergado por uma norma do tipo princípio, o que se propugna, é bom deixar claro desde logo, é que para se falar em responsabilidade objetiva, que decorre do risco - em especial se tratando de relações entre particulares - *é preciso que circunstâncias fáticas e jurídicas sejam ponderadas com vistas a uma melhor compreensão e fundamentação do dever objetivo de indenizar.*

E isso porque, conforme demonstra Robert Alexy, todo resultado de um sopesamento corretamente estabelecido, e que diga respeito direitos fundamentais, deve ser considerado como uma *regra* de direito fundamental atribuída, uma vez que dirá respeito a uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.

O que estamos verificando, portanto: A) a cláusula geral de responsabilização objetiva, tratada como uma norma de direito/dever fundamental, é uma norma do tipo *princípio*, o que permite que a mesma seja ponderada, colocada em uma relação de precedência condicionada com outro princípio (liberdade, propriedade, por exemplo), e eventualmente afastada; B) Contudo, *uma vez considerada a cláusula geral como um princípio, o resultado da ponderação que a envolva sempre será uma regra, isto é, traduzirá o mandamento, agora definitivo, da norma.*

Outrossim, com estas delimitações ainda não estabelecemos de forma mais aprofundada o tema das restrições aos direitos fundamentais, característica decisiva para a categorização da cláusula geral da responsabilidade civil como um direito fundamental atribuído, como aqui está sendo explicitado.

### **6.1.3.1 O suporte fático da norma de direito fundamental à responsabilidade objetiva**

A delimitação das formas de restrição aos direitos fundamentais perpassa necessariamente pela tipologia normativa e especialmente pela construção da teoria

---

<sup>290</sup> Sobre tudo isso, com mais detalhes: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op.Cit. Pág.97, e SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, Pág.35. E, em sentido teórico oposto: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

dos princípios de Alexy, acima pontuada no que nos parece mais importante, e isso porque caso seja aceita a teoria dos princípios, uma norma de direito fundamental do tipo princípio oferecerá um *suporte fático amplo* ao direito fundamental, e, por isso, necessitará de uma teoria de *restrição externa* a tal direito, necessidade que será satisfeita, precisamente, com a ideia da ponderação, ou, de modo ainda mais preciso, da máxima da proporcionalidade. Vejamos com mais detalhes.

O conceito de suporte fático, geralmente desconhecido na doutrina pátria, vem tendo sua utilização geralmente estringida ao campo do direito penal, onde é denominado de “*tipo penal*”, e ao direito tributário, onde é conceituado como “*fato gerador*” ou “*hipótese de incidência*”.<sup>291</sup>

A ideia do suporte fático de um direito fundamental, especificamente, pode melhor ser compreendida quando estabelecemos a distinção entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto: enquanto o primeiro seria “*(...) formado por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica*”<sup>292</sup>, o conceito de suporte fático concreto, que é profundamente ligado ao de suporte fático abstrato, significa precisamente “*(...) a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou.*”<sup>293</sup>

Estabelecer a noção de suporte fático, portanto, é buscar um relevante elemento instrumental para a própria eficácia dos direitos fundamentais, e compreender, igualmente de modo mais aprofundado o tema da restrição aos mesmos.

Para mais ampla compreensão de tais restrições, contudo, é preciso delinear também que o suporte fático de um direito fundamental pode ser teorizado como um suporte fático “amplo” ou “restrito”.

As teorias que partem de uma compreensão restrita do suporte fático, entendem que determinadas ações, estados ou posições jurídicas devem ser *prima facie* excluídos do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ainda que, em tese tais ações, estados ou posições jurídicas pudessem ser assumidas por estas normas em seu suporte fático.

---

<sup>291</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** Op.Cit. Pág.66.

<sup>292</sup> Idem. Pág. 67.

<sup>293</sup> Idem. Pág. 67/68.

Em tal compreensão, portanto, se estivermos diante de um caso concreto ou hipotético em que determinados fatos ou atos não estejam descritos *prima facie* como parte do suporte fático do direito fundamental, a consequência necessária é que não poderemos concluir pela existência de uma restrição ou limitação ao direito fundamental, nesta hipótese: é o âmbito de proteção da norma mesma que simplesmente não prevê sua incidência sob tais fatos ou atos.<sup>294</sup>

A construção teórica sobre um suporte fático restrito dos direitos fundamentais não prioriza a eficácia dos mesmos, isso porque apresenta diversos outros problemas, mormente nas searas da exclusão *prima facie* de determinadas condutas, além de preceituar uma diferença artificial entre regulamentação e restrição a direitos fundamentais, que dificilmente pode ser aceita.<sup>295</sup>

De outra banda, a teoria do suporte fático amplo, preconizada no presente trabalho, *sustenta ser impossível excluir a priori determinadas condutas no âmbito de proteção da norma de direito fundamental, o que deixa aos direitos fundamentais maior alcance fático/jurídico.*

Outrossim, com a teoria do suporte fático amplo temos um problema adicional: o de *definir que tipo de fatos, atos ou posições jurídicas são, concretamente protegidas pelo direito fundamental*, uma vez que definir o que é protegido é apenas um primeiro passo na teoria do suporte fático amplo, pois as próprias situações previstas no suporte fático ainda poderão, nesta teoria, passar pela ponderação como forma de restrição, conforme já verificado linhas acima.

Em suma, como nos demonstra Virgílio Afonso da Silva,

(...) toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do 'âmbito temático' de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis.*<sup>296</sup>

Tendo um suporte fático amplo, é preciso considerar também que construções teóricas oferecem um panorama sobre a forma de restrição a tais normas de direitos fundamentais, mormente à ideia de responsabilidade civil objetiva.

<sup>294</sup> Esta é a compreensão frequente na jurisprudência constitucional brasileira, como demonstra SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais...**Op.Cit. Pág. 80.

<sup>295</sup> Sobre tais problemas: Idem, Pág. 95 e ss.

<sup>296</sup> Idem. Pág. 109.

### 6.1.3.2 Teorias sobre a restrição aos direitos fundamentais

Conforme delineado no tópico anterior, a questão dos limites ou restrições aos direitos fundamentais está ligada de forma muito próxima ao tema do suporte fático dos mesmos.

Neste âmbito da restrição aos direitos fundamentais, distingue-se uma teoria externa de uma teoria interna.

Nesta última construção, a da teoria interna, o mote central é o processo de delimitação de cada direito, ou seja: nesta corrente, acredita-se que o processo de definição dos limites de cada direito é algo *interno* a ele, compreendendo, portanto, que o próprio direito tem seus limites imanescentes. A fixação desses limites, partindo de tal ideia, não é definida e nem mesmo influenciada por aspectos externos, como o de colisões com outros direitos.

Assim, segundo essa teoria, o direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando que o direito já nasce com seus limites, que seriam imanescentes, que consistem em fronteiras implícitas ao direito. Por isso, a definição dos limites do direito é algo interno a ele.

Partindo desse pressuposto, a conclusão que se chega é a que, a definição do conteúdo de cada direito não depende de fatores externos, inclusive sobre as possíveis colisões entre direitos, portanto, a estrutura normativa desses direitos, na teoria interna, são direitos que *sempre terão a estrutura de regras*.

Em todas as hipóteses em que um indivíduo exercitar algo garantido por um direito fundamental, essa garantia terá que ser definitiva, e não *prima facie*.<sup>297</sup>

Nesta construção, as duas principais formas de se demonstrar tais limitações, seriam recorrer à teoria dos chamados limites imanescentes dos direitos fundamentais, bem como à teoria institucional dos direitos fundamentais.<sup>298</sup>

Pelo pressuposto central da teoria interna, os limites imanescentes são, limites que fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, devido ao fato de não podermos falar em direitos ilimitados.

---

<sup>297</sup> Por exemplo, as clássicas distinções constantes em: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>298</sup> Não sendo o objeto deste trabalho a exploração aprofundada de tais temas, remetemos o leitor para SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais...** Op.Cit. Pág. 128 e ss.

Para exemplificar o que foi dito, podemos citar o exemplo dos sacrifícios humanos, que não são protegidos pela liberdade religiosa, da mesma forma que se pode dizer que a calúnia não é protegida pela liberdade de expressão.

Com isso, ao fazermos a diferenciação entre os limites imanentes e as restrições a direitos fundamentais, vamos chegar à conclusão que, no caso de colisões entre direito fundamentais, se constituem novas restrições a direitos, todavia, no caso de limites imanentes, há somente a declaração de limites que são previamente existentes.

Isso não acontece somente quando da interpretação da Constituição pelo juiz, mas também ocorre no caso das leis ordinárias. Se uma lei vier a proibir, por exemplo, o sacrifício humano em rituais religiosos, a lei não estará constituindo uma restrição à liberdade de religião, pelo fato de que a regulação legal não ter ultrapassado os limites dessa liberdade.

De outro lado, contrariamente à teoria interna, que pressupõe a existência de um só objeto entre o direito e seus limites, a teoria externa divide este objeto em duas distintas dimensões: o direito fundamental e as suas restrições.

É a partir dessa divisão entre o direito e as suas restrições que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução de colisões entre direitos fundamentais, e também, à regra da proporcionalidade pois, é a partir do entendimento da teoria externa, que, conforme visto, poderemos distinguir entre uma previsão normativa *prima facie* e uma previsão normativa definitiva.

Assim, de acordo com esta teoria, existe, *prima facie*, um direito em si, ilimitado, que mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito delimitado, concreto, pois, como ratifica Sarlet,

Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado.<sup>299</sup>

Partindo justamente desse pressuposto é que podemos propor uma estreita relação entre a teoria dos princípios de Alexy e a teoria externa, uma vez que, conforme delimitado à sociedade, tal teoria dos princípios sustenta que os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*.

<sup>299</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op.Cit. Pág.389.

Nesse sentido, um direito definitivo, configurado através de um princípio – como um princípio de responsabilidade civil objetiva - não é algo definido internamente e *prima facie*, como é defendido na teoria interna.

Somente na análise do caso concreto, é que irá se definir o que efetivamente vale, após a aplicação da regra da proporcionalidade.

Portanto, a definição do conteúdo definitivo do direito é estabelecido a partir de fora, é a partir das condições fáticas e jurídicas existentes.

Em razão de ser pautada a distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, esta teoria torna-se mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões entre direitos fundamentais, em virtude da necessidade da imposição de limites a tais direitos, e o principal instrumental teórico utilizado, neste particular, é o da regra da proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade, também conhecida no Direito Constitucional alemão como *Lei de Balanceamento*, nada mais é do que uma regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

A conclusão dessa assertiva está no fato, como já foi exposto, de que os direitos fundamentais não são absolutos, mesmo que esses direitos tenham caráter *prima facie*, em que devam ser realizados em sua totalidade, haverá situações em que a aplicação de um direito irá prejudicar a aplicação de outro.

Assim, a ideia basal é a de que a aplicação da regra da proporcionalidade permite a restrição de determinado direito fundamental para que outro direito fundamental em conflito possa ter lugar.

Portanto, a regra da proporcionalidade funciona como limite a restrição aos direitos fundamentais, em que deverão ser analisados os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (exigência de sopesamento), para que essa ponderação garanta a eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.

Outrossim, é ainda importante asseverar que, como sabemos, a análise de cada uma das sub-regras deve ser realizada de forma subsidiária e serial, segundo a ordem pré-estabelecida.

Assim, podem haver casos em que a simples análise da primeira das sub-regras seja suficiente para solucionar o conflito, e, em outros casos, a análise das três sub-regras pode se fazer indispensável.



A primeira das sub-regras é a da adequação, que exige uma relação de eficácia entre o meio utilizado para a restrição do direito fundamental e o fim buscado ao se restringir o mesmo.

Desta forma, quando uma medida, estatal ou não, implica na intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, obrigatoriamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental.

A segunda sub-regra é a da necessidade e envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo legislador, e que possam promover igualmente o fim buscado, mas de forma menos danosa aos direitos fundamentais opostos.

Essa comparação pode tornar-se fácil, quando a mesma medida é mais eficiente e menos gravosa ao mesmo tempo. No entanto, casos mais complexos podem ser verificados, por exemplo, quando uma medida é mais eficiente e mais gravosa, e outra medida é menos eficiente e menos gravosa, é que ocorre a discussão de qual medida deverá ser adotada, a mais eficiente ou a menos gravosa.<sup>300</sup>

Por fim temos a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de ponderação.

Neste elemento, exige-se uma comparação entre o grau de realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Portanto, o meio será desproporcional se a medida da concretização do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.<sup>301</sup>

Este último requisito da regra da proporcionalidade tem como função principal evitar que as medidas restritivas de direitos fundamentais, mesmo que sejam adequadas e necessárias do ponto de vista fático, restrinjam de forma antijurídica, direitos fundamentais.

Assim, temos que o exame da adequação busca perquirir se a medida satisfaz a realização do objetivo, e que o exame da necessidade é um exame comparativo em que devemos nos inclinar para a medida mais eficiente.

---

<sup>300</sup> De acordo com o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, a resposta seria escolher a medida mais eficiente: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais...* Op.Cit. Pág.172 e ss.

<sup>301</sup> Como refere Humberto Ávila, **Teoria dos Princípios**, Op.Cit. Pág. 182, "Um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais".

Ora, considerando-se que a norma de direito fundamental que alberga a cláusula geral de responsabilidade civil tem um caráter de princípio, e considerando também que a mesma tem um suporte fático amplo, que requisita uma teoria externa sobre as possibilidades de restrição de seu alcance, *podemos encontrar na regra da proporcionalidade um útil critério de interpretação dos direitos fundamentais, porque caso seja aceita a ideia aqui proposta, a cláusula geral de responsabilização objetiva não poderá, repita-se, ser aplicada como uma norma do tipo tudo-ou-nada, uma vez que tal aplicação comprometeria, sem dúvidas, o próprio alcance do instituto.*

Em conclusão, podemos estabelecer que todos os critérios exigidos para a caracterização da fundamentalidade material da cláusula geral de responsabilidade civil diante do texto brasileiro foram plenamente preenchidos, quais sejam: a sua “universalidade”; sua “moralidade”, a existência de fundamentos para sua positivação (imediate ou mediata), e, por fim, seu caráter abstrato e a consequente possibilidade de restrição do mesmo.

Desta forma, estão preenchidas todas as exigências para que possamos considerar a responsabilidade civil objetiva como um direito fundamental atribuído na Constituição brasileira vigente, e, como decorrência também devemos considerar existente um *dever jurídico fundamental de reparação objetiva*, dever este que é decorrente da existência do próprio direito, além de ser ele também – tal qual o direito fundamental – não expresso, mas sim implícito, atribuído.

O objetivo do trabalho, ao sugerir a configuração da responsabilidade civil objetiva em termos de um dever fundamental, é o de evidenciar também o caráter obrigatório da observância do dever de indenizar, dentro de instituições sociais justas, bem organizadas.

Contudo, justamente porque existente dentro de instituições sociais, o dever jurídico fundamental da responsabilidade objetiva não é ele próprio absoluto: sendo configurado por uma norma jurídica do tipo princípio, pode exigir um severo procedimento de aferição de sua própria aplicabilidade, de acordo com circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao caso concreto, admitindo, claramente, exceções à sua própria aplicabilidade.

Assim, tracejada a possibilidade da compreensão da cláusula geral de responsabilidade objetiva como um direito e dever fundamental na constituição brasileira, no capítulo posterior serão explicitados os fundamentos da criação de um

direito civil-constitucional, e de que forma este evento está correlato à possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

## 7 OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DA INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA GERAL DO DEVER JURÍDICO FUNDAMENTAL À RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

Como fora delineado no capítulo anterior, para que a responsabilidade civil objetiva possa ser corretamente fundamentada, além de maximizar toda a sua *potencialidade de justiça*, é preciso que a mesma esteja ancorada em uma dogmática constitucional que permita sua caracterização como um direito/dever jurídico fundamental.

Nesse sentido, verificamos como apesar da existência, no Texto Constitucional brasileiro em voga, de previsões expressas quanto à responsabilidade civil objetiva de determinados agentes – questão pontuada no primeiro capítulo do trabalho – a Carta Constitucional é silente quanto à previsão de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, nos moldes daquela prevista no art. 927 do Código Civil brasileiro.

Contudo, se uma cláusula geral que preveja a responsabilidade civil objetiva não pode ser considerada *formalmente constitucional*, como referido à saciedade no capítulo anterior, a mesma pode e deve ser considerada como *materialmente constitucional*, e, por isso, sustentar o status de norma de direito fundamental *atribuída* ao texto constitucional, desde que, para tanto, uma série de exigências teóricas sejam observadas, exigências estas que, na esteira do exposto, puderam ser amplamente satisfeitas.

O presente capítulo tem o fundamento, nessa esteira, de expor o tema da chamada constitucionalização do direito e da incidência dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os particulares como formulações da teoria do direito que possibilitam um mais amplo e efetivo alcance da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, uma vez que esta, pela sua fundamentalidade material, fora alçada, no trabalho em apreço, à categoria de direito/dever jurídico fundamental atribuído.

Em linhas gerais, a ideia da constitucionalização do direito trata da irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais aos demais “ramos” do direito.

O principal destes efeitos é o inerente à vinculação, pelos particulares, às normas de direitos fundamentais, teoria também denominada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais.

Na teoria dos direitos fundamentais, a ideia basilar e originária – que não é absoluta - é a de que os mesmos foram concebidos como elementos de proteção (positiva ou negativa) *do indivíduo face ao Estado*, que, por isso, deveriam surtir efeitos apenas neste tipo de relação, *relações verticais*, dada a desigualdade existente entre o Estado e o particular.

Contudo, esta concepção não tardou a se demonstrar inadequada, e com a superação de concepções radicalmente liberais do Estado, logo passou-se a perceber que muitas vezes não é o Estado o principal desafiador ao respeito dos direitos fundamentais, mas sim os próprios particulares, especialmente aqueles dotados de poder econômico ou político.

Ocorre que, por inúmeras razões, é impossível simplesmente transplantar a racionalidade da aplicação dos direitos fundamentais em relações verticais para as relações horizontais, especificamente porque na primeira das situações apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, mas na segunda hipótese, ambos os sujeitos são titulares de direitos fundamentais.

A temática dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais é apenas perfunctoriamente explorada na doutrina brasileira, sendo diminuto o número de obras de referência nesta seara.

Contudo, dos estudos brasileiros e estrangeiros, tornou-se possível identificar um núcleo de ideias formadoras dos fundamentos da chamada constitucionalização do direito, bem assim um grupo de teorizações sobre o modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Nesse sentido, nas linhas vindouras serão apresentados alguns dos fundamentos que o trabalho reputa com mais relevantes à construção da constitucionalização do direito, e, posteriormente, serão expostas as principais compreensões teóricas sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações efetivadas por particulares.

Conforme será demonstrado, o direito da responsabilidade civil, e especialmente da responsabilidade civil objetiva, é campo fértil para o desenvolvimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, eis que

nesta seara é possível explorar, efetivamente, o potencial da fundamentalidade material da responsabilidade objetiva.

De forma mais clara, talvez: se efetivamente devemos considerar como existente uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no texto da Constituição brasileira, esta norma deve também ser vigente não só no bojo das relações travadas entre o Estado e o particular, como expressamente reconhecido pela constituição, mas também – *rectius*, especialmente - nas relações desenvolvidas entre particulares, eis que é justamente neste âmbito que o direito fundamental da responsabilidade civil objetiva irá concorrer com outros direitos fundamentais que podem ser opostos nas relações entre os particulares.

A questão que se coloca é a da possibilidade da convivência da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas sem que, com isso, a ideia da autonomia privada seja ela própria desconsiderada.

Como poderá o leitor observar, a proposta do capítulo é no sentido da possibilidade da compatibilização entre a autonomia do direito privado e a autonomia humana, em geral, com a normatividade constitucional dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os particulares, desde que as normas de direito privado possam ser interpretadas à luz do núcleo da normatividade constitucional, com seus valores e princípios característicos.

A aposta básica do presente trabalho é a de que a percepção de que sendo existente um direito/dever jurídico fundamental da responsabilidade civil objetiva na Constituição, bem como fato deste direito/dever surtir efeitos nas relações entre os particulares, a responsabilidade civil objetiva tem maximizada sua potencialidade de ser um elemento instrumental relevante para a construção de instituições sociais justas.

## 7.1 O CÓDIGO CIVIL E A CONSTITUIÇÃO: TEMAS PARA UMA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO PÚBLICO, VIA CONSTITUIÇÃO, E O DIREITO PRIVADO, VIA CÓDIGO CIVIL

O clássico debate que se estabeleceu sobre as relações do chamado direito público e do direito privado, em especial entorno do papel do Código Civil enquanto

*locus* de garantia incondicional da autonomia privada<sup>302</sup>, e as relativizações desta compreensão, *representam a grande ambiência da ideia da constitucionalização do direito civil, da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, e, via de consequência - no que nos importa maiormente - dos fundamentos de um direito/dever geral dos efeitos horizontais da responsabilidade civil objetiva.*<sup>303</sup>

No centro da controvérsia sobre a vinculação dos particulares às diversas dimensões dos direitos fundamentais está posta a questão sobre se os direitos fundamentais são política e juridicamente legitimados a limitar a autonomia privada, e, caso positiva a resposta, se coloca o problema de saber em que medida o são; e, por fim, quais são as consequências desta limitação tanto para a teoria dos direitos fundamentais como para a autonomia privada.

Com efeito, a autonomia privada, é um princípio constitucional de relevância inquestionável, seja para o direito constitucional, e às diversas matizes do “direito público” em geral – pois é decorrente, no limite, do princípio constitucional da liberdade humana - seja para o “direito privado”, eis que neste âmbito propriamente dito, constitui ela núcleo e razão fundadora.

As mais ferrenhas convicções iluministas sobre o direito privado estavam não apenas veiculadas a uma suposta liberdade inerente ao ser humano, mas à necessidade imperativa que esta liberdade fosse exercida a qualquer custo, enquanto forma de libertação.<sup>304</sup>

Não é por outro motivo que, ponderando sobre o tema, Sebastian Ernesto Tedeschi pontua que

Em conclusão, a categoria de sujeito construída pela modernidade é uma categoria histórica, que concebeu um sujeito de direito caracterizado por um individualismo dotado de consciência e vontade, autor de suas próprias ideias, e responsável pelas ações que realiza (autônomo).<sup>305</sup>

<sup>302</sup> Conf.: WIEACKER, Franz. **A história do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980; e, ainda: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

<sup>303</sup> Com proveito: SARLET, Ingo Wolfgang: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>304</sup> Conf.: BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do Direito**. Barueri, SP: Manole, 2005. Pág. 166 e ss.

<sup>305</sup> TEDESCHI, Sebastián Ernesto: **El Waterloo del código civil napoleónico: una mirada crítica de los fundamentos del derecho privado moderno para la construcción de sus nuevos valores**. In: COURTIS, Christian (org.): Desde outra mirada: textos de teoria crítica del derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2001. Pág. 167. No original: “En conclusión, la categoría de sujeto construída por la modernidad es una categoría histórica, que constituyó un sujeto de derecho caracterizado por un individuo dotado de conciencia y voluntad, autor de sus propias ideas y responsable de las acciones que realiza (autonomía).”

Foi justamente em razão da crença da liberdade e racionalidade “naturais” do homem, bem como na necessidade de que fosse estabelecida uma ordem mais clara na estrutura jurídica até então fragmentada, que os movimentos de codificação tomaram força.<sup>306</sup>

Portanto, na ideia mais intuitiva e que classicamente se atribui ao direito privado, parte-se da suposição de que o Código Civil, como refere Ubillos, é *locus*, por excelência da liberdade privada, e, nesse sentido,

(...) se erige então em verdadeira carta constitucional desta sociedade autossuficiente, sancionando os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual como núcleos da regulamentação das relações jurídicas entre os particulares.<sup>307</sup>

Contudo, com a percepção da insuficiência do modelo codificador, logo restou a necessidade de repensar a própria noção *sujeito de direito*, de direitos personalíssimos, o que nada mais representa que uma inequívoca (re)interpretação, agora mais maleável, da dicotomia público/privado.

De fato, pode-se sustentar que uma das mais significativas dualidades existentes no âmbito dos estudos jurídicos é aquela que toma em consideração a construção de uma matriz de direito público e outra de direito privado, com pouca ou mesmo nenhuma comunicação entre si.

Esta perspectiva deriva, no limite, de uma compreensão anterior sobre o próprio posicionamento do homem perante o mundo e as coisas: a *polis* e a *família*; o *jardim* e a *praça*, distinções que remontam, pelo menos no que se refere às suas primeiras formalizações jurídicas, ao *Corpus Iuris Civillis*.<sup>308</sup>

Como resta compreensível sem maiores dificuldades, preceituar a existência de uma seara de direito público apenas parcamente comunicável com o âmbito do

<sup>306</sup> Idem. Pág. 162.

<sup>307</sup> UBILLOS, Juan María Bilbao. **¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e direitos privados. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.** Pág. 302. No original: “(...) se erige entonces en la verdadera carta constitucional de esa sociedad autossuficiente, sancionando los principios de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas inter privados.”

<sup>308</sup> Consta do Digesto: D. I.1.1.2: “Direito Público é o que se volta ao estado da res Romana, Direito Privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos enquanto tais”.



direito privado, seria propugnar também por uma eficácia dos direitos fundamentais que ficasse restrita ao âmbito de proteção do cidadão face ao poder público.

Por óbvio que a existência de tais divisões na dogmática jurídica é corolário de um contexto político mais amplo, que deve considerar no tempo e no espaço as necessidades e peculiaridades de cada sociedade em que se dá tal diferenciação.

Para os antigos gregos, por exemplo, as questões da vida pública eram de tal forma primordiais, que somente em um sentido muito restrito poderíamos falar em um *âmbito privado*, ou melhor, proteção e garantias privadas, pois, como bem lembram a *República* platônica e a *Política* aristotélica, o homem, considerado em sua individualidade, deveria antes de tudo ser um ser social, isto é, voltado para as necessidades da *polis*, pois é na *ágora*, pela partilha da palavra, inclusive, que os ideais plenos de cidadania e felicidade poderiam ser alcançados<sup>309</sup>.

Nesse sentido é lapidar Alfred Verdross-Drossberg, ao demonstrar que

Nem em Atenas nem nas demais Cidades-Estados houve direitos essenciais do indivíduo perante a coletividade, pois não era como indivíduo, senão como membro da comunidade, que ele tinha direitos políticos. Nessa última condição, constituía a vontade coletiva; como indivíduo, porém estava sujeito à mesma. Demonstra-nos este fato que o substrato espiritual da democracia grega não era o individualismo, mas a idéia de comunidade<sup>310</sup>.

Contudo, o que hoje se busca, notadamente frente ao problema da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas - e, no objeto do presente trabalho, o do alargamento do alcance da ideia de responsabilidade civil - é demonstrar que estes limites entre o espaço público e o privado, não devem ser compreendidos de maneira absolutamente categórica e inquestionável, mas sim de modo a dar mais amplas possibilidades de efetivação aos institutos jurídico-constitucionais e também do próprio direito privado.<sup>311</sup>

Nesse sentido, podemos dizer que na sociedade moderna, descrita nos capítulos anteriores, a relação entre o público e o privado acaba por se tornar mais

---

<sup>309</sup> Sobre isso conf. especialmente: JAEGER, Werner. **Paidéia: A formação do homem grego**. São Paulo. Martins Fontes, 2001. Pág. 16 e ss.

<sup>310</sup> Citado em BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo, Malheiros, 2007. Pag. 147.

<sup>311</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pág. 38.

complexa, inviabilizando qualquer proposta voluntarista ou dogmatizante de cisão entre tais domínios.

A ideia de separação mais robusta entre o direito público e o direito privado decorre do Estado liberal, e as consequências desta concepção política refletem diretamente na maneira como os teóricos do direito tendem a compreender a força normativa da constituição, e, via reflexa, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Sobre o tema, é claro o posicionamento de Tedeschi:

No começo da modernidade o público se referia a todo o que é vinculado ao espaço do Estado e o privado ao espaço da sociedade civil. A questão do poder era matéria de regulação do direito público. O direito privado pressupunha a igualdade formal, e não concebia relações de poder entre seus titulares. Mesmo no caso da existência destas relações de poder, elas foram ocultadas, como referido, mediante a técnica de remeter a diferença entre sujeitos aos predicados jurídicos.<sup>312</sup>

Assim, o que podemos observar, é uma tentativa de adaptação do modelo vigente, buscando atender a realidade atual,<sup>313</sup> e, no limite, o que nos interessa salientar aqui é que, como resumiu Tedeschi, o direito privado interessa ao direito constitucional porque contém elementos de concretização dos direitos fundamentais. Sem a regulamentação do direito privado, é possível que os direitos fundamentais tenham uma concretização incipiente.<sup>314</sup>

A *relativização* das diferenças outrora ontológicas entre direito privado e público, assim, é inerente às próprias disposições de ambos, que, na sociedade complexa, só podem lograr efeitos através de um funcionamento integrativo.

<sup>312</sup> TEDESCHI, Sebastián Ernesto: **El Waterloo del código civil napoleónico: una mirada crítica de los fundamentos del derecho privado moderno para la construcción de sus nuevos valores**. In: COURTIS, Christian (org.): **Desde outra mirada: texto de teoria crítica del derecho**. Op.Cit. Pág. 177. No original: “En el comienzo de la modernidad lo público se refería a todo lo vinculado al espacio del Estado y lo privado el espacio de la sociedad civil. La cuestión del poder era materia de regulación del derecho público. El derecho privado suponía la igualdad formal de los varones, y no veía relaciones de poder en estos vínculos. Aun en el caso de que estas relaciones de poder estuvieran presentes, fueron ocultadas, tal como lo expresamos, mediante la técnica de enviar las diferencias entre sujetos a la parte de los predicados jurídicos.”

<sup>313</sup> RAMOS, Carmen Lúcia Silveira: **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. in: FACHIN, Luiz Edson: **Repensando fundamentos direito civil contemporâneo**. Renovar, 1998. Pág. 11/12.

<sup>314</sup> Idem. Pág. 171.

Em se tratando de aproximações normativas que representam precisamente esta flexibilização, Clovis Bevilacqua<sup>315</sup>, já preceituava, no contexto da Carta Constitucional de 1934, que

É certo que o direito de um povo dado se move, necessariamente, dentro do círculo da sua organização política. As Constituições são fontes primárias do direito positivo. Aliás, como todo direito positivo, expressão embora da vontade social preponderante, não encerra todo o complexo jurídico elaborado pela vida em comum. (...) Mas a nossa Constituição vigente, ungida por circunstâncias de momento, não se contentou com traçar a síntese geral das experiências jurídicas, necessárias à coexistência dos brasileiros. Em muitos casos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a técnica, possivelmente, em proveito da utilidade prática.

Nesse sentido, certamente pertinente de assertiva de Carmem Lúcia Silveira Ramos, que leciona:

(...) pode-se asseverar que os novos paradigmas, consagrados constitucionalmente, com relação à apropriação de bens e relações contratuais, funcionalizando o exercício destas atividades com um sentido social, antecedida pelo rol de direitos e garantias do cidadão, princípios categóricos, instituídos no plano individual e coletivo, para trabalhar suas dimensões fundamentais, afetando o direito em geral e o direito privado em particular, correspondem, ao menos em parte, a um reflexo da concepção da vida da sociedade, com as inspirações interdisciplinares que sofre.<sup>316</sup>

Surge, basicamente sobre esta linha hermenêutica valorativa, aquilo que se vêm chamando na doutrina brasileira, já há algum tempo de *direito civil constitucional*.

Assim, podemos sustentar que a norma constitucional, por suas determinações, tendem, na compreensão do direito civil constitucional, a tornar-se razão maior e determinante da relevância jurídica das relações sociais, e isto não apenas enquanto regra hermenêutica ou valorativa, mas como determinação normativa mesmo, portanto plenamente capaz de incidência e eficácia nas situações do mundo da vida, possibilitando, inclusive, a regência direta por disposições constitucionais, o que faria com que a constituição fosse compreendida em uma

<sup>315</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**. In: **Escritos esparsos**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, Pág. 74.

<sup>316</sup> RAMOS, Carmen Lúcia Silveira: **A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras**. in: FACHIN, Luiz Edson: **Repensando fundamentos direito civil contemporâneo**. Renovar, 1998. Pág. 16/17.

acepção mais ampla, como projeto de sociedade, e não apenas um texto normativo neutro.

Destarte, vão nesse sentido as lições de Maria Celina Bodin de Moraes, ao lembrar que fortalece-se a cada dia a tendência de não mais se conceber a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, em outras palavras, como barreiras erigidas somente ao legislador ordinário, sustentando-se, ao contrário, o seu caráter positivo e modificador, entendendo-as como fundamento do conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional.<sup>317</sup>

Se, como postulamos linhas acima, a teoria dos direitos fundamentais toma contornos de princípio, parecem ser pertinentes com nossos objetivos as afirmações de Fachin e Ruzyk<sup>318</sup>, no momento em que concluem que

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico – inclusive dos Direitos Privado. Os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre o público e o privado.

Por fim, é necessário compreender que quando se tornam intrincadas as relações entre o direito público, via Constituição, e o direito privado, principalmente através do Código Civil, também há que se conceber que os institutos de tutela e garantia dos direitos por ambos resguardados devem se adequar a esta nova realidade, e justamente neste ponto, é que se propõe aqui uma utilização igualmente mais complexa do instituto da responsabilidade civil.

---

<sup>317</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. in: **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I. Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991. Pág. 8.

<sup>318</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUKYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 100.

## 7.2 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA IRRADIANTE

Dentro deste quadro, surge também o reconhecimento de que, dentre outros fatores, com o advento do chamado *welfare state*, ocorre uma relativização da até então rígida diferenciação entre direito público e direito privado, com a subsequente possibilidade da intercessão de disposições constitucionais em matérias tratadas na legislação civil privada, merece destaque a constatação de que aos direitos fundamentais, que inicialmente funcionavam como fonte de legitimação da exigência abstencionista do indivíduo face ao Estado, atribui-se uma dimensão valorativa, isto é, agora representariam eles também um plexo de diretrizes fundamentais de uma determinada comunidade política.

Em outras palavras, a dogmática constitucional passou a falar de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, conforme delineado no capítulo anterior, é primordial para a compreensão correta dos chamados deveres fundamentais.

Como define Konrad Hesse, neste sentido,

(...) como elementos de ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status* e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade.<sup>319</sup>

Também é relevante, sobre o tema, a pontuação de Sarmiento, ao afirmar que

No mesmo diapasão, afirma-se que a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.<sup>320</sup>

E não é só: esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por outro lado, também permitiria a atribuição de efeitos jurídicos concretos inclusive a normas de direitos fundamentais que, por sua natureza, precisariam de integração legislativa,

<sup>319</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1998. Pág. 239.

<sup>320</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais...** Op.Cit. Pág. 107.

pois, no mínimo, ocorreriam efeitos hermenêuticos, restando a interpretação e aplicação de tais normas influenciadas diretamente.

Segundo a compreensão de Alexy, a delimitação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ocorreria mediante um procedimento de tríplice abstração: deve-se abstrair o conteúdo do direito fundamental de seu titular, do destinatário e da prestação específica, restando, assim, o bem jurídico especificamente tutelado.<sup>321</sup>

Assim, diz-se que os direitos fundamentais, constituindo uma ordem objetiva de valores, teriam uma eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico, fazendo com que as disposições de direito fossem interpretadas à sua luz.

Valiosa, sobre isso, é a síntese de Kommers:

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando sua interpretação.<sup>322</sup>

Por fim, urge salientar que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, se manifestaria principalmente, como veremos, através da interpretação e aplicação daquelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados<sup>323</sup> presentes na legislação infraconstitucional, eis que tais institutos funcionariam precisamente como eixo de abertura do sistema jurídico privado, por exemplo, a tais valores constantes das normas de direitos fundamentais.

### 7.3 AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Estabelecida a conclusão de que os direitos fundamentais são absolutamente aptos a surtir efeitos também nas relações travadas entre os particulares, importante explicitar de que forma a dogmática jurídica estabelece que devem operar tais efeitos.

<sup>321</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op.Cit. pág. 526.

<sup>322</sup> KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University Press, 1997. Pág. 363.

<sup>323</sup> Sobre este tópico, ainda continuam essenciais as lições de HART, Herbert. **O Conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007. Conf. também, HESSE, Konrad. **Elementos...**Op.Cit. Pág. 281 e ss.

Este passo é importante porque, do que foi exposto linhas acima, temos apenas um panorama geral sobre as premissas de aproximação entre o direito público e o direito privado, com a conseqüente conclusão de que os direitos fundamentais devem operar efeitos também nas relações particulares.

Contudo, ainda não fora exposto em que grau, e com que limites ocorreriam os chamados efeitos horizontais dos direitos fundamentais, isto é: se diretamente ou indiretamente, através da aplicação dos próprios institutos do direito privado.

Especificamente no âmbito de análise pontuado no presente trabalho, a ideia teórica de como o direito fundamental da responsabilidade civil incidirá nas relações entre os particulares é relevante, uma vez que a cláusula constitucional aqui proposta alberga um direito fundamental, construído na forma de princípio, e que, portanto, poderá entrar em colisão com outros princípios constitucionais importantes, como a própria autonomia privada, em seus diversos desdobramentos.

A questão que se coloca, assim, é a seguinte: como poderá o dever de reparação civil objetivo ser corretamente justificado, considerando todo o panorama exposto nas linhas acima?

Aqui, um quadro básico de construções teóricas pode ser referido: Em apertada síntese, podemos estabelecer que as concepções sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas se diferenciam entre aquelas que pressupõe uma incidência imediata, e aquelas que aceitam que, não obstante os direitos fundamentais sejam de observância também neste âmbito, tal incidência é condicionada a fatores externos, como a exigência de regulamentação infraconstitucional, por exemplo, além, obviamente, daqueles que não aceitam a ideia da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, como veremos.

Nas linhas abaixo serão expostas as propostas centrais de cada uma destas construções, além de oferecida uma concepção teórica que reputa-se como mais adequada, e que, por diversas razões, não pode ser simplesmente enquadrada em nenhuma das dimensões anteriores.

### 7.3.1 A teoria da eficácia mediata, ou dos efeitos indiretos

A teoria da eficácia mediata fora inicialmente formulada por Günther Dürig e, posteriormente, explicitamente adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no antológico caso Lüth.<sup>324</sup>

A base da construção teórica dos efeitos mediatos, ou indiretos, é a existência de um direito geral de liberdade, que, como sabemos, é reconhecido na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Seria precisamente este direito geral à liberdade que impediria que os direitos fundamentais surtisse um efeito direto nas relações privadas.

Nesse sentido,

Segundo Dürig, esse direito geral de liberdade inclui também a liberdade, de que devem gozar os participantes em uma relação de direito civil, de evitar as disposições de direitos fundamentais que, para a ação estatal, são incontornáveis.<sup>325</sup>

Muito embora tenha ela sido posteriormente formulada sob as mais diversas vestimentas, podemos dizer que foi constituído um núcleo representativo desta proposta, que pode ser resumido nos seguintes pontos: a) os direitos fundamentais incidiriam nas relações entre particulares através de normas e postulados aplicativos, dogmáticos e interpretativos do direito privado, e não através da própria constituição, diretamente; b) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais está condicionada em primeiro lugar à atuação concretizadora do legislador de direito privado e, posteriormente, ao juiz e tribunais, face um caso concreto.

Para esta matriz teórica, as normas de direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos, isto é, não possuem tais normas a mesma eficácia de que gozam nas relações com o Estado, mas sim como ordem ou sistema de valores.

Em razão destas premissas, a teoria da eficácia mediata estaria correta porque preservaria a autonomia privada enquanto princípio fundador do direito em

<sup>324</sup> Trata-se da história da obra de um cineasta, de ideologias supostamente nazistas, e do boicote propagado por um jornalista contra a divulgação do filme. Com o sucesso do boicote, o cineasta requereu indenização, com base em uma norma de direito privado, especificamente do Código Civil Alemão (BGB).

<sup>325</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização...** Op.Cit. pág. 75.



geral, e especialmente do direito privado, assegurando também a identidade do direito privado, especialmente do direito civil.

Destarte, para fazer conciliar os direitos fundamentais e os direitos privados, sem que um possa dominar a normatividade do outro, a teoria dos efeitos mediatos propõe a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio das próprias normas de direito privado.

Segundo a teoria dos efeitos mediatos, esta influência dos direitos fundamentais no direito privado ocorreria por duas formas, precipuamente: considerando-se os direitos fundamentais como um sistema de valores, e através das cláusulas gerais, abertas, contidas no direito privado.

No que se refere a uma ordem objetiva de valores formada pelos direitos fundamentais, sabe-se que a ideia, já pontuada linhas acima, é originária das transformações que o constitucionalismo ocidental sofreu no segundo pós-guerra, e seu mote principal é o de preceituar que os valores declarados ou reconhecíveis em um texto constitucional não são apenas um “protocolo de intenções”, mas, isso sim, uma ordem vinculante, derivada da própria força normativa da constituição.

A construção, portanto, refere que deveria ser abandonada a percepção de as liberdades públicas seriam liberdades negativas, de não-atuação estatal, para converter-se em liberdades que, de qualquer forma, obrigam também a uma prestação estatal positiva.

Segundo este modelo teórico, outrossim, a principal maneira de fazer incidir o sistema de valores de direitos fundamentais no direito privado seria através das cláusulas gerais contidas no direito privado.

Tais cláusulas necessitariam de um preenchimento valorativo de acordo com o caso em concreto, pois seriam formadas por conceitos abertos, e tal preenchimento deveria, precisamente, ser feito pelo jurista prático.

Nesse sentido, o preenchimento das cláusulas gerais do direito privado não poderia ser feito através de valores morais ou valores situados fora do ordenamento jurídico: deveria ser realizado tomando em conta, exclusivamente, os valores consagrados pela constituição.

Dentro desta construção, poderíamos estabelecer que a própria cláusula geral de responsabilidade civil objetiva constante do Código Civil brasileiro seria um mecanismo de interdependência entre os valores fundamentais do texto constitucional do direito privado brasileiro.

Ocorre que, não obstante seja adotada na quase totalidade dos países em que os efeitos horizontais dos direitos fundamentais são estudados profundamente, o modelo de efeitos indiretos não fica imune a críticas, principalmente no que se refere aos dois pilares da construção: a ordem objetiva de valores e a importância das cláusulas gerais do direito privado.

Nesse ponto, a crítica principal à ideia de ordem objetiva de valores, é a de que a normatividade de tais valores seria problemática para a determinação do próprio código binário (lícito/ilícito) inerente às normas jurídicas, uma vez que substituiria a ideia de juízos deônticos por juízos axiológicos.

Com isso, a clareza conceitual, e mesmo a estabilização contrafática de condutas, pelo ordenamento jurídico, restariam comprometidas.

Ademais, outra crítica contundente ao modelo de eficácia indireta radica nas próprias cláusulas gerais, eis que estas formariam apenas uma proteção deficitária, insuficiente, dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para autores como Canaris<sup>326</sup>, por exemplo, de fato não há como verdadeiramente crer que conceitos do direito privado como “boa-fé”, ou, no nosso caso, “risco”, pudessem dar uma proteção eficaz aos direitos fundamentais, ainda mais em se considerando que o meio de incidência é um meio casuístico: melhor seria que os direitos fundamentais pudessem, de alguma forma ter incidência direta sob os direitos privados.

Por fim, como nos informa Virgílio Afonso da Silva<sup>327</sup>, a ideia da proteção autonomia do direito privado face ao direito constitucional, tão defendida pela teoria dos efeitos indiretos, na verdade seria não um problema precipuamente teórico, mas sim um problema de funcionamento da jurisdição constitucional, que deveria se restringir a situações em que a normatividade constitucional verdadeiramente esteja sendo pontuada.

O problema ocorre quando, por meio das chamadas cláusulas gerais do direito privado, a jurisdição constitucional passa a atuar em todo e qualquer caso de direito privado, como se fosse um caso de direito constitucional, situação que comprometeria ambos os âmbitos jurídicos.

---

<sup>326</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>327</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização...** Op.Cit. Pág.86.

### 7.3.2 A teoria da eficácia imediata, ou dos efeitos diretos

De outra banda da construção sobre os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, temos a teoria da eficácia imediata, ou de efeitos diretos, que fora inicialmente concebida por Hans Carl Nipperdey, nas suas obras “A Dignidade da do ser humano” e “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, e posteriormente adotada na Alemanha pelo Tribunal Federal do Trabalho.

No plano da jurisprudência alemã, a teoria da eficácia imediata fora adotada explicitamente pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho, onde, em decisão sintomática, aquele sodalício afirmara que

Em verdade, nem todos mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isto significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.<sup>328</sup>

Para resumir as premissas teóricas da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, poderíamos postular as seguintes considerações: a) as normas de direitos fundamentais aplicam-se diretamente não só à relação Estado-indivíduo, mas também no plano horizontal, entre cidadão e cidadão; b) os direitos fundamentais devem ser compreendidos como direitos subjetivos de origem constitucional; c) destarte, sendo eles direitos subjetivos constitucionais, ressalvada a hipótese de expressa disposição contrária da própria Constituição, operam efeitos independentemente de regulações legislativas ou mecanismos hermenêuticos requeridos pela teoria da eficácia mediata.

Nesse sentido, a teoria dos efeitos direitos pode sustentar que, pelo fato da constituição albergar norma que prevê a liberdade de reunião, um particular não poderia criar óbice à reunião de qualquer outro, bem como que em razão da existência de um direito ao devido processo legal, uma associação privada não poderia excluir de seus quadros um membro, sem lhe garantir a participação no procedimento.

---

<sup>328</sup> BAGE 1,185 (193), citado em STEINMETZ, Wilson: **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 166.

Segundo Nipperdey, os direitos fundamentais teriam “efeitos absolutos”, e precisamente por esta razão careceriam de intermediação legislativa para surtir efeitos nas relações privadas, bem como também dispensariam as “artimanhas interpretativas” requeridas pela teoria da eficácia mediata.

Quando Nipperdey faz referência aos “efeitos absolutos” dos direitos fundamentais, *não quer o autor referir, com isso, que os direitos fundamentais seriam direitos absolutos, que dispensariam qualquer possibilidade de restrição* ou que teriam conteúdo invariável no tempo e no espaço, por exemplo.

Dentro da construção de Nipperdey e os direitos fundamentais não apresentam nenhuma conotação jusnaturalista, e, principalmente, podem e devem ser restringidos, uma vez que estas normas de direito fundamentais teriam aplicação direta nas relações privadas, restringindo, por exemplo, a liberdade particular.

Conforme referido, as duas grandes objeções da teoria dos efeitos diretos à teoria dos efeitos indiretos, são quanto à desnecessidade de intermediação legislativa e também quanto à recusa da necessidade das cláusulas gerais do direito privado, que Nipperdey aproxima de verdadeiras *artimanhas interpretativas*.

Nesse sentido, segundo Nipperdey,

Para a validade dos direitos fundamentais como normas objetivas aplicáveis ao direito privado não é necessária nenhuma ‘mediação’, nenhum ‘ponto de rompimento’, que seriam na opinião de Dürig, as cláusulas gerais (...). O efeito jurídico é na verdade direto e normativo e modifica as normas de direito privado existentes (...)<sup>329</sup>

É possível verificar a existência de versões “fracas”, “intermediárias” e “fortes” desta teoria, segundo se trate da proposta de uma eficácia mais geral, plena e indiferenciada quanto às diversas situações concretas, ou se esteja propondo uma relativização destes critérios segundo as condições de um caso real.

Um exemplo da proposta de versão forte, como já referido, seria aquela de Nipperdey, que propôs uma aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Já uma proposta tida como exemplo da teoria “fraca” é precisamente aquela de Ubbilos, para quem os direitos fundamentais deveriam incidir nas relações

<sup>329</sup> NIPPERDEY, Hans C. **Boycott und freie Meinungsäuberung**. *Deutsches Verwaltungsblatt* 73 (1958), Pág. 447, apud SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização...* op.cit. Pág. 90.

privadas, sobretudo quando presentes *desigualdades fáticas de índole econômica e/ou social*<sup>330</sup>.

Por fim, uma teoria “intermediária” sustenta que sendo o problema da aplicação dos direitos fundamentais um problema de colisão de direitos fundamentais, a solução deveria ser aplicação de uma regra de proporcionalidade e, especialmente, do *teste* da proporcionalidade, isto é, da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>331</sup>

Outrossim, a teoria dos efeitos diretos sofre críticas em duas principais vertentes: a ideia do “desrespeito” à autonomia do direito privado, e à suposta ausência de clareza conceitual nos elementos propostos pela construção.

Quanto à primeira crítica, é preciso aqui evidenciar, que a mesma é fruto de interpretações equivocadas sobre a relação dos direitos fundamentais e dos efeitos que os mesmos tem no ordenamento jurídico, pelo que nos reservamos a tecer maiores considerações sobre tal crítica mais adiante.<sup>332</sup>

Quanto à acusação de ausência de clareza conceitual, a teoria do direito civil passou a sustentar, contra os efeitos imediatos dos direitos fundamentais nas relações privadas, que aquela classe de normas trariam ao direito privado conceitos essencialmente abertos e indeterminados, comprometendo, desta forma, a segurança jurídica e a precisão vocabular que seriam características do direito civil, por exemplo.

Ademais, também podemos verificar desta concepção crítica o fato de que, com a aplicação direta dos direitos fundamentais sob o direito privado, o próprio juiz civil teria problemas e dificuldades para determinar o âmbito de aplicação e

<sup>330</sup> Conf. UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales...** Op.Cit, pág. 361 e ss.

<sup>331</sup> Sobre esta hipótese, conf.: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direitos privados: algumas considerações entorno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000. Pág.107-163. Outrossim, deve-se salientar que a teoria que propõe efeitos imediatos dos direitos fundamentais nas relações privadas é alvo de fortes críticas, como as tecidas por Alvaro Aguila-Real (AGUILA-REAL, Jesús Alvaro. **Autonomia privada y derechos fundamentales.** apud: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação...** Op.cit. Pág. 172): “A *drittwirkung* imediata é um instrumento demasiado simples para resolver problemas práticos tão variados e complexos como os relativos à vigência social dos direitos fundamentais. (...) o que se discute é quais são e de que modo hão de lograr-se esses efeitos, e a simples afirmação de que alguns direitos fundamentais têm *Drittwirkung* (imediata) não proporciona critério algum para sua delimitação”

<sup>332</sup> Item 6.4.4

abrangência dos direitos fundamentais em cada caso concreto, dada a ausência de experiência deste em questões envolvendo as normas de direitos fundamentais.

### 7.3.3 As teorias de imputação e equiparação ao Estado

Como referido linhas acima, a teoria da eficácia mediata e a da eficácia imediata tem mais ampla aceitação teórica e jurisprudencial nos países onde pode-se observar certa cautela com o tema dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais.

Contudo, como também fora acima citado, existem construções teóricas que simplesmente negam, *prima facie*, a possibilidade mesma dos direitos fundamentais incidirem nas relações travadas entre os particulares.

Duas destas construções merecem ser aqui referidas: a *State Action doctrine* e a teoria da imputação, de Jürgen Schwabe.

Ambas as teorias tem em comum o fato de negarem apenas *prima facie* os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, contudo, através de alguns “*subterfúgios*” teóricos, ambas acabam por possibilitar que o próprio Estado torne-se o responsável pelas eventuais violações de direitos fundamentais com relações particulares.

#### 7.3.3.1 A *State Action Doctrine*

A teoria da *State Action Doctrine* é concebida e desenvolvida no bojo do constitucionalismo norte-americano<sup>333</sup>, especialmente a partir dos famosos *Civil rights Cases*<sup>334</sup>.

Como sabido, aquela antológica Constituição prescreve, como forma de garantia dos direitos fundamentais, tão somente proibições de intervenções estatais, de tal sorte que nos casos *Virginia v. Rives* (1879) e *U.S. v. Cruikshank* (1875) - que

<sup>333</sup> Para um abrangente resumo da teoria e sua evolução, conf.: PERETTI, Terri: ***Constructing the state action doctrine: 1940-2000***. The 2007 Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago, Illinois, August 30-September 2, 2007; conf., ainda: HUHN, Wilson R. *State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice*, 34 Hofstra Law Review 1379, 2006; FEE, John. *The Formal State Action Doctrine and Free Speech Analysis*. The North Carolina Law Review, Vol. 83, No. 3, pp. 569-620, 2005.

<sup>334</sup> Dentre os quais podemos citar, como julgamentos pioneiros, ainda no ano de 1883: *United States v. Stanley*; *United States v. Ryan*; *United States v. Nichols*; *United States v. Singleton*; *Robinson and wife v. Memphis & Charleston R. CO*. Para uma análise destes e de outros dos Civil Rights cases, conf. PERETTI, Terri: *Constructing the state action doctrine*. Op. Cit. Pág. 2 e ss.

são hoje considerados como antecessores imediatos dos *civil rights cases* supra situados - a Suprema Corte chegou a firmar a convicção expressa de que “*the Fourteenth Amendment, by Section 1’s specific language, only proscribes state action and not private action.*”<sup>335</sup>

Assim, “a constituição norte americana é um limite à ação pública, à livre atividade dos poderes públicos em suas relações com os cidadãos, não atribui a um cidadão particular direitos frente outros particulares”, como resume Ubillos.<sup>336</sup>

Isto acarretaria, em consequência, que a justiciabilidade dos direitos fundamentais estaria vedada face a violações advindas de particulares, pois os mesmos veiculariam tão somente os poderes públicos.

Neste passo, como leciona Sarmento,

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a idéia de que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõe limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.<sup>337</sup>

Contudo, esta postura inicialmente rígida - que tinha como base, além da claríssima origem liberal do constitucionalismo americano, a competência da jurisdição constitucional dentro da estrutura federalista daquele país - gradativamente, principalmente a partir da década de 1940, passou a ser relativizada pela própria Suprema Corte.

Podemos argumentar, com Virgílio Afonso da Silva, que ao invés de negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* prioriza definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais.<sup>338</sup>

É que a Suprema Corte, em julgados subsequentes, acabou por adotar, por exemplo, a chamada *public function theory*, segundo a qual “quando os particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, então estarão também sujeitos às limitações constitucionais”<sup>339</sup>.

<sup>335</sup> PERETTI, Terri. Op. Cit. Idem.

<sup>336</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado**, *apud*: STEINMETZ, Wilson. A vinculação...Op.Cit. Pág. 178.

<sup>337</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op.Cit. Pág. 189.

<sup>338</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização...**Op.Cit. Pág. 99.

<sup>339</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Op.Cit. Pág. 190.

Justamente por isso é que assevera Virgílio Afonso da Silva:

Ainda que, com a doutrina da *state action*, se queira, aparentemente, negar a vinculação de entidades não estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato, já que o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por mais artificial que seja, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas.<sup>340</sup>

Desta feita, a estratégia judicial é simples: amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia de direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda contra outro particular alegando violação de direito fundamental individual e, ao mesmo tempo, preserva-se a tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculam somente os poderes públicos.<sup>341</sup>

### 7.3.3.2 A teoria da imputação de Schwabe

A teoria de Jürgen Schwabe busca ser uma proposta alternativa às teorias da *State Action* e também à teoria dos efeitos diretos e indiretos, acima explicitadas.

Segundo esta tese, as controvérsias inerentes à teoria dos direitos fundamentais nas relações privadas seriam melhor ponderadas e resolvidas mediante o recurso à compreensão dos direitos fundamentais como institutos de defesa perante o Estado, teoria esta que seria não somente a mais simples, como precisamente a mais correta.<sup>342</sup>

Para Schwabe, toda lesão a direito fundamental, em última análise, deveria ser imputada ao Estado, porque ou a violação seria decorrente de uma permissão ou de uma não proibição estatal.

De modo mais claro: contrariamente ao que propõe a teoria da *State Action*, para Schwabe uma ação de um particular que seja violadora de direito fundamental não deve ser simplesmente equiparada a um ato estatal, mas é *imputada*, quanto

<sup>340</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização...** Op.Cit. Pág. 100.

<sup>341</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação...** Pág. 179.

<sup>342</sup> A bibliografia das obras de Schwabe é composta basicamente pelos seguintes trabalhos: *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte* (1971) e *Probleme der Grundrechtesdogmatik* (1977). A breve exposição a aqui exposta está ancorada nos trabalhos de STEINMETZ, Wilson. **A vinculação...** Op.Cit. pág. 175 e ss; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização...** Op.Cit. Pág. 104; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op.Cit. Pág. 530 e ss, às quais remetemos o leitor para aprofundamento e crítica deste tópico.



aos seus efeitos, *diretamente* ao Estado, já que é este o responsável por evitar ou corrigir a lesão a direito fundamental.

Nesse sentido, se um particular, exercitando um direito fundamental, acaba por violar um direito fundamental de outro particular e esta violação não estava normatizada no direito infraconstitucional, a ação violadora deveria ser compreendida como autorizada pelo Estado, e via de consequência, o particular ofendido deveria atuar contra o Estado, visto que este é quem, efetivamente, teria o dever de não violar direitos fundamentais e de não permitir que os mesmos sejam violados.

Ambas as construções de equiparação e imputação ao Estado estão sujeitas a críticas semelhantes, sendo que a maior delas, sem dúvidas, é *quanto à artificialidade da imputação ou da atribuição de condutas particulares ao Estado*.

De forma mais precisa, podemos observar que na teoria da *state action*, a equiparação da conduta do particular é feita, substancialmente, através de critérios teleológicos, não sendo explicitados os critérios que possibilitariam a equiparação: quando o Tribunal, deliberadamente, pensa que é necessário equiparar, a equiparação ocorre.

De outro lado, a teoria de Schwabe, especificamente, peca também por pressupor que sempre que o Estado deixa de normatizar infraconstitucionalmente uma conduta particular, caso esta conduta seja agrida um direito fundamental de outro particular, a mesma deve ser imputada ao Estado.

#### **7.3.4 A Teoria Integradora proposta por Robert Alexy**

Demostradas em linhas gerais as construções tradicionais sobre o modo de incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares, cumpre aqui destacar novamente que, para nossa percepção teórica, não devemos adotar qualquer uma destas teorias isoladamente, mas sim, buscar um modelo integrador, uma espécie de síntese entre os modelos anteriores.

Este modo integrador foi construído e defendido por Robert Alexy<sup>343</sup>.

Alexy começa sua exposição fazendo percurso contrário ao que é feito pelos demais doutrinadores, pois ao invés de apontar as discordâncias e contrapontos entre os modelos teóricos, ele elenca os pontos de convergência entre os diversos

<sup>343</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op.Cit. Pág. 533 e ss.

modelos, pontos de encontro estes que justificariam, no limite, uma toeira integradora.

Nesse sentido, fazendo referência às teorias sobre o efeito horizontal dos direitos fundamentais, leciona Alexy que

Nenhuma das três teorias transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para a relação cidadão/cidadão por meio de uma simples troca de destinatários. Todas elas aceitam uma modulação da força de seus efeitos. Para todas elas a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento. (...) Para as três teorias o sopesamento pode levar a regras relativamente genéricas, de acordo com as quais, em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida. Assim, por exemplo, nenhuma das construções exclui a possibilidade de que a liberdade de testamento esteja desvinculada do princípio da igualdade. Se se analisam as coisas pelo seu resultado, o decisivo não é a construção, mas a valoração que a preenche.<sup>344</sup>

A partir deste ponto, percebemos que a proposta de Alexy está estruturada em três níveis: o do dever estatal; o dos direitos face ao Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados, sendo que entre esses níveis não há uma relação de grau, mas de mútua implicação.<sup>345</sup>

A teoria dos efeitos indiretos situar-se-ia no plano do dever estatal, pois, conforme pontuamos ao norte, esta teoria considera, dentre outros aspectos, a existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, isto é, seriam eles representativos de uma ordem objetiva de valores, que influenciaria todos os ramos do direito, tanto no plano legislativo como judiciário.

Os efeitos e modo de incidência desta ordem objetiva de valores em relação ao poder judiciário, podem ser compreendidos na decisão do citado caso Lüth, onde ficou assentado que

Em virtude de mandamento constitucional, o juiz deve controlar se as prescrições materiais de direito civil a serem por ele aplicadas são influenciadas pelos direitos fundamentais na forma descrita; se assim o for, ele, na interpretação e na aplicação dessas prescrições, tem que levar em consideração as modificações do direito privado que daí decorrem.<sup>346</sup>

<sup>344</sup> Idem. Pág.532.

<sup>345</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. Pág.533.

<sup>346</sup> BVerfGE 7, 198 (206), citado em ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op.Cit. Pág. 533/534.

O segundo nível da teoria de Alexy é relativo aos direitos *em face do Estado*, sendo que os direitos discutidos também seriam relevantes com relação ao seu efeito perante terceiros.

Esta é uma proposta que se aplica tão somente em relação à *tutela judicial* dos direitos fundamentais.

Inicialmente, segundo diz Alexy, o juiz, ao decidir um caso concreto, no momento em que estiver interpretando e aplicando normas de direito privado, necessariamente há de *tomar em consideração a ordem de valores de direitos fundamentais, de sorte acaba havendo uma conexão entre a aplicação de normas infraconstitucionais e a influência da ordem de direitos fundamentais na decisão judiciária, a tal ponto que quando o juiz ou tribunal desconsidera esta necessidade hermenêutica, ele próprio viola um direito fundamental.*

Esta é inclusive, a postura claramente assumida pelo Tribunal Constitucional Federal no caso Lüth, onde lê-se que

Se ele [o juiz civil] não respeitar esses critérios, e se a sua decisão se basear na desconsideração dessa influência constitucional nas normas de direito civil, então ele viola não apenas o direito constitucional objetivo, na medida em que ignora o conteúdo da norma de direito fundamental (como norma objetiva); como titular de um poder estatal, ele viola também, por meio de sua decisão, o direito fundamental, a cujo respeito, inclusive por parte do Poder Judiciário, o cidadão tem um direito de natureza constitucional.<sup>347</sup>

A questão, contudo, não fica resolvida num plano tão simples assim.

Ocorre que um direito, e um direito fundamental em especial, só pode ser violado por aquele frente a quem ele existe, isto é, por quem deve promovê-lo e observá-lo, e se os juízes e tribunais podem violar direitos fundamentais através de suas decisões, seria correta a assertiva, de que estes são direitos face ao Estado, portanto.

Assim seriam plausíveis as propostas de Schwabe, no momento em que este consideraria estes direitos como direitos de *status* negativo, isto é, o Estado deveria abster-se de violar tais direitos fundamentais através da sua desconsideração num caso concreto envolvendo direito civil, por exemplo.

Ocorre ainda, para Alexy, que esta não seria a solução mais satisfatória.

---

<sup>347</sup> BVerfGE 7, 198 (206-207), citado em ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op.Cit. Pág. 535.

Isto porque, muito embora a decisão do caso Lüth acima explicitada demonstre estar correta a compreensão de que aqui se trataria de um direito de defesa, este raciocínio não seria aplicável nos casos em que um titular de direito fundamental não estivesse se voltando contra um dever ou uma proibição estatal, mas sim quanto a uma permissão dirigida a outro titular de direitos fundamentais, como ocorrera no igualmente caso Blinkfüer.

Ora, como demonstra Alexy,

A rejeição da ação de indenização pelo Superior Tribunal Federal, significa que ele considerava o apelo ao boicote como juridicamente permitido. (...) Por meio da rejeição da ação, o Superior Tribunal Federal não interveio no direito fundamental à liberdade de imprensa. O que ele fez foi algo muito diferente: ele não garantiu ao editor da revista Blinkfüer uma proteção estatal contra uma violação privada que o afetava. Portanto, a violação do direito fundamental do art. 5<sup>a</sup>, §1<sup>o</sup>, da Constituição, constatada pelo Tribunal Constitucional Federal na parte dispositiva de sua decisão, não pode ser uma violação de um direito de status negativo. Ela é uma violação de um direito, face ao Estado, à proteção contra lesões causadas por particulares<sup>348</sup>.

Com isso, fica claro que a construção baseada nos direitos de defesa, proposta por Schwabe, há de ser complementada, dentro da segunda dimensão de tutela na teoria de Alexy, por uma construção baseada nos direitos a prestações.

Segundo o professor de Kiel, uma construção adequada

(...) pode ser obtida se se aceita um direito do cidadão, em face da jurisdição civil, a que esta leve em consideração, na medida do exigível, o princípio de direito fundamental favorável à disposição alegada pelo cidadão. Se esse direito é violado, então também é violado o direito fundamental ao qual o princípio constitucional relevante pertence. Essa construção é uma construção explicitamente referida à jurisdição.<sup>349</sup>

Esta construção tem duas vantagens claras: a primeira é que, com relação às construções anteriormente referidas, o direito fundamental alegado seria mais claramente relacionado aos problemas relevantes de seus efeitos perante terceiros, e isso por duas razões: por um lado, o juízo ou tribunal deveria levar em consideração do direito fundamental presente na posição alegada pelas partes, mas, por outro, ele também estaria veiculado à aplicação das normas de direito privado, a não ser que, face um caso concreto, não seja possível, de nenhuma forma, realizar uma interpretação conforme com a Constituição.

---

<sup>348</sup> Idem. Pág. 536.

<sup>349</sup> Idem. Pág. 537.

## A segunda vantagem apontada por Alexy,

(...) consiste no fato de que a construção referida à jurisdição não põe a perder as construções baseadas nos direitos de defesa e nos direitos à proteção; pelo contrário, ela as sustenta. Sempre que um tribunal civil viola o direito do cidadão em face da jurisdição, ou seja, quando ele não leva em consideração, na medida do exigível, um princípio de direito fundamental favorável à posição alegada pelo cidadão, ele também viola, dependendo das circunstâncias do caso – um direito de defesa ou um direito a proteção.<sup>350</sup>

Por fim, é bom que se esclareça que este segundo nível da teoria de Alexy, não pode ser acusado de subjetivização indevida dos deveres do Poder Judiciário, isto é, de uma violação dos preceitos democráticos que postulam a veiculação do juiz à lei legitimamente exarada, pois a única coisa que é exigida, na proposta de Alexy, é que em existindo a alegação de violação a um direito fundamental subjacente num caso concreto envolvendo particulares, por exemplo, este direito deve ser considerado na maior medida possível.

O último nível da chamada teoria integradora é relativo aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, ou melhor, da chamada eficácia imediata, propriamente.

A única forma coerente de compreender o que são os chamados efeitos diretos ou imediatos, para Alexy, passaria pela concepção de que os mesmos podem decorrer também da teoria da eficácia indireta ou mediata, isto porque, como revela o jurista germânico,

Por razões ligadas a direitos fundamentais, há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências na relação cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem estas razões. Se se define o conceito de efeitos diretos desta forma, então os efeitos diretos decorrem tanto da teoria dos efeitos indiretos quanto da teoria dos efeitos mediados pelo Estado.<sup>351</sup>

Exemplificando: no acima pontuado caso Blinkfüer, o Superior Tribunal Federal houve por bem em entender que não haveria o direito a que a editora Springer se abstivesse de realizar o boicote, isto é, o Tribunal entendeu que o apelo ao boicote era juridicamente legítimo. Nesse passo o Tribunal Constitucional Federal

<sup>350</sup> Idem. Pág. 538.

<sup>351</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. Cit. Pág. 539.

compreendeu que a ordem de valores que informa o sistema constitucional alemão, de fato, exigiria uma decisão diferenciada: aquela que proibisse o boicote.

Alexy argumenta, nesse sentido, que ao cabo, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações particulares surtem como diretos, imediatos, eis que

(...) os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência. Isso é um efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros.<sup>352</sup>

Também é possível chegar à conclusão, nesta senda argumentativa, de que a teoria dos efeitos perante particulares, através da mediação pelo Estado, acima apontada, oferece igualmente um efeito prático direito, pois no momento em que um Tribunal não considera na máxima medida exigível, um direito fundamental que subjaz à posição jurídica de um litigante, ele mesmo está, como visto, violando este direito fundamental.

Ora, esta equivalência de resultados só é factível dentro de uma teoria integradora dos diversos modelos, pois nesta proposta não há, é bem ver, hierarquia ou prevalência de um nível entre os outros, a escolha por um dos caminhos há que ser realizada face ao caso concreto.

Por fim, como finca expressamente Alexy, “contra essa forma de efeitos diretos há apenas um argumento sustentável: a rejeição a qualquer forma de efeitos perante terceiros.”<sup>353</sup>

Neste ponto, podemos demonstrar a relevância do modelo em três níveis de Alexy para a construção da responsabilidade civil objetiva como um direito e dever fundamental, proposta neste trabalho.

É que, segundo o jurista alemão, estamos tocando em searas diferentes quando falamos, de um lado, na ofensa de um direito civil que deve ser garantido constitucionalmente, e, de outro, na ofensa de um direito civil abrangido por um direito fundamental, propriamente.<sup>354</sup>

De modo mais claro e em conclusão: falar em efeitos diretos de direitos fundamentais nas relações particulares não significa o mesmo que falar na

---

<sup>352</sup> Idem. IBID.

<sup>353</sup> Idem. Pág. 540.

<sup>354</sup> Idem. Pág. 542.

inexistência ou na desnecessidade de normas de direito privado, contrariamente do que resta sustentado por boa parte das interpretações teóricas.

Por isso, se propomos nos capítulos anteriores uma construção de um direito e dever fundamental à responsabilidade objetiva, isso não significa que esteja sendo desconsiderada a existência e mesmo a utilidade/necessidade da cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, pois, como demonstra Alexy, na esteira do que já fora pontuado linhas acima,

Princípios de direitos fundamentais, em razão de sua influência no sistema de normas do direito civil, requerem ou excluem a existência de determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências, na relação cidadão–cidadão, os quais, sem a vigência destes princípios, ou seja, apenas com base em sistema de direito civil não influenciado pelos direitos fundamentais, não seriam considerados como necessários ou impossíveis do ponto de vista do direito constitucional. Nesse sentido, há um efeito direto perante terceiros.<sup>355</sup>

Dai temos uma indagação decorrente: alguém que viole o direito de uma pessoa, viola também um direito fundamental desta mesma pessoa, com todas as consequências decorrentes de tal violação? Ou, de forma mais detida em nosso problema teórico: a violação do *direito* de alguém à indenização civil por critérios objetivos, acarreta também o desrespeito ao *direito fundamental* desta pessoa à indenização civil, através de critérios objetivos? E ainda, a violação do dever de responsabilizar?

Caso aceitemos o modelo em três níveis de Alexy, ambas as possibilidades de justificação estariam disponíveis, mas, para que possamos efetivamente alcançar a ideia de que um direito e dever fundamental à responsabilização objetiva é existente, devemos também aceitar a construção proposta no capítulo anterior, o que nos levaria à conclusão conexa de que *a violação de uma norma de responsabilidade civil objetiva, em qualquer das dimensões propostas por Alexy, acarretaria também a violação – pelo particular ou pelo Estado, notadamente pelos Tribunais – de um dever jurídico fundamental.*

Por essa razão, sem que a responsabilidade civil possa ser considerada como uma norma de direito e dever fundamental atribuída ao texto da Constituição brasileira, pensamos, efetivamente, que em muito a força teórica da construção aqui

<sup>355</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op.Cit. pág. 542.

proposta será enfraquecida, principalmente porque não poderemos enquadrar a responsabilidade objetiva como um princípio de direito fundamental, isto é, como um mandamento de otimização, e desta construção extrair todas as vantagens oferecidas pela teoria dos princípios, mormente sobre os critérios de resolução de conflitos normativos.



## 8 CONCLUSÃO

A responsabilidade é um elemento central do conceito de direito, e, mais além, da própria ideia de justiça.

Toda a tradição jurídica ocidental nos demonstra, neste sentido, que a complexificação do direito enquanto instituição social é acompanhada, e pressupõe, a concomitante complexificação da ideia da responsabilidade.

Ao longo do trabalho buscamos demonstrar a relevância do conceito no debate sobre o ajuste das instituições jurídicas, políticas, e mesmo morais, ao mundo contemporâneo.

A responsabilidade, etimologicamente inclusive, remonta ao simples ato de “responder”, de “dar” uma resposta, e, nesse sentido, pressupõe um comportamento positivo diante de uma situação que demanda uma contraprestação.

Assim, no primeiro capítulo do texto pudemos verificar, partindo de uma construção interna à teoria do direito civil, a existência de duas grandes modalidades jurídicas de responsabilização: aquela que demanda a “culpa” (em sentido lato) subjetiva do agente, e aquela outra que dispensa a análise do foro interior para impor a obrigação de reparar o dano.

Nesse sentido, a análise inicial foi centrada na construção desta última modalidade de responsabilidade, a responsabilidade objetiva, e na maior ou menor capacidade que a teoria do direito, isoladamente considerada, tem para explicar o fenômeno de uma responsabilização que independe de culpa.

Conforme restou claro, a teoria do direito - especialmente a teoria do direito civil - tem patentes dificuldades em justificar o advento da responsabilidade objetiva, ou, pelo menos, os pressupostos que classicamente são oferecidos, que remontam ao século XIX, já não podem encontrar porto seguro no início do século XXI.

Isto porque, nos primórdios da problemática da responsabilidade objetiva, esta instituição era apresentada como uma espécie de proteção oferecida àqueles que estivessem sujeitos aos efeitos danosos do modo de vida e de produção advindo da “modernidade” dos séculos XIX e XX, isto é, dos riscos advindos da industrialização.

A doutrina jus-civilista, então, fundamentou a ideia da “responsabilidade pelo risco” a partir de diversas teorias que supostamente a explicariam de modo

ontológico, a partir dos conceitos de “risco integral”; “risco proveito”; “risco profissional”; “risco criado”.

No limite, verificamos que boa parte da doutrina civilista sequer se questiona por um sentido mais preciso do que seria este risco que fundamenta a responsabilidade objetiva, e nem mesmo pontua a existência de uma distinção conceitual mais precisa entre as ideias de risco e de perigo, distinção esta que, no trabalho em mesa, mostrou-se relevante e indispensável.

Nessa senda, nosso primeiro objetivo foi o de alcançar explicações teóricas mais pontuais sobre a ideia em si mesma do risco como elemento caracterizador de um tempo histórico, bem assim sobre como o risco poderia influenciar na construção de uma teoria autônoma sobre a responsabilidade civil.

Para tanto, retomamos ao próprio conceito de “responsabilidade pelo risco”, para verificar que *o risco, enquanto elemento de descrição sociológica, está amplamente ligado a uma determinada forma de descrever a estrutura temporal das sociedades modernas, qual seja, a sua aceitação e mesmo pela dependência do futuro, da contingência.*

O próprio conceito de risco, destarte, foi pensado como uma forma de problematizar o tempo, ou melhor, de *tracejar vínculos com o futuro.*

Assim, uma primeira premissa relevante do presente trabalho, foi a de que a “modernidade” enquanto tempo histórico - onde pela primeira vez o conceito de risco começa a ser sistematicamente utilizado – não coincide com o período da industrialização, onde os civilistas classicamente buscaram fundamentar o modo de vida que demandaria critérios de responsabilidade objetiva.

Tal distinção nos remeteu, conforme referido, à busca das verdadeiras características do tempo histórico denominado de modernidade, e, em suma, verificamos que em diversos aspectos a modernidade pode e deve ser descrita como um tempo de mudanças, um tempo aberto ao futuro, e que fora na modernidade onde verdadeiramente o conceito de risco aparece de forma mais precisa.

Esta característica demarca uma distinção precisa entre a sociedade moderna - que passará a ser organizada com base em critérios de diferenciação funcional – e as sociedades baseadas em diferenciações segmentárias, por exemplo, onde a prática de decisões políticas e jurídicas era sempre legitimada com base em uma perspectiva temporal pretérita.

O conceito de risco, portanto, bem compreendido, nos levou à conclusão de que a abertura para o futuro torna o problema da vinculação com o futuro um problema político, que demanda a utilização de uma racionalidade prática que supera, em muito, a inteligência das teorias sobre o risco oferecidas pela doutrina clássica.

Assim, na sociedade moderna, a radicalização da contingência, e, via de consequência, a complexificação radical das relações travadas entre os diversos subsistemas sociais também oferece dificuldades para o relacionamento travado entre os sistemas psíquicos (indivíduos).

Em palavras mais precisas, verificamos que, *a radicalização da contingência radicaliza também os riscos advindos da modernidade, e, assim, os indivíduos tendem a segregar-se de experiências comuns que são absolutamente indispensáveis para a eficácia ideia da responsabilidade objetiva* como máxima instrumental para a consecução de uma sociedade bem organizada.

Isto posto, paradoxalmente, *quanto maior é a complexidade social, maior é a aceitação da contingência, e maiores se tornam os riscos*, tornando-se mais difícil, também, para a realização daqueles vínculos com o futuro que, propriamente, *conceituam o risco*.

Nesta esteira, verificamos como na construção de Ulrich Beck, dois seriam os postulados basais radicalização da modernidade, em seu conceito de modernidade reflexiva: a lógica da distribuição dos riscos, e o teorema da individuação, postulados estes que fragmentariam a lógica de funcionamento da sociedade industrial, demandando, justamente por isso, um novo tipo de relacionamento entre o risco e o tempo histórico contemporâneo.

No terceiro capítulo do texto, após oferecido o panorama da radicalização da modernidade, oferecemos a conclusão de que a responsabilidade objetiva não deveria ficar restrita aos casos tipificados pelo legislador infraconstitucional, eis que tal preceito jurídico deveria sustentar uma posição muito mais ampla, enquanto verdadeiro elemento organização social.

Em conformidade com a análise sociológica de Castel e de Baumann, concluímos que na “modernidade de nossos dias”, verificamos um claro abandono de sentimentos como a solidariedade, o que acaba gerando cada vez mais *insegurança* e *medo* nas relações sociais, conceitos estes que passam a concorrer com o de risco, na formação dos fundamentos de uma responsabilidade objetiva.

Este cenário de crise, entre os indivíduos, decorrente da ausência de vínculos efetivos de solidariedade, e mesmo de incentivos das instituições sociais à prática de tal virtude, Anthony Giddens atribui a uma hipótese que nomeará *segregação da experiência*.

Conforme já referido ao longo do trabalho, a segregação da experiência é um resultado, muitas vezes deliberado, *de uma sociedade que passa a crer que os domínios morais e estéticos, essenciais ao aperfeiçoamento do homem enquanto tal, devem ser precedidos pelo conhecimento técnico, científico*.

Em um ambiente de risco potencializado, onde ocorre segregação da experiência humana de grande parte dos valores morais relevantes à construção da identidade, a própria percepção do indivíduo sobre si mesmo mostra uma identidade partida em pedaços, frágil, e, por isso, que compromete a constituição de um sujeito apto a ser responsável.

Uma das apostas do trabalho em mesa, é a de que esta situação poderia ser maiormente compreendida através do conceito de *confiança*, tal qual proposto pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

A ausência de confiança, diante de um ambiente de complexidade, e por isso contingência, gera a fragilidade das relações travadas entre pessoas e entre sistemas funcionais.

A confiança, tal como o conceito de risco, é uma forma de criar vínculos com o futuro, é uma maneira de, controlada e deliberadamente, nulificar as contingências que representam o futuro.

A confiança possibilita um comportamento pautado em uma certeza, mesmo que artificial, quanto ao futuro.

Neste ponto, pudemos verificar como diante de um panorama inicial aparentemente restrito, o de buscar compreender um alcance mais preciso do conceito de risco, tal como previsto no parágrafo único do artigo 927 do código civil brasileiro, nos levou a distinções relevantes, que demonstraram ser o risco apenas uma das diversas exteriorizações de um tempo histórico que oferece inegáveis dificuldades para a integração das relações sociais e, justamente por isso, demanda uma forma de vinculação com futuro.

E se a radicalização do projeto da modernidade acarretara numa desintegração do sujeito e das relações de solidariedade, foi necessário que buscássemos oferecer subsídios teóricos para uma nova compreensão do conceito

de *sujeito de direito*, este colocado como verdadeira condição de possibilidade para a configuração da responsabilidade jurídica objetiva como elemento conformador da virtude da justiça.

Nesse sentido, apresentamos alguns aspectos da filosofia de Paul Ricoeur reputados com basais para a reconstrução e fundamentação da responsabilidade, não apenas na sua dimensão jurídica, mas também no aspecto moral, inobstante nosso fundamento central fosse a identificação do embasamento teórico inerente responsabilidade jurídica objetiva.

Com efeito, toda a obra de Ricoeur parece buscar responder a um questionamento lançado ainda em seus primeiros trabalhos de juventude quanto à construção da identidade do sujeito e os limites da vontade e da responsabilidade do mesmo diante do um mundo guiado, em inúmeros fatores, por elementos involuntários.

Esta questão - a da busca pelos limites da responsabilização humana diante de um mundo que não pode ser nem totalmente objetivo nem totalmente subjetivo - obrigou Ricoeur colocar sua construção em uma situação intermediária entre o *cogito* de Descartes e o *cogito* de Nietzsche, isto é, a formular um sujeito modesto, situado historicamente e que apenas pode identificar-se enquanto sujeito a partir desta sua condição histórica.

É com a formação deste sujeito, que não é nem aquele exaltado, de Descartes, nem aquele outro humilhado, de Nietzsche, que Ricoeur proporá a construção do *sujeito capaz*, pressuposto para a concretização do sujeito de direito.

O sujeito capaz, podemos observar, se constitui narrando suas histórias de vida, isto é, *compartilhando uma certa perspectiva temporal de sua vivência e, ao mesmo tempo salvaguardando certos aspectos de sua identidade da recorrente e incessante complexidade e contingência que caracteriza as sociedades funcionalmente diferenciadas*, naquilo que Ricoeur chamou de *identidade ipse*.

Com o conceito de *identidade narrativa*, Ricoeur reaproxima a constituição da identidade do sujeito de direito da necessária experiência compartilhada com o outro.

A alteridade, nesse sentido, é um elemento relevante da reconstrução do conceito de responsabilidade, que, em Ricoeur, como já pontuado, auxilia na problematização do próprio conceito de sujeito de direito, de sujeito capaz, e, por isso, sujeito responsável.

Com efeito, parece que o cerne da reconstrução do conceito de responsabilidade, na obra de Ricoeur, está na responsabilidade objetiva, e consiste em uma dupla reviravolta: *primeiramente*, uma mudança do próprio objeto da responsabilidade, que, na teoria de Ricoeur, passa a ser o outro, especialmente o outro colocado em condições de fragilidade. *Segundamente*, passamos a falar em uma ampliação, no tempo e no espaço, do alcance da responsabilidade.

Com essa dupla mudança de perspectiva, nos restou questionar e responder sobre os limites da própria responsabilidade objetiva, e, na teoria adotada, a resposta passa necessariamente por um critério prudencial: *não é possível que a responsabilidade objetiva seja ela própria projetada em um mundo totalmente objetivo, que não dá espaço ou que não se importa com o comput, isto é, com o juízo de imputação.*

Outrossim, se a imputação é um elemento necessário, na teoria de Ricoeur não estamos falando em uma *imputação pela culpa subjetiva*, tal qual preconizada pelo doutrina jus-civilista, mas sim em *um juízo de imputação política*, que parte da valoração das ações e escolhas a partir da antiga prudência grega, categorizada pela virtude da *phronésis*.

Contudo, se a percepção da responsabilização objetiva através de uma dimensão prospectiva e prudencial é relevante, ela não dispensa, na própria obra de Ricoeur, uma *feição institucional*, eis que diante de um Estado de direito, o outro, objeto da responsabilidade, precisa ser um outro sem face, um *terceiro não identificado*.

Nesse sentido, buscamos oferecer a construção da *responsabilidade civil objetiva como um dever jurídico fundamental implícito no bojo da Constituição brasileira* vigente, para demarcar de forma mais precisa a potencialidade da responsabilização sem culpa como um elemento de agregação e de solidariedade dentro de uma sociedade bem organizada.

Com efeito, verificamos que todos os elementos exigidos pela dogmática constitucional, nacional e estrangeira, para a caracterização de um *direito fundamental atribuído, implícito*, são preenchidos pela ideia de uma cláusula geral de responsabilização objetiva, fazendo dela decorrer um correlato dever fundamental de indenizar.

Por fim, a construção ora oferecida pressupôs também que este direito/dever fundamental da responsabilidade objetiva, pelos seus próprios pressupostos, deveria

fazer surtir efeitos não apenas nas relações travadas entre o Estado e os particulares, mas especialmente no relacionamento entre privados.

Não parece dificultoso observar, portanto, que os *efeitos horizontais* do direito/dever fundamental da responsabilidade civil objetiva, buscam oferecer uma resposta jurídico-institucional para *segregação da experiência* referida ao longo deste trabalho.

Ora, a segregação da experiência é também a segregação e a mitigação da solidariedade, e também da dimensão moral da alteridade, valores que devem possibilitar a constituição de vínculo entre os sujeitos de direito diante do futuro, diante do desconhecido.

Portanto, a ideia do risco, pensado como fundamento da responsabilidade civil objetiva, nos levou a investigações sobre o próprio alcance etimológico do conceito, bem assim das circunstâncias histórico-sociais apresentadas pela utilização do mesmo.

A partir desta pesquisa, pudemos concluir que o risco, como forma de abertura e vinculação com o futuro, é um elemento caracterizador da modernidade, e que é radicalizado na contemporaneidade, oferecendo, assim, *riscos* para a construção de instituições sociais que aptas a organizar satisfatoriamente a vida política.

Nesse sentido, concluímos que as teorias justificadoras da responsabilidade objetiva hoje oferecidas precisam de um aporte teórico mais amplo, que supere as discussões históricas centradas nos meios de produção industriais e questione a utilidade e eficácia da responsabilidade objetiva a partir de novas premissas filosóficas e sociológicas.

Buscando compreender a responsabilidade objetiva a partir destas novas perspectivas teóricas, concluímos que a ideia de risco, bem entendida, deve alargar também o alcance da proteção normativa desta espécie de responsabilização para muito além do previsto no direito positivo pátrio .

A proposta da responsabilidade civil como direito, e, especialmente, dever jurídico fundamental, visou, portanto, demonstrar que há fundamentos constitucionais para a previsão constante do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, e que seu alcance não deve ser restringido ao risco decorrente de atividades habituais, tal como previsto na legislação privada.

Com efeito, a responsabilidade objetiva, na categoria de princípio constitucional, é alçada a um dever fundamental, de observância necessária pelo Estado e pelos particulares, e que impõe diante de sua judicialização, um tratamento seu com verdadeiro mandamento de otimização.

Toda a construção dogmática oferecida nos capítulos conclusivos do trabalho, repita-se, tem o condão de demonstrar que o arcabouço axiológico que circunscreve, desde sempre, a temática da responsabilidade, não dispensa um sólido embasamento institucional, caso queiramos verdadeiramente pensar na responsabilidade objetiva como forma de alcançar o valor do justo, e isso porque, conforme já explicitado por Ricoeur, a justiça é intermediária: só pode ser encontrada entre o bom e o legal.



## REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis; GARZON VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (orgs.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ABEL, Olivier. **Paul Ricoeur: A promessa e a regra**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

ABRANTES, José João Nunes. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL, 1990.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de Direito democrático**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n.217, pp. 67-79, jul-set. 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 217. Pág. 55-66, jul./set. 1999

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Derechos individuales y bienes colectivos**. In: ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho y otros ensayos. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 92, v. 809, pp. 54-73, mar. 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón pratica**. Doxa: Alicante, 1988.

ALFARO AGUILA REAL, Jesus. **Autonomia privada y derechos fundamentales. anuario de Derecho Civil**. Madrid, tomo XLVVI, fascículo I, pp.57-122, 1993.

ARENDT, Hanna. **A condição Humana**. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. **As razões do direito**. São Paulo: Landy, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n. 215, pp. 151-179, jan.- mar.1999.

\_\_\_\_\_. **Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance**. Belo Horizonte: Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário, ano III, n. 7, pp. 73-104, set. – dez.2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios.** São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações.** 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **A nova interpretação da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUDELAIRE, Charles. **Sobre a Modernidade.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2011.

BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil.** *In:* Escritos esparsos de Clóvis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do Direito.** Barueri, SP: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo e sociedade.** Para uma nova teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e Liberdade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da política: A filosofia política e as lições dos clássicos.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Baden-Baden: Nomos Vel.-Ges, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A caminho de um direito civil constitucional.** *in: Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. I. Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991.

\_\_\_\_\_. **Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva.** São Paulo: RT- 854, dezembro de 2006, 9ºAno.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal do Estado Social.** São Paulo, Malheiros, 2007.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado.** Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas .** Coimbra, Coimbra editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, J. J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada.** Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CASTEL. Robert. **Insegurança Social: o que é ser protegido.** Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Barcelona: Anthropos, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COURTIS, Christian (org.): **Desde outra mirada: texto de teoria crítica del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. **La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la constitución**. Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da: **Direito Constitucional Geral: Uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Editora Método, 2006.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Direito e Utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DOUEK, Sybil Safdie. **Paul Ricoeur e Emmnuel Lévinas: Um elegante desacordo**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIADE, Mircea: **O mito do eterno retorno**. Lisboa: Edições 70, 1969.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador, 2V**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 7. ed. Tradução por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FACHIN, Luiz Edson (Org.): **Repensando fundamentos direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro; Renovar, 2000.

FEE, John. **The Formal State Action Doctrine and Free Speech Analysis**. The North Carolina Law Review, Vol. 83, No. 3, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. Revista Jurídica. Brasília: v. 8, n. 82, p.01-08, dez./jan., 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion - de la Antigüedad a nuestros dias**. Madrid: Trota, 2007.

\_\_\_\_\_. **Estado Moderno en Europa**. Madrid: Trota, 2004.

\_\_\_\_\_. **Los Derechos Fundamentales: Apuntes De Historia de las Constituciones**. Madrid: Trota, 2003.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal Editora, 1985.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. Petropolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal Editora, 2008.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 3: Responsabilidade Civil**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: editora UNESP, 1991.

\_\_\_\_\_. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

DE GIORGI, Rafaella: **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: Studi di teoria e metateoria del diritto**. Torino, G. Giappichelli, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2002.

\_\_\_\_\_. **Os problemas da verdade no estado constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade, 2V**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins fontes, 2000.

HART, Hebert. **O Conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito, Liberdade e Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1987.

HECK, Luis Afonso. **Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil**. Porto Alegre: Revista de direito da UFRGS, v. 16, pp.111-125, 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1991.

HOBBSAWM, Eric J. **A era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

JAEGER, Werner. **Paidéia: A formação do homem grego**. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

JOHNSON, Paul. **Tempos Modernos: O mundo dos anos 20 aos 80**. Rio de Janeiro: Biblioteca do exército e instituto liberal, 1994.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto: editora PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans: **Teoria Geral das normas**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris editor, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durhan: Duke University Press, 1997. Pág. 363.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das letras, 2006.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Campinas: Editora UNICAMP, 2003.

\_\_\_\_\_. **O imaginário medieval**. Lisboa: Estampa, 1994.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao Risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

\_\_\_\_\_. **La Sociedad de la Sociedad**. Ciudad De México: Editorial Herder, 2006.

\_\_\_\_\_. **Love as Passion: The Codification of Intimacy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1987

\_\_\_\_\_. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos, 1998.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito, vol. I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito, vol. II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

MARCONDES CESAR, Constança (org.) **Paul Ricoeur: Ensaio**. São Paulo:

Paulus, 1998.

MARTINEZ, Peces-Barba Gregorio. **Leciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho y derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. **O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos**. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2000. pp. 163-186.

MCILWAIN, Charles Howard. **The American Revolution: A constitutional Interpretation**. New York: ACLS, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitutions: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MEIRA, Silvio. **O Direito Vivo**. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000. pp.197-322.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MONGIN, Olivier. **Paul Ricoeur: As fronteiras da filosofia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil, São Paulo, v. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: Dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



MÜLLER, Friedrich. **Interpretação e concepção atuais dos direitos do homem**. *in*: Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. São Paulo: JBA Comunicações, 1995. pp. 535-545.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A força Simbólica dos Direitos Humanos**. Revista Eletrônica De Direito Do Estado, nº 4. Out.- Dez.2005.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã, uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVERIO SILVA, Adelman. **A justiça plural: elementos para uma hermenêutica antropológica da justificação**. *In*: Revista Saber Jurídico, V.3. Belém: Editora CESUPA, 2011. Disponível em: <http://www.fabsoft.cesupa.br/saber/edicao3.html>

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2007

PELBART, Peter Pál. **O tempo não-reconciliado**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

PELLAUER, David. **Compreender Ricoeur**. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, V.I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense: 1998

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIETRO SANCHÍS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid, Debate, 1994.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RENAUT, Alain: **História da filosofia política**, 5V. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. 1988.

RICOEUR, Paul. **Amor e Justiça**. Lisboa: Edições 70, 2010.

\_\_\_\_\_. **A crítica e a convicção: conversas com François Azouvi e Marc de**

**Launay.** Lisboa: Edições 70, 2009.

\_\_\_\_\_. **Finitud y culpabilidad.** Editorial Trotta: Madrid, 2011.

\_\_\_\_\_. **O justo.** São Paulo, Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Leituras 1: Em torno do político.** São Paulo: Edições Loyola, 1995.

\_\_\_\_\_. **Leituras 2: A região dos filósofos.** São Paulo: Edições Loyola, 1996.

\_\_\_\_\_. **Leituras 3: Nas fronteiras da filosofia.** São Paulo: Edições Loyola, 1996.

\_\_\_\_\_. **Outramente: leitura do livro Autrement qu'e ou au-delà de l'essence de Emmanuel Lévinas.** Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2008. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Vozes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Percurso do reconhecimento.** São Paulo: editora Loyola, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tempo e Narrativa.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade: ensaios.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

RUBIO LLORENTE, Franciso. **La forma del poder (estudios sobre la constitución).** Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 597-603.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **O jardim e a praça.** São Paulo: Atlântica editora, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: Para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MONTEIRO, António Pinto; Neuer, Jörg: **Direitos Fundamentais e direito privado: Uma perspectiva de direito comparado.** Coimbra, Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Kalina; SILVA, Maciel. **Dicionário de conceitos históricos.** São Paulo: Contexto, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. (org.) **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **O proporcional e o razoável.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91.v.798. pp. 23-50, abr. 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÕES, Sandro Alex de Souza (org.) **Ensaio de Teoria Geral do Direito.** Belém: editora CESUPA, 2006.

STEINMETZ, Wilson. (org.) **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz: **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. (org.) **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. (org.) **Problemas de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro; Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**, V. 1. New York: The Foundation Press, 1999.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional.** Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição da**

**República Portuguesa de 1976.** Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes: 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos humanos.** São Paulo: Martins fontes, 2007.

WIEACKER, Franz. **A história do direito privado moderno.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil: Ley, derechos e justicia.** Madrid: Trota, 2008.

\_\_\_\_\_. **La exigencia de justicia.** Madrid: Trota, 2006.

\_\_\_\_\_. **Historia y Constitucion.** Madrid: Trota, 2005.