

PAULA FRASSINETTI COUTINHO DA SILVA MATTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL:
DEVER JURÍDICO FUNDAMENTAL**

Programa de Mestrado em Direito
Instituto de Ciências Jurídicas
Universidade Federal do Pará

Belém, Pará, 2009

PAULA FRASSINETTI COUTINHO DA SILVA MATTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL: DEVER JURÍDICO
FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Relações Privadas

Orientação: Prof. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal

Universidade Federal do Pará
Instituto de Ciências Jurídicas
Belém, Pará, 2009

Mattos, Paula Frassinetti Coutinho da Silva

Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental / Paula Frassinetti
Coutinho da Silva Mattos. – Belém.

UFPA, 2009.

p.116

1. Responsabilidade (Direito). 2. Direito Civil. I. Título.

CDD- 342.151

PAULA FRASSINETTI COUTINHO DA SILVA MATTOS

**RESPONSABILIDADE CIVIL: DEVER JURÍDICO
FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Orientadora

Prof. Dr. José Cláudio Monteiro de Brito Filho
Membro da Banca

Profa. Dra. Luzia do Socorro Silva dos Santos
Membro da Banca

Apresentado em: 31/08/2009

Conceito: _____

DEDICATÓRIA

Dedico essa dissertação ao velho Zaca e sua canoa, para mim, síntese da trajetória da esperança. Movido pelo instinto, temperado pela perseverança, soube, como Santiago, conduzir sua embarcação. No percurso, mitigou a dureza com a docilidade, o afeto com o bom ensinamento.

Seu corpo há muito se foi, deixou-me sua nau como herança, e foi nela que aqui cheguei.

Velho pescador, da sua origem no Alto Tapajós até as margens deste rio Guamá onde cheguei, num trajeto que perpassa as enciclopédias que você encapava e cujo conteúdo me indagava quando eu chegava da aula.

Parte de sua ousadia me trouxe até aqui. Essa dissertação é sua.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é resultado de uma longa jornada, iniciada bem antes de meu ingresso no Programa de Pós-Graduação. Nestes quase vinte anos em que almejei esse objetivo, tive ao meu lado o apoio de meu marido Antonio José, que se amiuudou quando comecei o curso, e que por isso inaugura minha lista de agradecimentos.

Ao meu eterno guru, meu pai Itair, minha saudade e gratidão. Minha mãe, Josefina, mestra das primeiras horas, o meu obrigado.

À Dra. Pastora Leal, que me acolheu num momento de grande dúvida quanto à escolha da linha de pesquisa, e desde lá, pacientemente, compatibilizou nossas agendas sempre tão atribuladas. Sem ela eu não teria conseguido.

À Professora Graça Pena que aceitou, em exíguo tempo, fazer a correção ortográfica e bibliográfica do trabalho.

À Dra. Ana Maria Franco, minha colega de escritório, que assumiu boa parte de minhas tarefas profissionais, e *on line*, possibilitou que eu frequentasse as aulas da pós-graduação e redigisse esse trabalho.

Aos meus filhos, Paulo André, Gabriel, Rafaela e Antonio José, agradeço o tempo que me concederam para que eu pudesse estudar e o constante incentivo para que não desistisse.

À Deus, por tudo o que me tem concedido e pelo que seguramente me tem predestinado.

No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidades e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade dos seres.
(Arendt, H. *A Condição Humana*. 2008, p.189)

RESUMO

O direito foi atingido pelo avassalador debate acerca de sua adequação ao entendimento vigente de que os direitos fundamentais tem conteúdo de eficácia imediata, movimento que valida a primazia dos princípios em detrimento da letra da lei da época do positivismo.

Inserida neste contexto a responsabilidade civil desponta como instituto capaz de redimensionar o direito, contribuindo para a quebra da tradicional dicotomia público e privado, com inserção da dimensão “social” para denominar o espaço de convivência humana.

Sua remodelação tem como pretensão a prevalência por uma inserção de ordem objetiva, lastreada na idéia que tem, no seu cerne a imputação das conseqüências àquele que se beneficiou do bem jurídico, desatrelando-se com isso da teoria da culpa, arraigada no voluntarismo que norteou o paradigma da modernidade.

O trabalho se propõe demonstrar que a responsabilidade civil é, no contexto da sociedade pós-moderna, um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

Para atingir tal desiderato, o trabalho reposiciona categorias jurídicas que detém a postura de pressupostos da responsabilidade civil tais como autonomia provada, dever jurídico, dano, reparação e prejuízo.

A pesquisa é de ordem bibliográfica e, embora se pretenda participe de um debate de ordem mundial (pelo menos ocidentalmente falando), preocupa-se em acentuar a análise dentro da realidade brasileira.

Para tanto analisa o parágrafo único do art.987 do Código Civil Brasileiro de 2002, apresentando-o como importante passo em direção a necessária funcionalização social que perpassa todo o direito civil.

Além da idéia de que a responsabilidade civil objetiva responde mais adequadamente às demandas da sociedade contemporânea, o trabalho apresenta ainda algumas reflexões acerca do aparelho jurídico existente, em direção a sugerir que toda sua estrutura necessita de ajuste para a eficácia dos direitos fundamentais.

Palavras chaves: direitos humanos, responsabilidade civil, autonomia privada, dever jurídico, responsabilidade civil objetiva, eficácia, dano, reparação, pós-modernidade, paradigmas históricos.

ABSTRACT

Law was called to debate about its suitability to the actual agreement that fundamental rights are immediately effective, enforcing principles instead of positivistic legalism.

In this context, civil liability appears as an institute able to resize Law, even to rupture the classical public-private dichotomy toward a social-based model.

This remodeling brings to light the objective liability doctrine, charging those who earn benefits with some action, disconnecting it from the subjective guilt aspect, rooted to the modernity's paradigm.

This dissertation intends to show that the civil liability is, in the postmodern society, an effective instrument of fundamental rights.

To achieve this goal, this study repositioned legal categories that hold the position of assumptions of civil liability such as private autonomy, legal duty, damage, injury and repair.

The research was based on literature and, although wishing to participate on a global discussion (at least western speaking), it focuses on the analysis of the brazilian reality.

In order to accomplish it, I analyze the single paragraph of article 987 of "Código Civil Brasileiro" from 2002 to present it as an important step toward the necessary social functionalization that permeates civil law.

Besides the idea that objective civil liability answers better the demands of contemporary society, this study also presents some thoughts about the existing legal apparatus to suggest that its structure needs to be adjusted to the effectiveness of fundamental rights.

Keywords: human rights, civil liability, private autonomy, legal duty, objective civil liability, effectiveness, damage, repair, post modernity, historic paradigms.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - CIDADANIA COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE.....	15
CAPITULO 2 -DO PÚBLICO PARA O SOCIAL.....	37
2.1 A Crise de Legitimidade	40
2.2 Demonstracao da Crise da Responsabilidade Civil.....	43
CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
CAPÍTULO 4 - DESCONSTRUIR PARA RECONSTRUIR: A NOVA FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL	68
4.1 A Desconstrução/Construção.....	68
CAPÍTULO 5 SOLIDARIEDADE, ANONIMATO E RISCO – A VESTIMENTA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA P O S - MODERNIDADE.....	76
5.1 Os Efeitos da Ampliação Conceitual da Responsabilidade Civil	76
5.2 Responsabilidade – Recuperação do Sentido.	79
5.3 Balizas de Reparabilidade – O Ressarcimento do Dano – O Caráter da Indenização – Punitive Damages	87
CAPÍTULO 6 - PROPOSTA DE GENERALIZAÇÃO DO ART.927§ ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL	97
CAPÍTULO 7 - A RESPONSABILIDADE OBJETIVA COMO MARCO DA SOLIDARIEDADE.	101
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

Questões de valor são eminentemente filosóficas: constituem a matéria-prima da ética. Nos últimos anos, boa parte dessa discussão tratou de temas que colocam em foco a própria vida. Isso pode ter começado com a proposta de descriminar o aborto e depois passou a pergunta sobre a boa morte.

Se há um ponto em comum entre as discussões sobre o aborto e a eutanásia (e as formas de morte voluntária digna) e o uso de células tronco para a pesquisa, é este: a vida se tornou objeto de intensa discussão ética.

(Ribeiro, Renato Janine. Superávit etário. *Folha de São Paulo*, 13.05.2008. Caderno Mais, p..6).

Este não é um trabalho em que se pretende adentrar na questão da possibilidade de utilização dos embriões em pesquisas ou salvamento de vidas. O assunto não é o objeto da reflexão neste momento.

Entretanto, há algo na citação que chama atenção que é a assertiva final de que a “vida se tornou objeto de intensa discussão ética”.

A presente proposta está dirigida à análise do papel que a responsabilidade civil tem hoje, lastreada na constatação de que as relações atuais vêm ensejando o anonimato do responsável e a invisibilidade do causador do dano, para concluir que há dados que justificam a revisão da teoria da culpa. E com tais subsídios propor uma abrangência ampliada da responsabilidade objetiva de modo a proteger interesses até aqui sem tutela diante os parâmetros então vigentes.

O movimento que daí resulta se dá concomitantemente à análise de seus pressupostos tradicionais, seguido de proposição de ajuste às demandas da realidade atual bem como da releitura de comandos normativos já existentes sob a lupa dos direitos fundamentais.

Conquanto o Código Civil Brasileiro, inaugurado recentemente, ainda consagre a teoria da culpa como a regra geral de atribuição da responsabilidade civil, abre espaço para a responsabilidade objetiva, notadamente no disposto no § único do art.927, que prevê a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, além dos casos especificados em lei, nas hipóteses em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implique, por sua natureza, risco para os direitos alheios.

Embora o dispositivo constitua hoje uma exceção, a leitura pausada, além de sinalizar a disposição para mudança, habilita a coleta de elementos que provavelmente permitem uma generalização do comportamento, pelo menos em alguns aspectos da vida do homem.

Ao admitir a responsabilidade objetiva, a norma obriga a reparação do dano independentemente de culpa, e habilita duas possibilidades que são os casos especificados em lei, e a hipótese da ocorrência em atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano que implique, por sua natureza, risco para os direitos alheios.

Deter-nos-emos no que sejam atividades normalmente desenvolvida que impliquem por sua natureza, risco para outrem e, a partir da identificação de tais atividades, viabiliza-se o oferecimento de uma teoria que responsabilize o autor de um dano provável, no que pode ser chamado de dever de precaução.

Abre-se aqui a possibilidade de atribuir à responsabilidade um aspecto de precaução, destinado a proteger bens de difícil reparação ou aqueles cujos efeitos da lesão atinjam um contingente significativo de interessados.

A obrigação de se precaver sinaliza a existência de um dever jurídico consentâneo com a eficácia dos Direitos Fundamentais, que é o de considerar o outro como elemento integrante de suas decisões.

Há atualmente uma reinante convicção de que o meio ambiente é patrimônio de todos, o que resulta numa das mais elementares noções de bem de todos e de difícil reparação, primeiro passo para desenvolver a idéia de solidariedade que acompanha a ampliação da responsabilidade civil.

A necessidade do homem em ver-se integrado a esse novo mundo e a percepção de que o meio ambiente, sendo comum a todos, enseja o compromisso, também de todos, com a salubridade da água, ou a qualidade do ar, representam sinais visíveis de que há um novo paradigma a reclamar a tutela do direito.

É o solidarismo em dupla dimensão que se apresenta, trazendo consigo a descoberta do outro, tanto para construir em conjunto um mundo novo, em que seja possível viver, mas também um novo¹ cidadão com quem necessariamente se há de

¹ Os princípios da precaução e da prevenção inserem-se no dever geral de cautela, representando o segundo o cuidado para com os riscos conhecidos, capazes de gerar danos cientificamente atestados. Quanto a precaução, refere-se ao temor ante efeitos desconhecidos ou ainda não totalmente avaliados.

partilhar os bens da vida.

A esse debate se apresentam a questão do risco - e sua inevitabilidade - um problema que é de todos, sejam os povos mais ricos ou os mais cultos, ou os mais politizados, representantes de um contingente humano que será incapaz de respirar, se a atmosfera estiver contaminada.

A partir da visão segundo a qual vimos adquirindo uma consciência compromissada com o mundo melhor, pacto que tem como elemento essencial o respeito pelo outro, produtor da revisão da ideia de liberdade como mero exercício individual, assistimos ao processo de funcionalização do direito.

Se é assim, é possível afirmar que a funcionalização do direito permite defender a ideia de responsabilidade objetiva em todas as dimensões, sempre que essa ocorrência se faça necessária para a eficácia dos direitos fundamentais.

Grande parte das preocupações centra-se nas lesões invisíveis, cujos efeitos, imperceptíveis *a priori*, somente irão surgir no futuro, quando a tradicional relação causal sequer poderá ser submetida à prova.

A primeira dessas lesões, e a mais preocupante é a de caráter ambiental, cuja importância resulta na capacidade de atingir a todos indistintamente. Violado o equilíbrio ecológico, todos os seres humanos, toda a vida do planeta sofrerá consequências, das quais não escapa sequer o autor do dano. Apresenta-se assim situação para a qual as soluções tradicionais insertas no subjetivismo da teoria da culpa mostram-se superadas.

Por isso a preocupação com a proteção ambiental representa o primeiro bom exercício em direção à revisão da responsabilidade civil objetivamente considerada e a consideração de sua ampliação. A referência ambiental se faz porque é nela que se traduz o efeito quase unânime da responsabilidade civil de todos. Entretanto esse atributo da responsabilidade não se limita ao aspecto ambiental.

O novo predicado da responsabilidade também se justifica pela assunção do elemento prejuízo como o vetor indicativo da responsabilidade. A extensão do prejuízo é, assim um sinal que justifica também a consideração da responsabilidade em sua dimensão objetiva como regra geral.

O deslocamento da responsabilidade, outrora assentada na matriz da culpa para o prejuízo responde adequadamente à mutação da valorização do caráter subjetivo que norteou o direito até então (em que a culpa enseja a

responsabilização), para o prejuízo (em que se considera que se alguém há que sofrer as conseqüências do dano, deve ser aquele que também se beneficia da atividade), imprimindo, assim, uma nova distribuição de ônus, a parti da inserção do justo como ingrediente de tutela, elemento de cunho assumidamente valorativo; é a eticização da responsabilidade civil.

A construção permeada pela afirmação dos Direitos Fundamentais constitui o dado ético dessa realidade, contexto no qual a responsabilidade civil se apresenta como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, o que se propõe a fazer, numa construção cujos pilares se darão revisitando categorias como o dever jurídico, autonomia privada, dano, ato jurídico e dever de reparação.

A proposição deste trabalho tem esteio na preocupação de concorrer para uma teoria que permita que a vida em sociedade tenha um sentido mais amplo do que simplesmente se restringir a um agrupamento social economicamente considerável. Esse será um elemento ético no percurso do trabalho, sustentado na convicção de que é possível pensar um agrupamento social *socialmente considerável*.

A tautologia, neste caso, não é acidente de linguagem. Há, confessadamente, uma convicção de que as regras sociais e o direito, como resultado de um ajuste mínimo de convivência, são, mais do que uma convenção de sobrevivência, um pacto com a renovação.

Para além de ajustes políticos, movimentações econômicas ou chuva ácida, há uma movimentação social quase que autônoma, fundada na humanidade.

O quase, neste ponto, tem a dimensão de resguardar a concorrência de outros ingredientes, não somente sociais, que compartilham da formação das mudanças da sociedade.

Portanto o movimento da humanidade, conquanto resultante de forças políticas, étnicas, econômicas, tem, em si, um andamento que é capaz de se dirigir a a melhoria da condição humana.

Essa melhoria deve ser vista como aspiração, dadas as condições sub-humanas em que vivem 2/3 da humanidade, para quem o progresso é mera arma de exploração, fazendo de significativa maioria, expectadores e atores de uma aeração para que lhes sejam canalizados os dutos da dignidade.

Esse direcionamento, promovido pela solidariedade, produto da experiência

do homem no que se incluem os reverses que viveu, tem em si um aspecto dual, do passado e do presente, faces da mesma moeda.

Será preciso dimensionar essa solidariedade, ajustá-la à sociedade que rejeita os limites contratuais apegados à vontade das partes e rejeita a simples adesão a regras estatutárias de proteção.

Ainda quanto ao aprimoramento da condição humana, deve ser dito que não se restringe ao progresso da Ciência, mas condiz notadamente com a idéia de que qualquer avanço somente poderá ser considerado na medida em que resulte na socialização de seus efeitos, numa contramaré da globalização da destruição em que mergulhou a modernidade, levando a pique seus meta-discursos.

Isto implica uma obrigação com metas de realização dos direitos humanos, verdadeiramente um compromisso social, não por mera opção, mas adequado ao modo como o mundo atual vem agindo quanto a seus valores: a postura ética compromissória que indica verdadeira mudança de paradigma.

Para esta visão os direitos humanos representam o ingrediente *plus* que mobiliza o que pode ser chamado de pacto de renovação.

Pretende-se, pois, estudar o instituto da responsabilidade civil pelo prisma dos direitos fundamentais, possibilitando que seja instrumento de efetivação desses direitos.

Cogita-se ainda na ampliação do conceito de prejudicado, para considerar um novo protagonista, a humanidade.

Em conclusão, postula-se oferecer uma contribuição para a teoria da responsabilidade civil, na qual o dever de reparar seja de todo aquele que exerça uma atividade que cause ou possa causar dano a outrem, ou submetê-lo a risco, no presente ou no futuro, ainda que esse outro seja a humanidade, mesmo que para tal não tenha agido deliberadamente.

A análise factual trabalhada se deu sobre o arcabouço jurídico do mundo ocidental, havendo certa ênfase na experiência brasileira, utilizando a legislação e dialogando com os doutrinadores a respeito do tema, em uma pesquisa de natureza bibliográfica.

CIDADANIA COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE

A atribuição da responsabilidade pressupõe o reconhecimento do exercício da cidadania, na medida em que não se atribui a capacidade de responder por seus próprios atos a quem não se reconhece o atributo da cidadania.

A cidadania como aqui referida contempla mais do que a mera pertença de direitos políticos, com o reconhecimento formal do direito ao voto¹. Significa o gozo de um “*status* de membro integral de uma comunidade” (MARSHALL, 1976, p. 77), que decorre de um processo construtivo-inclusivo, considerando que as primeiras manifestações ainda não contemplavam a perspectiva até aqui alcançada.

Esse caráter construtivo-inclusivo pode ser visto na experiência brasileira. A noção de igualdade, que a cidadania pressupõe, já existia no começo do século passado no Brasil, tanto que o país já experimentara movimentos libertadores como a abolição da escravatura. Entretanto, até 1962 a mulher casada figurava dentre os relativamente incapazes na redação original do Código Civil de 1916, alterado pela lei conhecida como Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62.

Aposto sobre uma escala fictícia, o processo construtivo da cidadania teria o seu ponto zero idealmente afixado no ponto em que a sociedade não registrava qualquer preocupação com o patrimônio da igualdade e o ponto x, na atualidade, no cenário da sociedade complexa, ciosa de suas mais significativas preocupações: a conciliação da tensão liberdade-igualdade para o exercício pleno da cidadania.

Nesta tábua imaginária, a imputação da responsabilidade foi sendo atribuída na medida em que o exercício da cidadania avançou, comportando cada vez mais participantes, num movimento de tal modo inclusivo, que hoje a responsabilidade ultrapassa mesmo o limite da capacidade formalmente considerada, o que se verifica na possibilidade de imputação ao mentalmente incapaz, bem como do alcance do instituto às pessoas jurídicas.

¹ “Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, ao erigir ‘a cidadania como direito à representação no poder, limitando a participação política ao exercício periódico do voto e estigmatizando o cidadão como eleitor, capaz de votar e ser votado, a cidadania liberal vincula-se logicamente, a um corolário de democracia: a democracia representativa liberal, não existindo fora dela, ou seja, não problematizada para além desse modelo. Dessa forma a cidadania é recoberta apenas como um elemento constitutivo da democracia, necessário ao seu funcionamento regular; ou seja, a cidadania é concebida não como um fim em si mesma, mas como meio (instrumento) para a obtenção regular do consenso, como mecanismo de legitimação do poder político, já que, para o liberalismo, o consenso é elemento essencial da legitimidade”. Cf. DOBROWOLSKI, 2007. p.222.

A possibilidade de imputar responsabilidade ao incapaz inscreve-se na consideração e respeito à dignidade que essas pessoas detêm, de modo a, ressaltando a proteção que sua condição especial enseja, participar do processo social de responsabilização.

Assim dimensionada, a cidadania encerra hoje uma magnitude de inclusão absoluta, de sorte que não se admite a possibilidade de qualquer manifestação ou enquadramento que resulte na restrição ao exercício da cidadania. Consiste, pois, num atributo que é de todos os seres humanos².

Entre o ponto zero e o ponto x, pode-se observar o ingresso de personagens que até certo tempo estavam excluídos, como o negro, o índio, a mulher, o estrangeiro, até que se possa fazer a afirmativa de que vivemos num estágio de inclusão absoluta, pelo menos sob a ótica legal e doutrinária. O árduo percurso em direção à concretude dessas visões ainda não se concluiu.

Ser responsável juridicamente equivale a ser tratado como um fim em si mesmo, dotado de autonomia ética para conduzir a sua própria vida com sentido. Por isso, a responsabilidade e a dignidade da pessoa humana apresentam-se como ideais que se pressupõem e só podem ser entendidas relacionadamente³.

O *modus* como essa relação vem sendo construída ao longo da experiência humana está relacionado aos valores de cada época, mas, mesmo quando o instituto da responsabilidade civil esteve (ainda está) intimamente atrelado às relações de ordem privada, sua imputação sempre se dá no reconhecimento da capacidade do homem em responder pelos seus próprios atos, o que faz da cidadania um pressuposto da responsabilidade civil.

Trata-se, portanto, de vertente que a um só tempo resguarda o patrimônio particular – e, nos momentos mais ortodoxos da experiência privatista esta ótica foi quase absoluta em favor da propriedade – mas contém, em si mesmo, o germe do reconhecimento da capacidade do homem em “responsabilizar-se”, ou mesmo ser responsabilizado pelos próprios atos.

Partindo dessa relação de complementaridade, que faz da cidadania um pressuposto da responsabilidade civil, vêm à cena os limites que a imputação da

² Existe um vácuo entre o reconhecimento formal da cidadania, que é assegurado a todos, e a realidade com que se defronta substancial parte da humanidade, o que faz surgir uma cidadania de segundo nível.

³ Neste sentido é a opinião de Lopes, 2006, p. 9.

responsabilidade civil enseja na atualidade, sendo substancial reconhecer que, aqui como em qualquer outro debate jurídico far-se-ão presentes os conflitos de interesses entre os diversos grupos componentes de cada momento social estudado.

Releva referir que a dimensão sócio-temporal-cultural aqui considerada insere-se no que se convencionou chamar de mundo contemporâneo, pós-modernidade, em relação a qual se percebe que as promessas da modernidade não se fizeram cumprir – partes delas, e que ainda se está experimentando o verdadeiro rito de passagem para um novo paradigma.

Quanto a esse aspecto, Santos (2002, p. 49) defende que estamos a viver um momento de mudança de paradigma, de transição paradigmática, antevendo que o modelo sócio-cultural da modernidade desaparecerá, num processo que o autor denomina de excesso e *deficit* de cumprimento de suas promessas, daí porque “como todas as transições são semi-invisíveis e semi-cegas, é impossível nomear com exatidão a situação atual”, utiliza-se a designação – que ele considera inadequada – de pós-modernidade.

A utilização de expressões como mundo contemporâneo, sociedade contemporânea, sociedade complexa será feita considerando os termos sinônimos, pelo que não serão apreciadas as divergências quanto as supostas diferenças entre eles.⁴

A referência à modernidade neste contexto condiz com a visão de um projeto da humanidade, historicamente experimentado, pautado no esquema humanista de valorização do homem individualmente considerado, na visão que sustenta a cientificização do mundo, na promessa de que o progresso da ciência possibilitaria, a longo prazo, o acesso aos seus efeitos, portanto de todos aqueles que creram na possibilidade de dominar a natureza.

Na reflexão acerca dos limites da imputação da responsabilidade civil - no caso do Brasil - se tomada a referência puramente legal, a prevalência normativa

⁴ É vasta a bibliografia acerca dessa nomeação, sempre acompanhada de substancial fundamentação. Destaca-se nesse assunto a preocupação em demonstrar que a modernidade, assentada em promessas grandiosas, os chamados meta-discursos, fez crer que a avanço tecnológico e científico proporcionaria a todos o usufruto do progresso. Acresce ainda a expectativa lavrada nas promessas de justiça e igualdade para todos, o que não se concretizou. A divergência se dá quanto ao momento em que se vive e sua conseqüente denominação de pós-modernidade, hipermodernidade, modernidade tardia.

genérica, contida no Código Civil, adota, como a regra geral do instituto a responsabilidade civil subjetiva, lastreada na culpa, já que, de acordo com o comando contido no art.927 do Código, a responsabilidade civil será atribuída àquele que causou o dano.

O código de 2002 traz, contudo, uma novidade neste aspecto. É que, a despeito de estabelecer a responsabilidade civil subjetiva, atribuiu o caráter genérico da responsabilidade objetiva – até então limitada a hipóteses específicas em lei.

Assim é que, no mesmo dispositivo, estabelece a possibilidade de ampliação da tutela da responsabilidade civil, quando em seu § único normatiza a obrigação de reparar o dano, mesmo sem culpa, nas hipóteses em que a atividade do autor, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem.

Vê-se, ainda com certa timidez, a inserção do elemento risco como suposto da obrigação de reparar o dano, o que constitui uma fotografia do atual debate sobre a questão – e neste caso não somente no Brasil –, uma vez que os limites de imputação da responsabilidade de indenizar por dano não se restringem ao comandos contidos numa dada legislação, que representa em si mesmo, apenas um dos sintomas do arcabouço jurídico da sociedade.

Concorrem para essa verificação, muito além, os elementos sociais, políticos, filosóficos, vivenciados pela sociedade concreta, vinculados entre si, e reunidos numa moldura maior, capazes de fornecer o quadro axiológico da sociedade contemporânea.

O que ressaí nesta primeira reflexão, a partir da leitura da norma positivada, são contornos fortes de responsabilidade civil subjetiva, adequados à realidade da modernidade, em que as relações sociais se davam - ainda se dão - de modo preponderantemente individualizado, com relações econômicas fundadas em regras cuja transparência era inarredável e mediante o tempo de resposta entre o ato e consequência, senão imediato, era plenamente verificável.

As relações sociais atuais têm dado significativos sinais de que a postura individualista contida na responsabilidade civil subjetiva não responde mais a todas as demandas que se lhe apresentam, o que se dá tanto pela superação de relações meramente contratuais, conjugado a componentes outros, como o avanço da tecnologia, capaz de provocar a quebra da relação espaço-temporal tradicionalmente conhecida.

A teoria do contrato em si vem-se submetendo a revisão, na medida em que a ideia clássica de acordo de vontades livres não condiz com a massiva oferta de contratos de adesão.

O rompimento do elo temporal que era de substancial importância para o estabelecimento dos limites da responsabilidade civil, visto nos moldes clássicos, porque estava assentado – além da valorização do subjetivismo - na capacidade de constatar imediatamente a ocorrência do prejuízo, concorre também para demonstração da necessidade de revisar o instituto da responsabilidade civil.

Essa quebra decorre do progressivo acúmulo da experiência científica do homem, capaz de possibilitar a alteração do meio ambiente, sem que a percepção de seus efeitos se dê imediatamente, ou mesmo num tempo que possibilite a identificação da autoria, além de protrair no tempo a constatação da extensão do dano, tanto em sua magnitude como nos seus efeitos. Dai porque se diz que houve uma ruptura nessa sequência espaço-temporal no que se refere aos efeitos danosos do ato.

No episódio conhecido como *destruição da camada de ozônio*, resta visível a disparidade espaço-temporal, aliada à imprevisibilidade do resultado, até que a lesão desse sinais de seu processo de instalação. Muito tempo transcorreu entre as primeiras agressões que geraram a destruição da camada atmosférica, até que elas fossem percebidos, e mais, que se pudesse estabelecer o que os causara.

A água que é recolhida no mar durante o trajeto dos navios, destinada a manter-lhes o equilíbrio durante o percurso, chamada de água de lastro, consiste também na demonstração de uma atividade lícita, aparentemente inofensiva – o deslocamento de navios pelos mares ocorre há séculos - e cujos efeitos durante muito tempo foram impensáveis.

Hoje se sabe que o descarregamento incontrolado da água que atravessa os oceanos, é responsável pelo transporte de uma infinidade de micro vidas, plâncton, peixes, plantas, oriundas de habitat diversos que, chegando a destino estranhos ao seu meio natural, promovem alterações no meio ambiente, capazes de ensejar inclusive o desaparecimento de algumas espécies locais.

A responsabilidade civil, na sua etimologia, é a resposta que a sociedade atribui a uma violação sofrida. Nos moldes clássicos, essa violação se dá em virtude do descumprimento de um dever, cuja importância ensejou sua jurisdicização.

O dever, ao se tornar jurídico, permite a identificação dos valores sobre os quais se assenta a história do homem, as relações de produção, suas afinidades sociais, e os contornos eleitos como significativos para serem considerados obrigações, a ponto de seu descumprimento ensejar a imputação da responsabilidade.

Desvenda ainda ideias que concorrem para a significação de autonomia privada, dano, dever jurídico, ato jurídico e, ainda o modo como tais categorias concorrem para a construção axiológica do direito, daí porque a resposta que a responsabilidade civil oferece está assentada nos valores que a sociedade em estudo observa como consideráveis.

No começo da história do direito – e da responsabilidade civil - essa resposta estava quase que inteiramente contida na reação puramente emocional, capaz de justificar que o homem agredido reagisse contra o seu agressor, fosse ele outro homem, ou a pedra que acabara de topar.

Poderia então matar um cão agressor, sem perquirir sobre sua saúde ou acerca dos cuidados que seu dono devesse ter pelo animal. Ou, ainda, chutar a pedra que o atingiu, repetindo um gesto tão automático quanto uma birra infantil. A chamada Lei de Talião validava uma responsabilidade calcada na reação do agredido contra o que ele considerasse o responsável pela lesão; o modo como obtinha a reparação seguia a mesma guia, permitido que era ao agredido furar o olho do ofensor.

Nas sociedades primitivas era muito clara a relação entre responsabilidade e força física. A própria responsabilidade teve sua origem no regramento e na limitação pela autoridade da vingança privada. O uso desregrado e ilimitado da força física dava lugar a cadeias de vendetas e devastações com grande risco de desagregação social (LUHMANN, citado por LOPES, 2006, p. 266).

Nas manifestações de responsabilidade mais remotas, nas quais o uso da força se apresenta facilmente detectável, observa-se uma baixa concentração de cidadania – e, embora se trate de parâmetros distantes dos atuais, permite aferir que o limitado reconhecimento da cidadania enseja uma pequena atribuição de responsabilidade civil.

Ao lado da imputação da autoria, rudimentar noção do instituto demonstra, naquele contexto, a responsabilidade numa dimensão puramente existencial, estranha a elementos de reparação do dano e voltada para a satisfação pessoal do ofendido em ver-se desforrado. Condizente, portanto, com a simplicidade das

relações sociais então vividas pelo homem e com a inexistência de institutos como o Estado por exemplo.

A substituição da reação automática e emocional por uma compensação monetária, ou pela prestação de serviços, inaugura, então, a dimensão econômica da responsabilidade civil. Embora, quanto à exequibilidade, esteja ainda a cargo do próprio ofendido, não se vislumbrando a participação de uma organização superior na solução do litígio, que posteriormente se faz presente sob a forma de Estado, já se pode delinear a mudança do foco meramente emocional do instituto.

O aparecimento do Estado dá ensejo a uma reconfiguração do poder dos atores, suprimindo do ofendido a possibilidade de resolver por si a violação sofrida, bem como retirando-lhe a faculdade de escolher a pena a ser aplicada. Para aceitar essa mediação os personagens desse novo ambiente precisam crer que o Estado não somente é soberano, mas superior e isento, capaz de representar interesses acima das visões pessoais das partes.

Sua fala há que se dar através de um comando igualmente desembaraçado de compromissos com os litigantes, o que se realiza ante a convicção de que a regra vale para todos, não contém lacunas e é capaz de prever todas as hipóteses de incidência, atribuindo-lhe, assim, o caráter da completude. Surge o reinado do Estado, do direito positivo e com eles a crença na possibilidade de uma solução isenta de partidarismos. A legitimação dessa solução estatal se dá na confiança da isenção e da igual distribuição dos direitos.

As revoluções que ensejaram tais mudanças paradigmáticas trouxeram consigo o estabelecimento de direitos civis, políticos e sociais e com elas a construção da cidadania vai assumindo contornos próximos ao que se espera hoje.

Na conjuntura da solução ditada pelo Estado cabe-lhe a dicção e a aplicação do direito ao caso concreto. Deve, entretanto, nas hipóteses de demandas entre particulares, observar as regras de proteção privada – o Direito Privado, como verdadeiro limite ao poder do soberano.

A autêntica blindagem que reveste o Direito Privado da época, como leciona Lorenzetti (1998, p. 120), levou em consideração o paradoxo de que o rei não poderia autolimitar-se, constituindo o que o autor chama de limite interno. Mais que isso, a sociedade que emerge da experiência feudal precisa ratificar sua profunda convicção no valor do homem, individualmente considerado, e livre da

hereditariedade, tão preciosamente protegida no regime anterior.

Neste contexto a cidadania ainda tem contornos privatísticos, fortemente limitados ao direito civil, o que torna compreensível a conotação individualista do conceito. Limita-se ao reconhecimento da capacidade de celebrar contratos e estabelecer livremente suas cláusulas, assumindo a responsabilidade pelos efeitos que dele advierem. Só mais adiante haverá de considerar que a tão sufragada liberdade contratual reclama uma outra capacidade, de caráter negativo, que assegure a recusa da contratação nos moldes em que tenha sido proposta.

O exercício de um direito consiste não somente na possibilidade de acesso a ele, mas há que se fazer acompanhar na possibilidade de recusa do mesmo, o que pressupõe o acesso às alternativas.

Lorentzti, (1998) tratando do Direito Privado como garantia de acesso a bens, registra a contradição que há na garantia do direito de propriedade, sem que se assegure o correlato direito de ter acesso à propriedade, denunciando, assim, a existência de um direito de proprietários ao invés de um direito de propriedade.

De tal forma irônica – diz ele, pode-se afirmar que o Direito Privado é como o Hotel Hyatt: está aberto a todos, porém nele tem entrada apenas alguns, quais sejam, os que podem pagar pela hospedagem (p. 87).

A cidadania calcada nas liberdades puramente civis pressupõe uma sociedade ideal igualitária, sem o correspondente na realidade, daí porque se precisou implementar o exercício do direito, caminhando em direção a torná-la efetiva, numa trilha que vai contando a história de seus homens, registrando seus valores, anotando seus contrastes.

No terreno específico da responsabilidade civil, o elemento culpa, ensejador do movimento de subjetivação da autoria, se fez conhecer através da Lei Aquilia e já denota um acento da conversão da reparação em indenização pecuniária.

A repulsa à ideia de que não há responsabilidade sem culpa é condizente com o ambiente de valorização do homem individualmente considerado, em que essa ideia se disseminou, seja na França com a emergência da burguesia, seja no Brasil com o declínio da aristocracia rural e o surgimento de uma nova classe econômica com aspirações de mando político.

No estabelecimento das balizas de uma nova ordem jurídica, o passado deveria ser neutralizado, e a utilização de regras apresentadas como isentas, iguais

para todos, foi um dos instrumentos dessa filtragem.

O investimento nas cláusulas contratuais, no compromisso de prestigiar a vontade individual é outro elemento que concorre, privilegiando a autonomia da vontade, então consolidada na validade absoluta da decisão do contratante, o que faz do proprietário o senhor absoluto da vontade.

Verifica-se, assim, uma profunda preocupação em prestigiar a autonomia da vontade, aqui individualmente considerada, numa clara contraposição à vontade do soberano até então reinante.

A primazia da autonomia privada, aqui considerada como “*o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas, como consequência de comportamento – em qualquer medida – livremente assumidos*” (PERLINGIERI, 1999, p.17), possui viés nitidamente privatístico, ao emitir juízo que pertine ao exercício ilimitado da vontade.

Posteriormente essa categoria jurídica submeter-se-á ao processo de revisão, de modo a integrá-la às ferramentas de eficácia dos direitos humanos, quando então lhe será atribuído o caráter funcional de validade.

Ademais, no contexto privatista mais tradicional da autonomia privada, sua construção no sentido de assegurar ilimitadamente a iniciativa do sujeito, deixou de considerar que mais de um homem a deteria, e que neste exercício, será necessário, mais adiante, atribuí-lhes limites, mesmo que apenas com o fito de resguardar – ainda – o exercício privado.

Emana inafastável que, mesmo nas manifestações mais elementares dessa época da soberania da liberdade individual, fez-se tabula rasa do espaço comum em que afinal esta garantia seria exercida, o que necessariamente convida à regulamentação dos choques dos interesses individuais.

Desse modo, o debate que mais tarde surgirá acerca da superação da dicotomia público-privado tem suas raízes não somente numa nova visão, fundada em outra correlação de forças, mas também nas contradições existentes na própria ideia de limitação do espaço público-privado.

É ainda Perlingieri (1998, p. 17) que destaca os elementos contitudísticos desta

[...] liberdade de regular por si só as próprias ações – elemento liberdade, e permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum fazê-lo, [...] através de um entendimento comum – elemento igualdade, que ensejaram profundas modificações no pensamento jurídico em favor da liberdade individual.

É preciso insistir na necessidade de superação da autonomia da vontade como componente de libertação e portanto elemento essencial da cidadania, e não para negar a importância da autonomia privada, mas dimensioná-la para além de um conceito linear calcado unicamente na capacidade de escolher, contratar e assumir os seus efeitos.

A liberdade – fundamento primeiro da autonomia, – é, neste diapasão um direito socialmente inserido. Não se trata de um conceito, mas de valor cuja mensuração se dá através do exercício e este somente ocorre diante do outro. Um único homem solto numa floresta não é um ser livre. É um solitário, porque não compartilha nada.

Provém daí que a liberdade é humana, e esta característica, que faz de cada homem ao mesmo tempo único – e lhe assegura o respeito à diferença, privacidade, direitos personalíssimos, e igual aos demais – implica o respeito a ser tratado como um igual.

Os direitos do homem são aqueles direitos que competem a todo ser humano como tal, independente das circunstâncias pessoais, das constelações políticas e das condições históricas (PEPE, 2006, p. 16).

Perlingiere (1998) faz importantes ressalvas quanto à distinção dos diversos possíveis objetos em que se manifesta a autonomia privada, em especial referindo que não é aceitável que se unifique valorativamente a conduta de alguém que utiliza sua autonomia para contratar com objetivo de lucro e aquele que a utiliza para consentir numa doação de órgãos.

Considera o mestre italiano não ser possível um discurso unitário sobre a autonomia privada, constando que, de fato, isto se dá em razão da incorreta identificação da autonomia privada com a iniciativa econômica e a autonomia contratual em sentido estrito. Introduce então o elemento funcional como mote valorativo essencial para a justificação da autonomia privada que é a prevalência do valor da pessoa.

Com isso a motivação passa a ser considerada como elemento constitutivo da autonomia privada que, desse modo, recebe a devida atualização humanística.

O que se pode afirmar quanto à autonomia privada é que a sua conceituação sofre uma identificação tamanha com a teoria do contrato, a ponto de gerar quase a sinonimização entre ambas, de modo a se ver autores que a tratam como se fossem a mesma coisa ou faces de uma mesma vertente.

Já em Kant, a liberdade se apresenta como um bem intrinsecamente ligado ao homem. Na referência que Hoffe, citado por Pepe (2006, p. 16), faz do pensamento kantiano, afirma o autor: “*Sendo juridicamente lícita toda ação que seja compatível à liberdade de todos os demais, compete a cada homem em virtude de sua humanidade.* (citando Kant).

A autonomia privada é desses conceitos cuja variabilidade decorre da tensão dos vínculos existentes entre a sociedade e o indivíduo, e está diretamente ligada à concepção que a comunidade atribui à liberdade, o que faz dela um atributo social, incompatível com o estado da natureza hobessiano, em contraposição ao estado de direito, onde a liberdade é um bem sem dono e seu exercício está inteiramente ao arbítrio de seu titular, não havendo limites impostos a sua conduta.

A autonomia privada é uma das balizas indicadoras do nível de proteção subjetiva de uma dada sociedade, daí porque sua conceituação demanda alto grau de concretude, revelador do espaço de atuação que cada realidade e cada ordenamento lhe permite. Pode-se dizer que a autonomia privada é o verdadeiro território de atuação individual em cada sociedade.

Se na visão clássica sua aplicação estava circunscrita à administração do espaço concedido ao indivíduo para livremente agir, ao que subjaz o direito de contratar como, quando, onde e com quem quiser (capacidade de negociação), a inclusão dos valores constitucionais provoca o deslocamento da noção exclusivamente mercantil, para considerar inserido em seu campo também possibilidade de escolhas onde o objeto não seja comercial e nem almeje necessariamente o lucro.

Essa roupagem dá a autonomia privada não somente uma ampliação do foco de incidência, para integrar em sua gestão atividades não necessariamente comerciais, como também promove um alargamento quanto aos personagens que se inserem em tal relação.

Nas sociedades em que a valorização do homem como membro da sociedade já foi alcançada, a autonomia privada passa a significar a garantia do direito de atuação do sujeito, desde que o seu comportamento tenha um sentido, uma finalidade.

Sua realização como pessoa somente se efetiva quando há um outro homem com quem se relacionar, inexistindo direito subjetivo na ilha deserta. A autonomia

privada como manifestação dessa realização deve, portanto, sempre considerar esse pressuposto integrativo da vida em sociedade que a própria definição exige.

A inserção desse aspecto social da autonomia privada e o reconhecimento da existência de outro ser concorrente no exercício da mesma autonomia privada são dados preliminares na formação da personalidade, porque o exercício da autonomia privada passa a pressupor o reconhecimento dos deveres jurídicos, a aceitação de sua responsabilidade como pessoa capaz de decidir o seu próprio destino.

Nesta linha, percebe-se que vai surgindo uma composição ambientada no tecido social, o que traz ao debate a realidade ético-social e jurídica, a partir da qual a regulação da conduta se faz obrigatória (LOPES, 2006, p. 251). Por isso, a autonomia privada, assim contextualizada, emana com o encargo de garantia da personalidade do homem, o que, mais do que assegurar somente o seu direito subjetivo, pressupõe-lhe a capacidade de assumir suas responsabilidades, o conhecimento de quais sejam estas responsabilidades e a aceitação de seus encargos.

Os encargos – dever jurídico – são aceitos se preenchem o suposto da legitimidade, requisito a ser analisado mais adiante.

Até aqui, importa sublinhar que o sentido da autonomia privada, no ambiente da visão privatística do direito, valoriza o homem individualmente considerado, apartado de suas relações humanas com os outros homens. A cidadania que emana de tal contexto está lastreada na liberdade e na igualdade, embora idealmente consideradas.

Esta geografia, importa registrar, resulta numa valorização acentuada da culpa como elemento da responsabilidade, diretamente relacionada também às relações de produção em que se inserem, fazendo, assim, coro com o mundo inaugurado, pelo que aqui se identificava tanto um elemento político como um de ordem econômica a ensejar a juridicização da culpa.

A insistência na culpa como elemento da responsabilidade atende adequadamente à valorização do indivíduo e de seus atos, no que a responsabilização por algo ocorrido sem que a vontade tenha concorrido para a formação é um aspecto impensável.

As relações socio-econômicas e políticas então inauguradas deram lugar a uma verdadeira reconfiguração das instituições. O ideário libertador nitidamente

voltado para a figura do homem visto individualmente, constitui a semente de verdadeira contrarrevolução que se assistiria tempos depois.

A cidadania, nessa realidade, desfraldada nas bandeiras da igualdade e da liberdade estava assentada numa clara oposição ao Estado monárquico, pelo que se apresentava de extrema importância valorizar aquilo que estava escrito, em contraposição ao que o rei poderia pensar e decidir constante da estrutura de poder que estava sendo vencida⁵.

O individualismo jurídico, calcado na ideia de que a liberdade e a igualdade, por si só, seriam capazes de levar a sociedade a soluções equânimes e justas, promove a valorização do espaço privado não somente como um novo recinto de circulação humana, mas também em clara oposição ao que era considerado público. Ser cidadão no contexto da sociedade emergente, representa ver reconhecido o seu direito de ser respeitado como pessoa, individualmente considerado, não necessitando para tal ser oriundo da aristocracia, e, portanto, capaz de contratar pessoalmente, devendo essa vontade ser respeitada a qualquer preço.

Implica também ser detentor do poder da vontade, capaz de estabelecer as “conseqüências dos comportamentos”. O homem é agora verdadeiro administrador de seu próprio destino acerca do qual é capaz de antever os resultados e assumir suas responsabilidades. E a vontade tem poderes para autorizar a escolha do comportamento, mas também pressupõe o conhecimento e o controle do próprio resultado.

No afã de superar as tradições reinóis assentadas no absoluto poder do soberano, a sociedade moderna acabou deslocando o atributo do absolutismo para a figura do indivíduo. Fiel a esta tendência dá-se o margeamento do papel do Estado, relegado a uma função de não intervenção no que for considerado de interesse da sociedade privada, terreno de atuação da vontade individual.

O status de cidadão que se estabelece no tal contexto é o do homem livre capaz de opor-se ao Estado, e a configuração de seus direitos individuais está adequada a esse teor axiológico.

E o mundo se divide em dois mundos, racionalmente submetido a

⁵“Era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável. Por outro lado, tornara-se inadmissível a continuidade da discriminação fundada no nascimento, o que exigia a abolição de privilégios estamentais desfrutados pela nobreza e pelo clero”. (SARMENTO, 2004, p. 22/23).

organização científica reinante, preponderando a qualificação dual das coisas, e o pensamento do homem deve absorver a clara distinção entre público e o privado, entre o político e o econômico. O aspecto religioso e o poder da igreja também sofrem reconfiguração. A moral e o direito igualmente assumem posição nesta divisão de mundos, e o jurídico fica caracterizado, plenamente identificado com a lei, instalando-se, assim, o que se conheceu como a experiência do império do positivismo.

A lei, nesse contexto, é capaz de prever a plenitude dos acontecimentos e com igual abrangência estabelecer-lhe a consequência, postura que dentre outras impõe a construção sistêmica do direito e o estabelecimento de conceituações bem definidas.

A experiência do positivismo inaugurou o que Lopes (2006, p. 237) logrou identificar como a

exacerbação do verificável, do fato e da experiência, como a teoria se desligou de uma visão ampla de mundo e também de tais princípios de liberdade, igualdade e dignidade. A preocupação era conhecer o mundo por partes e por experiências específicas direcionadas a dominar objetos.

A noção de ato ilícito, em substituição a uma plêiade de delitos oriundos do direito romano, surge alinhada à realidade do positivismo, bem como da valorização do homem individualmente considerado. Como ato que é, decorre, necessariamente da vontade do agente. Seu efeito é condizente com a figura da responsabilidade civil subjetiva que, considerando a culpa como elemento essencial de imputação, adéqua-se à orquestração geral de que a obrigação de ressarcir somente cabe aquele que por ato de vontade sua, causou o prejuízo a outrem.

Veja-se, neste ponto, os contornos que a responsabilidade civil então detinha. Considerava a capacidade do homem individualmente de responder pelos próprios atos, assumindo os resultados de suas ações e afastava a interferência do Estado neste percurso. A contrafação da responsabilidade é o ato ilícito, que, na sua própria configuração, também prestigia a liberdade do homem, uma vez que é um ato (in)jurídico, mas, ainda assim um ato.

O ato ilícito emerge ladeado ao delito e estabelece claramente a diferença entre o ilícito civil – a indenização, e o ilícito penal – a pena, ratificando assim a distinção reinante entre o público e o privado e corroborante com a organização sistêmica que passou a gerir a sociedade.

Configurado o ato ilícito como o elemento violador do direito individual,

resultado de um ato humano, a reparação se volta para a figura do agente causador e não para a vítima⁶, evidenciando que o foco não é o prejuízo, muito menos a sua extensão. O direito se apresenta formatado para obrigar o autor do dano, e ainda assim na medida da sua consciência, e não para recompor a lesão que a pessoa humana sofreu.

Neste cenário há a valorização do homem, o que aqui constitui importante passo no processo construtivo da cidadania, com o desprendimento dos valores hereditários. Considera o homem em si, mas é indispensável também verificar que esse avanço se deu em atendimento ao ajuste necessário a adequação de poder então inaugurado e recebeu ainda o prestígio da doutrina jurídica mais avançada na época, que através de suas teses chancelou a valorização do homem em si mesmo.

A valorização do homem se dá a partir da criação de uma cadeia de estruturas nas quais estão fincadas as linhas mestras da modernidade. Há uma clara negação do passado e tudo o que possa lembrá-lo, ao mesmo tempo em que se instala uma crença no futuro em que as diferenças sociais sejam superadas.

Neste ponto, às promessas da modernidade se somam as juras do capitalismo que, como ensina Santos (2002, p. 49)

[...] são dois processo históricos diferentes e autônomos. [...] A modernidade não pressupunha o capitalismo como modo de produção próprio. [...] O paradigma sócio-cultural da modernidade, constituído antes de o capitalismo se ter convertido no modo de produção industrial dominante, desaparecerá provavelmente antes de o capitalismo perder sua posição dominante”.

Num dado momento, entretanto, as trilhas da modernidade e do capitalismo se entrelaçaram de tal modo que seus destinos passaram a ser confundidos. Quanto às expectativas, releva registrar que a liberdade e a igualdade previstas no cardápio da modernidade, foram transformadas em mecanismos de validação do próprio capitalismo.

A liberdade de contratar é bem um exemplo dessa intimidade. Assentadas na suposição de igualdade dos contraentes, outro laço de familiaridade, as bandeiras da modernidade por muito tempo alimentaram as esperanças de que o capitalismo ultrapassaria a fase selvagem e atingiria um ponto em que todos se beneficiariam de

⁶ Neste sentido remonta o magistério de Moraes (2007, p.203): “Na medida em que a investigação era feita sobre o aspecto subjetivo, da intenção do pecador, também as conseqüências eram determinadas por considerações desse mesmo tipo. Ressaltava aqui não o interesse da vítima, mas a experiência do pecado e a sanção a ser aplicada. A sanção pelos danos culposos era, portanto, dirigida à consciência do ofensor, através de uma reprovação baseada na culpa como núcleo do pecado”.

seus progressos.

A teia que se formou em favor do modo de produção capitalista não foi capaz de ultrapassar suas contradições e o terreno de esperança que gerou, com o amálgama da valorização do homem, ainda que individualmente considerado, fez surgir o que se pode chamar de efeito Prometeu e, como o lendário grego, provocou a destruição de seu fígado.

A imortalidade “*prometídica*” do capitalismo teve que promover a revisão de suas bases, sob pena de sucumbir. Fez-se indispensável que assegurasse mecanismos mínimos de cidadania. As demandas sociais que se seguiram deram ensejo a criatividade solucionadora do homem.

Promessas de igualdade, aspirações de liberdade e trabalhadores reunidos nas fábricas são ingredientes que concorrem fortemente para o incremento de tais soluções.

O edifício da cidadania que vinha sendo construído, abalado pelas experiências que a renegam, continua a reclamar pela igualdade real, capaz de assegurar seu exercício no mundo concreto das relações de produção. Quanto à responsabilidade, então assentada nos parâmetros da subjetividade, a experiência dos acidentes de trabalho fez das bandeiras da liberdade e da igualdade parecerem conceitos anódinos, trazendo à tona as dificuldades da aplicação tradicional da teoria da culpa, e reclamando por tutela com maior tônus de ingerência.

Van Loon (2004, p. 421/422) faz um fiel retrato dessa realidade. Expôs com lucidez os resultados da chamada liberdade econômica e, conquanto longo, merece a fidelidade da transcrição. Em 1831, diz

[...] pouco antes da aprovação do primeiro Projeto de Reforma, o inglês Jeremy Bentham, grande estudioso dos métodos legislativos e o mais prático reformador político da época escreveu o seguinte a um amigo: ‘Para ficar em paz, é preciso dar paz aos outros. Para dar paz aos outros, é preciso parecer amá-los. Para parecer amá-los, é preciso amá-los de fato.’ Jeremy era um homem sincero. Declarou aquilo que acreditava. Suas opiniões eram partilhadas por milhares de compatriotas seus que se sentiam responsáveis pelas condições de vida de seus semelhantes menos afortunados e procuravam ajudá-los. E Deus sabe que era hora de fazer algo!

O ideal de ‘liberdade econômica’ (o *laissez-faire* de Turgot) fora necessário na antiga sociedade em que as restrições medievais obstaculizavam toda a atividade industrial. Porém, essa ‘liberdade de ação’ que assim tornou-se a lei máxima da terra, conduziu a um estado de coisas terrível, assustador. O número de horas de trabalho nas fábricas só era limitado pela força física do trabalhador. Enquanto uma mulher conseguisse se sentar em frente à sua roda de fiar sem sinais de fadiga, esperava-se que ela trabalhasse. Crianças de cinco ou seis anos de idade eram levadas a fiações de algodão e fim de serem salvas dos perigos das ruas e da vida ociosa. [...] É claro que, nessas circunstâncias, milhares de criancinhas morreram. A situação era lamentável, e os empregadores, que eram seres humanos e, bem ou mal, ainda

tinham coração, queriam sinceramente abolir o 'trabalho infantil'. Porém, como o homem era 'livre', decorria daí que as crianças também eram 'livres'. Além disso, se o sr. Jones tentasse fazer sua fábrica funcionar sem empregar crianças de cinco ou seis anos de idade, seu concorrente, o Sr. Stone, contrataria um grande número de menininhos, levando o Sr. Jones à falência. Por isso, o Sr. Jones tinha de continuar empregando a força infantil até o parlamento se decidir a proibir isso para todos os empregados”.

Todos seguramente já foram apresentados em algum momento à máxima de que a responsabilidade civil é dever jurídico derivado, consiste na imputação do dever de reparação, atribuído a quem descumpriu um dever jurídico originário. Conquanto se trate de uma apresentação elementar da noção de dever jurídico, é suficiente para se partir ao ponto seguinte: a dimensão atribuída ao dever jurídico no contexto do surgimento do Estado Privatista.

Nesse modelo, o dever jurídico é a obrigação do sujeito. A decisão de cumpri-la pode estar assentada no reconhecimento da justeza da obrigação, na sua aceitação como algo inevitável, ou ainda em decorrência do temor ao resultado do descumprimento⁷.

O cumprimento do dever jurídico, predominante no comportamento de respeito à ordem jurídica, surge como o avalista da legitimidade do regramento das relações então reinantes e se torna, assim, o elemento de chancela da ordem jurídica.

O observância da ordem jurídica é matéria que suscita a validação do direito em si e traz à baila reflexões acerca da própria legitimidade do direito e das razões pelas quais os cidadãos cumprem as obrigações que lhes são atribuídas. Porque o grau de cumprimento do dever – já que o descumprimento gera responsabilidade – resulta na gradação das sanções que serão impostas ao ofensor, de modo a considerar o nível de ofensa social que o ato promoveu.

Surge ainda a necessidade de delimitar que deveres serão trabalhados como obrigações para com todos, de modo a provocar uma reação social de grau mais intenso e outras que terão tratamento mais tênue. É através do que se pode chamar de nível de agressão – considerando-se a totalidade da sociedade ou apenas parte dela - que haverá a diferenciação (doutrinária) de pena e reparação.

⁷ Como leciona Lopes (2006, p. 259), o dever, apresenta-se como uma situação jurídica subjetiva correspondente a idéia de direito subjetivo, ou seja, direito e dever são duas perspectivas de uma mesma relação, tendo existência interdependente, simétrica e reflexa. [...] Como essa construção doutrinária alemã possibilitou antever, a responsabilidade tem como pressuposto o descumprimento de um dever. Ela consiste na garantia e imputação de uma sanção caso o dever não seja cumprido voluntariamente.

Cabe sublinhar neste ponto que a responsabilidade civil – e a pena – estão intimamente atreladas ao descumprimento de um dever jurídico. Faz o realce como preliminar para um momento adiante, quando ambas, responsabilidade civil e dever jurídico forem atingidos pelo fenômeno da funcionalização que se tratará alhures.

Por ora importa ir fazendo a costura das categorias jurídicas classicamente consideradas, pontuando suas relações entre si e fornecendo os requisitos sociais em que estão atreladas.

Nessa ótica, a responsabilidade civil é a imputação de uma obrigação, decorrente do descumprimento voluntário de obrigação originária - e aparecem sublinhados o aspecto subjetivo, o ato voluntário e, especificamente grifado, o direcionamento para a figura do autor, muito mais do que na vítima ou no prejuízo sofrido.

A partir da convicção de que as regras jurídicas destinam-se ao restabelecimento ou a manutenção do equilíbrio social – sem aqui se adentrar a quem interessa esse equilíbrio, no desenho do Estado Privatista -, emana cristalina a proteção do ato humano individualmente considerado e sem qualquer relação com o meio em que esteja inserido.

No que se funda essa proteção individual, se não temos mais a figura divina como fiador e se o rei foi dispensado é uma indagação que precisa ser atendida com a indicação de um outro valor, apto a servir de amálgama para que essa sociedade emergente se mostre capaz de legitimar a nova ordem.

Faz parte do conteúdo axiológico da sociedade, assentada na proteção do ato humano individualmente considerado, a crença na possibilidade de um sistema jurídico previamente conhecido, continente de normas universalmente válidas, isentas e positivamente do conhecimento de todos.

O direito de agir, segundo a própria vontade, respeitando o direito do outro constitui uma regra de ouro a validar a ideia de ordenamento jurídico, mas está assentado num outro comando que é o de submeter-se a esse mesmo ordenamento, observando o dever jurídico de mantê-lo íntegro.

O cumprimento do dever jurídico é assim o cancelamento de que as regras contidas no ordenamento são reconhecidas como válidas, o que as legitima. Violado o dever jurídico, é necessário que o sistema se recomponha, através das preceitos que ele mesmo estabeleceu.

No advento da sociedade revestida pelos direitos humanos, a questão que se apresenta é como validar o cumprimento do dever jurídico de modo a prestigiar a eficácia deste elenco em sua importância. A possibilidade do uso da força, embora se faça presente de modo velado, como algo que poderá, mas não será utilizado, não atende ao requisito indispensável da dignidade. Então a força por si só é incompatível com o ambiente de vigência dos direitos fundamentais.

Deve haver, então, outro fundamento para o cumprimento do dever jurídico pelos cidadãos que escolheram viver numa sociedade que prestigia os direitos humanos, já que esse requisito não é a força. A vontade individual de cumprir com o dever também não atende, porque pressupõe um assujeitamento inumano da pessoa, a uma obrigação, o que também é incompatível com a tessitura dos direitos fundamentais.

Há, então, um novo sentido atribuído ao cumprimento do dever jurídico na sociedade pós-moderna, e ele está configurado na compreensão que a pessoa, o cidadão, assume diante de seu papel perante a sociedade em que vive. Não se trata, portanto, somente de fazer o bem – cumprir o direito – em prol da sociedade. Fundamentalmente o que mobiliza o ser para o cumprimento do dever, o vetor que desencadeia esse assentimento, é a soma da consciência de sua prestabilidade social e o reconhecimento da inevitabilidade do cumprimento.

Há um elemento utilitarista que favorece a observância do dever, lastrado na consciência adquirida, na aprendizagem, que reconhece a indispensabilidade da vida em sociedade.

O homem-pessoa, o protagonista que cumpre o dever jurídico que lhe é atribuído, se dá conta de sua própria dignidade, reconhecendo-se como um valor em si mesmo. Tem noção de que essa dignidade precisa ser garantida pelo seu meio, o que faz do cumprimento do dever jurídico na sociedade complexa, em si mesmo, um exercício de resguardo da imunidade, necessário aos direitos fundamentais.

A responsabilidade civil, que agora se apresenta, reduz-se à simplicidade do dever de reparar o dano. Pode ser a imputação decorrente do descumprimento de um dever jurídico originário, mas também é o dever de reparar o dano causado, voluntariamente ou não⁸, daí porque ela é a um só tempo liberdade e coação.

⁸ E nesse ponto a responsabilidade civil se desatreia da tradicional noção de descumprimento de um dever jurídico originário.

A norma que cristaliza esse pós-moderno dever jurídico,

“é assim um texto que pressupõe um acordo vinculativo para sua compreensão. Entender uma lei é apropriar-se dela como um limite para o seu projeto e sua existência com os outros. A lei revela as barreiras que não podem ser transpostas no relacionamento com a alteridade”(LOPES, 2006, p. 264)

Reside nessa assertiva o ponto nodal que enseja a comunicação pessoa e a sociedade em que vive. O dever jurídico é a obrigação que deve ser satisfeita perante outra pessoa (ou interesse). Cumpri-lo é reconhecer ao mesmo tempo a limitação e a alteridade.

A partir desta perspectiva, o descumprimento do dever, mesmo entre particulares, enseja a violação de uma inserção coletiva, grupal, e é socialmente que deverá obter a resposta, daí a sua importância. A capacidade da responsabilidade civil de recompor a ordem jurídica, é posta à prova com a violação, sua eficácia enseja a mensuração da legitimidade da nova ordem.

O requisito de validade do sistema reside exatamente no seu antagonismo (a necessidade de ser testada através da violação), o que traz a baila sua capacidade de recompor-se, ante uma lesão sofrida.

A capacidade atribuída à responsabilidade em recompor o sistema lesionado é também ela um ponto tensional, na medida em que o resultado frustrante nessa empreita poderá expor a necessidade de utilização da força – elemento dissimulado para não ser usado – ou, visto pela negação, a não utilização da força poderá expor a fragilidade do sistema.

Por certo que essa relação tensional submete-se à variação axiológica que a sociedade experimenta, permitindo, em diversos momentos, a verificação do afrouxamento ou estreitamento das soluções apontadas, o que é capaz de gerar até o desconhecimento do instituto da responsabilidade civil, tão diversa que é a resposta oferecida.

É ainda de se considerar que a checagem da legitimidade não exaure o papel da responsabilidade civil e nem o cumprimento do dever jurídico se reitera unicamente no teste de legitimidade do comando a ser cumprido, na avaliação do poder de força do mesmo comando e ainda dos valores sociais presentes no ato de aceitação do dever jurídico.

Para além do teste de legitimidade, há um dado ético que motiva a observância do dever jurídico, fundado no direito como uma ordem idealizada de *dever ser*, o que é vinculante, caso se compreenda o homem a partir de uma

ideia correlata, isto é, como pessoa responsável, dotada de autonomia ética. Nas palavras de Welzel,

enquanto a coação converte o homem em mero objeto de uma influência física, faz dele uma coisa entre as coisas, a obrigatoriedade impõe-lhe a responsabilidade por uma ordem em sua vida dotada de sentido, fazendo dele o sujeito conformador de sua vida.

Dever jurídico e pessoa responsável são, portanto, conceitos indissociáveis (LOPES, 2006, p. 251).

Na medida em que o tecido social se apresenta fragmentado, assentado em bases preponderantemente conflituais e concorrenciais, obscurecendo a identificação de linhas mestras de afinidade, o instituto da responsabilidade civil necessita submeter-se ao processo de complexidade, o que sem dúvida imprime uma carga em demasia aos contornos clássicos do instituto, de forma a não mais poderem responder às demandas pós-modernas.

Sem a aceitação do dever jurídico não se pode falar em autonomia privada e nem em responsabilidade. Por isso o atributo da dignidade enseja a revisão conceitual promovida pelos direitos humanos nas entranhas do direito. Uma nova leitura da autonomia privada enquanto reconhecimento de direito subjetivo da pessoa humana, qualidade que – vista sob o pano de fundo dos direitos fundamentais - traz consigo a capacidade de responder pela própria conduta, perante a comunidade e ante si mesmo. Consiste no reconhecimento da obrigação de observar os seus deveres jurídicos.

Sob a ótica de um mundo onde a dignidade do homem é o direito fundamental por excelência, capaz de resumir a grande esfera de direitos dessa ordem, o dever jurídico assume o perfil também responsável em si mesmo, e se apresenta voltado para o aspecto finalístico que envolve todo o direito como estrutura normativa no ambiente dos direitos fundamentais.

Com isso, há ainda que se considerar que a observância do dever jurídico tem conotações que trazem à baila a legitimidade da obrigação e, portanto, do próprio direito enquanto sistema com aptidão para o uso da força, mesmo que se admita que a utilização desse recurso esteja cada vez mais sublinhada pela domesticação.

O dever jurídico, portanto, além de instrumento de verificação de legitimidade, retém consigo ainda o ponto de equilíbrio entre a autonomia e a coação – aqui vista como restrição a liberdade-, o que lhe traduz papel fundamental na

conformação da efetividade dos direitos humanos.

E, vistos dessa maneira, autonomia privada e dever jurídico são instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que concorrem para o respeito à dignidade da pessoa e para o seu reconhecimento como ser responsável, como pessoa cidadã.

DO PÚBLICO PARA O SOCIAL

Em sendo a cidadania pressuposto da imputação da responsabilidade civil, e um dos sustentáculos dos direitos humanos, emerge, com clareza, o vínculo existente entre responsabilidade e direitos humanos, num processo relacional resultado da longa experiência da vida em sociedade. O motor desse desenvolvimento, o elemento que alimenta as alterações no instituto da responsabilidade civil, sejam elas de mero ajuste, sejam paradigmáticas, é uma incessante busca pela legitimação, pela capacidade de responder à necessidade do grupamento social em que esteja inserida e pelo atendimento do papel ético que lhe incumbe.

Na modernidade, a então nova sociedade calcava-se no formalismo, na visão universal, na aspiração de um modelo moldado no dever ser, no que o direito e sua correspondente estrutura, eram instrumento de mediação.

A sociedade fragmentada que se apresenta hoje, tem, dentre suas características, práticas outras, decorrentes de experiências que ultrapassam a mediação exercida pelo direito. A compartimentação que o mundo conheceu, a pulverização de suas crenças, a demora na entrega das soluções jurisdicionais ou a defasagem entre a solução entregue e as condições efetivas, acabaram por reduzir o poder do direito ou, pelo menos, retirar-lhe a pretensa exclusividade de mediador dos conflitos sociais, impondo-lhe o compartilhamento com novas instâncias solucionadoras.

O fenômeno da mundialização contribui fartamente para o deslocamento da arbitragem para uma esfera que ultrapassa os limites tradicionais de solução dos conflitos. Enseja ainda uma convivência com a diferença outrora somente vista em nível doméstico e portanto (re)conhecível. O outro agora é mais que um estranho. É um desconhecido que detém poderes, direitos e ferramentas que nem sempre sabemos manejar.

O mundo se vê diante de experiências até então ignoradas, resultado da demonstrada fragilidade das barreiras nacionais, ultrapassadas ao simples toque de um teclado, o que propõe ao direito a recuperação do seu papel de mediador maior que estivera ofuscado pelas novidades.

Apresenta-se diante desse quadro intenso processo de revisão das soluções jurídicas então utilizadas, o que enseja, para a responsabilidade civil, uma reconfiguração que atenda às necessidades desse tecido social, com parâmetros de solução capazes de considerar as diferenças, acompanhar a intensa mobilidade estrutural, bem como compreender que a diversidade, além de se perceber exteriormente, alcança cada um de nós, fazendo-nos diferentes de nós mesmos, e assim personagens de constante mutação, inseridos que estamos numa multiplicidade de microssistemas com que nos deparamos a cada episódio da vida.

O primeiro de todos os passos de reflexão que se impõe à responsabilidade reside no desaparecimento do seu espaço privado, até então reservado a relações interparticulares bem delineadas, o que deve motivar a busca de soluções em novas searas.

A procura de legitimação não poderá consistir numa alternativa fechada e nem estar imbuída de uma estrutura lógica, porque esses são atributos de uma resposta adequada à realidade da sociedade moderna e que não vem atendendo às novas demandas.

A solução oferecida ao atendimento de um reclamo pós-moderno, deverá ser, também ela, pós-moderna, capaz de enveredar-se pelos escaninhos dessa recente e ainda inexplorada estrutura social, percorrer suas contradições, armazenando para refletir os pontos tensionais que lhe são característicos. Há de ser proferida numa linguagem capaz de ser reconhecida e compreendida por todos os participantes.

Não se trata contudo de almejar a unanimidade na aceitação. Essa pretensão universalista faz parte das promessas não cumpridas pelo passado recente, mas é preciso que haja um consenso novo, lavrado no reconhecimento da diversidade e acertado na necessidade de uma convenção mínima de convivência.

O que provém desse quadro, ao contrário do que pareça, não é o caos nem a desordem, mas também não é a ordem aqui entendida como o restabelecimento de uma organização lógica típica da sociedade moderna. Não é mais possível retroagir, *consertando* o que se desorganizou.

Qualquer proposta deve então considerar a reivindicação concreta do que se esta chamando de pós-modernidade, tarefa que tem sido incansavelmente despendida pelos teóricos dos últimos tempos, cuja vastidão torna inoportuna a reprodução aqui, mas que nos permite pontuar em alguns ângulos considerados

recalcitrantes.

Ao programa moderno de responsabilidade, calcado no individualismo e no universalismo, apresentam-se as demandas da pós-modernidade como o personalismo e o direito local, num pano de fundo que requer, e aqui não somente da responsabilidade civil, mas do próprio direito, a consideração de substituir o utilitarismo da modernidade pela funcionalidade da pós-modernidade.

Há na bibliografia mais autorizada uma gama de indicação dos elementos que sinalizam a superação do paradigma da modernidade, alguns anunciando até o que será o novo paradigma (com relação ao qual somente é possível se ter uma visão ideal), mas é assente que nos encontramos numa fase de transição, daí porque *pós-moderno*. Do leque de posições destacam-se como componentes desse momento socialmente experimentado, o multiculturalismo, que rejeita soluções universais, totalizantes; a superação do individualismo, que rejeita soluções lastreadas no voluntarismo; o desaparecimento da cadeia espaço-temporal que permite a identificação do resultado decorrente dos avanços da ciência; o anonimato dos autores em diversas situações jurídicas; o pluralismo;

Para chegar até aqui a sociedade percorreu fluxos diversos, os mais recentes marcados pela construção dos direitos humanos, inicialmente com o estabelecimento das garantias individuais, opostas contra o Estado, seguindo-se da inovação para direitos públicos, assegurados pelo Estado.

Mais ultimamente, a crise experimentada pelo Estado, sua incapacidade de assegurar as garantias mínimas, ao lado da disseminação de outras estruturas de poder concorrentes, bem como o visível desaparecimento de seu território objetivo de ingerência, tudo isso, e ainda a assumida convicção de que o homem precisa do outro homem para viver – o que supera o individualismo-, nos põe face ao fenômeno do deslocamento do foco de discussão do público para o social.

As fronteiras entre as categorias público e privado mostram-se absolutamente nebulosas, em razão da fragilidade do Estado no quadro da globalização, o que enseja por si só a revisão de conceitos dessa limitação. Outro aspecto reside na tendência atual de privatizar, transferindo ao particular, a responsabilidade pelos direitos sociais, que até então consistiam claramente em prestações estatais.

Com isso dá-se o que Sarmiento (2006, p. 46) denomina *desmonte do Estado Social* promovendo dentre outras consequências a alteração da fronteira entre o

público e privado, posto que o Direito Público se privatiza e assiste-se a uma verdadeira publicização do Direito Privado.

Institutos tradicionalmente revestidos de carácter privado, como a propriedade, a posse, a família, recebem nova roupagem que pode ser vista na função social que agora lhes é atribuída, em razão de valores constitucionalmente consagrados da solidariedade social, da igualdade substantiva e da justiça distributiva.

Sinaliza em favor de uma mudança de paradigma, o que ocorre em virtude da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, na aplicação da chama da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao lado dessa publicização do privado, surge o terceiro setor, que é um espaço público que escapa à atividade estatal. Trata-se das inúmeras associações de interesses e movimentos sociais, como *ong's*, associação de moradores que agem no interesse da coletiva mas *a latere* da atividade estatal.

Feita esta análise, Daniel Sarmiento refere que tal quadro leva a conclusão de que a fronteira entre o público e o privado não é mais rígida, sendo ambos permeados pela incidência dos princípios que emanam dos direitos fundamentais.

A tradicional fronteira público-privado mostra-se insuficiente para delimitar o espaço social que emana dessa realidade e não constitui mais um dado rígido. A consciência da alteridade é um dos principais fatores que evidenciam um novo conteúdo relacional a ser vivenciado pela sociedade, a desafiar essa antiga limitação.

Acresce que a sociedade complexa, com suas diversidades axiológicas, oferece fértil terreno de novas demandas, para as quais a normatização utilizada na modernidade se mostra incapaz de atender, o que provoca uma outra crise para a qual é necessário revisar o sistema¹.

Há assim um novo chão que não é mais o privado e nem o público, e a esse espaço – o social –, deve corresponder uma revisão na geografia do próprio direito.

A Crise de Legitimidade

O panorama em que predomina a imputação da responsabilidade civil, baseada na relação causal e que tem como necessária, regra geral, a verificação da

¹ Refiro-me a proliferação de religiões hoje oferecidas aos cidadãos, ao lado de um afrouxamento de regras morais até então tidas como invioláveis, e então vimos a abertura para a publicização das relações homo afetivas, inclusive com o revizamento do direito de família, o debate acerca dos limites da vida, com a questão da utilização de células tronco.

culpa, tem posto em dúvida a satisfatoriedade dessas soluções, diante dos laços do compromisso socialmente cada vez mais delineado pelos direitos fundamentais.

É que a responsabilidade civil lastreada na esteira da relação causal pressupõe uma sociedade harmonicamente estruturada (ainda que tal equilíbrio seja apenas ideal), quase estática, em que se pretende limitar artificialmente a rede de responsáveis considerados como tal. A normatização dessa responsabilidade civil compatível com a sociedade moderna é abstrata, cabendo ao indivíduo, ao praticar o dano, fazê-lo conscientemente e violar a norma.

Esquiva-se assim em considerar a complexidade das relações sociais atuais, em que a delimitação espaço temporal da causa não está (mais) visivelmente identificável, o que torna, reiteradas vezes, difícil sua identificação, bem como do seu ator principal.

Acresce que, além da nova consciência do homem acerca de sua própria dignidade, que o alça ao posto de pessoa, e da destruição dos parâmetros de poder em que se assentava o Estado, para se dar algumas das razões mais fortes para a reconfiguração da responsabilidade civil, um novo dado se lhe apresenta, capaz de contribuir para a nova cara da imputação.

Refiro-me ao alargamento de prejuízos até então desconhecidos pelo homem, alguns decorrentes de atividades lícitas² – o que mais adiante também exigirá revisionamento – acompanhados de uma extensão cujos efeitos não eram possíveis se pensar até bem pouco tempo. Daí a necessidade de atualizar o instituto da responsabilidade civil para atender a tais demandas de tutela que a sociedade complexa experimenta.

O mais importante, nesta pesquisa de adequação à realidade, reside em que a responsabilidade subjetiva, voltada para a vontade do sujeito infrator não prestigia a pessoa humana ofendida, pelo que está de costas para a tutela da dignidade que o novo contexto social considera indispensável.

Tanto a configuração da responsabilidade civil objetiva se dirige ao resgate da vontade do agente causador, como o grau de imputabilidade que isto lhe resultaria está também atrelado a sua capacidade de compreensão do resultado produzido e grau de má-fé com que o produziu.

² O uso da água sempre foi considerado uma atividade livre de controles, inserido que estava o bem dentre aqueles gratuitos e inesgotáveis. A realidade hoje impõe o uso racional do líquido e alguns postos do mundo já experimentam a sua escassez.

Ademais, o comportamento ajustado a observância da responsabilidade subjetiva prevê relações jurídicas compatíveis com a universalidade da norma, com a identificação imediata do dano e de seu agente causador. Especialmente, apega-se numa visão contratualista, onde o dano se caracteriza preponderantemente por uma violação contratual.

Portanto, se até o passado recente, a responsabilidade civil, calcada na relação causal e fundada no poder da vontade, respondia adequadamente a necessidade social, hoje, o que se experimenta são prejuízos cuja autoria e extensão são incertos³, e, diversas vezes, se dá desatrelado da vontade do autor.

Despontam os danos ambientais, provocando uma revisão na teoria da culpa, que se mostra de costas para a solução jurídica que seja capaz de responder positivamente ao teste de legitimidade do instituto da responsabilidade civil, suscitando uma dimensão que ultrapassa os rígidos limites fixados na legislação codificada.

Até aqui, as soluções experimentadas para além da austeridade da legislação ordinária estão fundadas na aplicação direta das normas constitucionais, notadamente as referentes aos direitos fundamentais ou mesmo de criativos arranjos jurisprudenciais ou no aproveitamento de legislação esparsa mais avançada.

Alinha-se às já expedidas razões que sinalizam a chamada crise do fenômeno ressarcitório, suscitando a reconfiguração da responsabilidade civil, a necessidade de se compatibilizar a abrangência do instituto à eficácia dos direitos fundamentais – esfera intangível da pessoa humana.

Portanto, a relação social em que está situada, passa a ser vista na dimensão que considera, além da relação pessoal, o impacto e a significação desta no contexto em que esteja inserido, dando-lhe, assim, um sentido, uma função.

O que eu denomino pacto de renovação tem, como colaboração nessa rede, assegurar um compromisso de solidariedade que é ao mesmo tempo direito e dever. Rompe assim com a postura dual que vê no jurídico o encontro de perspectivas contrapostas, do direito e do dever, distribuídas homogênea e racionalmente entre dois indivíduos distintos, o obrigado e o beneficiário.

³ Na área ambiental, a incerteza da autoria se verifica primordialmente pela demora entre a ação e o resultado. No que diz respeito a extensão, a intensa atividade científica tem promovido descoberta cujo grau de periculosidade social sequer podem ser dimensionados.

O direito e o dever agora são vistos da ótica do engajamento e não como fenômenos exteriores, abstraídos da figura do indivíduo. À sua oponibilidade, outrora absoluta frente aos demais, verga-se agora a iteração necessária com esses *demais*. Trata-se de uma influência recíproca, tanto entre o direito e o dever, presentes numa mesma dimensão ante o sujeito pretensor, como entre esse sujeito e sua alteridade.

O conteúdo intersubjetivo, presente nessa relação reconfigurada, tem sua validade condicionada a um horizonte que faz, dos sujeitos de direito envolvidos, partícipes de um projeto que os transcende, que é o exercício de um direito inserido socialmente, e assim para além do interesse particular.

Esse pacto de renovação tem em si também a matriz de um pacto de sobrevivência, que é reiteradamente redimensionado em vista da velocidade com que sociedade complexa se desloca e a intensidade com que reposiciona seus valores. Ambos são parceiros do projeto qualificador da pessoa humana, que se renova constantemente, alimentado ao mesmo tempo pelo conflito e pela crença de que é possível se caminhar para além dos interesses puramente individuais. Mas na consciência, inexorável, de que o homem precisa do outro homem para viver.

Santos (2002, 22) tem uma interessante reflexão acerca dessa instancia atual pela qual passa a humanidade, a chamada pós-modernidade. Após fundadas digressões sobre a qualidade social que esse projeto social enseja, o autor conclui que uma das vantagens da pós-modernidade é se saber imperfeita, o que a faz desprovida desta pretensão.

Essa autoavaliação, inteiramente diversa da pretensão acabada da modernidade obriga a revisão da normatividade então vigente, a partir da consideração do outro, seja esse outro a outra pessoa, seja ele as outras instâncias de medição social.

Em qualquer dessas perspectivas, a crise de legitimidade, longe de ser uma anomalia, representa considerável passo a caminho da construção de uma sociedade mais justa.

Demonstração da Crise da Responsabilidade Civil

A crise de legitimidade existente no direito naturalmente se faz sentir na responsabilidade civil. Fatores como a busca de definições através de casos concretos – presente na jurisprudência inovadora - a desconexão temporal

entre o ato e o resultado, a invisibilidade da autoria, são sinalizadores de uma realidade incompatível com a configuração atual da responsabilidade civil.

A emergência de danos, cuja reparabilidade não se ajusta a nenhuma das fórmulas tradicionais de responsabilidade civil, também contribui para esta revisão. É certo que até então, a tutela da responsabilidade estava muito mais voltada para a relação causal que a ensejasse, deixando deveras sem proteção situações em que, conquanto existente o prejuízo, a indefinição da autoria recusava a imputação, impedindo assim que o ciclo da responsabilização se completasse. Mas é indiscutível que o dano é um dos componentes da responsabilidade civil, tanto que sem ele não se poderia pensar na imputação.

Apesar dessa indispensabilidade, no arranjo clássico da responsabilidade civil, o dano representa o elemento secundário da relação jurídica oriunda do instituto da imputação, diante de uma esquematização direcionada para a figura do agente volitivo – o autor do dano.

Se, pelo lado do autor do dano, reina a visão da responsabilidade civil a incidir seus efeitos somente quando se lhe puder considerar que voluntariamente escolheu o resultado – ótica subjetiva - quanto à vítima, aquele que sofreu o dano, *a responsabilidade civil visa a proteger-lhe a esfera jurídica das consequências danosas provocadas pelos atos humanos* (LOPES, 2006, p. 296) daí porque *o dano mostra-se como um elemento do ato ilícito sem o qual não existe a responsabilidade civil* (ALSINA apud por LOPES, 2006, P. 296)

O dano, entendido como o efeito da agressão ao bem juridicamente tutelado, é assim o contraponto do ato, o resultado necessário para que a responsabilidade civil se realize em sua plenitude.

Exatamente neste tema – bem tutelado, e na sua variabilidade - germina uma das vias de oxigenação, a trilha de acesso em direção a realidade inserida no duelo pela eficácia imediata dos direitos fundamentais. A proteção atual não somente dos bens patrimoniais, mas, em especial das lesões a honra, a imagem, inseridas na nova tipagem do dano material é sinal visível dessa virada axiológica.

Registre-se que até o passado recente, na esfera do direito brasileiro, sequer se admitia a reparação do bem moral, salvo em restritas hipóteses expressamente dispostas em lei, em especial pela preponderância de uma visão acanhada que não vislumbrava a possibilidade dessa tutela fora de suas limitadas balizas, como bem

demonstra o fundamentado debate ocorrido no processo RE 11786, no ano de 1950, na Excelsa Corte, entre os Ministros Orozimbo Nonato e seus pares.

O julgado relata que o autor da ação havia adquirido um túmulo no cemitério, tendo o Município resolvido demolir o jazido, removendo os restos mortais da esposa do autor que, decorridos 4 anos do fato, ajuíza ação de indenização por dano material e moral, este pela agressão especial que recebeu na sua honra. Apreciando a postulação, a Suprema Corte recusou o dano moral porque este não se enquadrava dentre as hipóteses de incidência de indenização na legislação brasileira.

O que merece destaque no referido julgamento é o rico debate travado em 1950, entre figuras notáveis do direito brasileiro com Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães, Rocha Lagoa, Lafayette de Andrade e Edgard Costa, Ministros do Supremo Tribunal Federal na época, acerca da possibilidade jurídica de concederem a tutela pretendida de dano moral.

No mesmo sentido, e ainda de Orozimbo Nonato é o ilustrativo “*o principio da reparação do dano puramente moral vai abrindo caminho, triunfando n doutrina e se inserindo nos códigos*” (Apelação Cível 7.526, site do STF).

Os conhecidos argumentos da imoralidade de remuneração da dor, da impossibilidade de mensuração do sofrimento, da inexistência de previsão legal para acolhimento da pretensão estão recheados do árduo debate doutrinário existente, somente pacificado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que fez referencia expressa à garantia da indenização por dano moral.

Traduz assim a conhecida e hoje ultrapassada controvérsia acerca da possibilidade de atribuir um valor à dor, fundado na convicção de que o sentimento não tem preço, o que não se constitui numa reflexão exclusiva da experiência brasileira.

Tanto é que na Alemanha, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) limitava-se à possibilidade de indenização por danos morais, tão somente se oriundos de prejuízos que escapassem ao enquadramento meramente pecuniário, às hipóteses expressamente previstas em lei, o mesmo se dando no Código Civil Italiano⁴.

O que se faz importante destacar é que a ampliação da responsabilidade civil,

⁴ De acordo com Lorenzetti (1998, p. 455), somente posteriormente, através de construção jurisprudencial essa limitação, tanto alemã quanto italiana foi sendo afastada, notadamente fundamentada nos princípios jurídicos, mais do que na letra da lei.

para as lesões de cunho puramente moral correspondem a desenvolvimento da tutela da personalidade, fortalecendo, assim, a noção de cidadania e a sua assunção a bem juridicamente tutelado.

O respeito à pessoa humana, independente de seu patrimônio materialmente considerado, constitui, para além de uma ampliação da tutela jurídica, o claro reconhecimento da pessoa como um valor em si mesmo, que é, exatamente, o fundamento da cidadania.

A princípio – e bem adequado à estruturação subjetiva da responsabilidade civil então vigente - o dano moral foi considerado elemento de agravamento da pena, nas hipóteses de incidência delitual, desde que houvesse moléstia à segurança da vítima ferindo suas afeições íntimas⁵; estava assim conceitualmente ligado à ideia de delito, e, portanto, não apartado das proposições de ato ilícito ocorrente nas relações privadas.

Seguiu-se vasto processo, com acréscimo de novas hipóteses de incidência de reparabilidade para danos de ordem moral, lastreado inicialmente na ideia da dor moral como merecedora de reparação, vinculada à valorização da esfera íntima do ofendido. Era uma etapa de reconhecimento do patrimônio moral da pessoa, de início individual para se alargar adiante, a ponto de atribuir a tal valor uma conotação social.

Importa destacar neste processo criativo de reparação do dano moral, a contribuição para inserção de reparações para além do patrimônio puramente físico até a superação dessa barreira então vigente do direito privado.

A tutela das lesões a bens de ordem imaterial reflete um instante histórico em que as relações sujeito–objeto e indivíduo–indivíduo dão início à trajetória de superação, permitindo-se transitar em espaços não mais estritamente privado, e também desprovidos de caracterização que os adéque inteiramente a noção de público. Tem andamento a construção do chamado espaço social.

Trata-se, portanto, de atribuir à violação da cidadania a possibilidade de reparação, inaugurando um novo direito, redimensionado pelos direitos humanos, e portanto revelador da superação da visão estritamente contratual da relação humana. A pessoa humana há que ser respeitada, porque tem um valor em si

⁵ Cf. Lorenzetti (p. 454), referindo a legislação argentina do final do sec. XIX, que considerava o agravo moral um agravante do comportamento doloso do autor.

mesmo, mas esse valor – elemento que o faz reconhecer-se perante o mundo – é, ao mesmo tempo, uma condição da qual não lhe cabe prescindir, porque não lhe pertence exclusivamente, que é a sua condição humana.

A *latere* dessa autoconsciência da relação humana, a sociedade dá-se conta de um viés até então desconhecido, presente no ingresso de grupos emergentes da sociedade industrial, das relações comerciais inovadoras e, em especial, dos conflitos que são experimentados por essas classes sociais também extremas. A nova ordem mundial gestou partícipes com perfis incapazes de se ajustar em qualquer matriz tradicional. Se do lado da sociedade civil as organizações não-governamentais se apresentam para defesa de interesses que não são estatais mas não se adequam a um tutela individual, o capitalismo também se reorganiza e faz surgir conglomerados representativos de seus valores, com silhuetas de igual modo genuínas.

Essas emergentes identidades plurais participam do redimensionamento das balizas do direitos. Constituem evidências irrecusáveis do multiculturalismo, sinal da superação do universalismo pretendido pela modernidade. A reconfiguração que exigem deve considerar ainda que essas novas instâncias possuem uma dinâmica normativa própria, concorrente com o poder estatal clássico.

Senhor de um patrimônio ou dono do próprio corpo, o homem assume sua condição de ser único, inserido socialmente mas individualmente considerado, numa incessante relação de troca com os grupos sociais que o cercam. A nova realidade tem ainda como característica a proliferação de relações sociais que se dão no espaço do trabalho, nos clubes, no comércio onde vai buscar o suprimento da família, nas rodas políticas onde se faz partícipe do processo social efervescente até então desconhecido.

Há um novo homem, cioso e ciente de sua condição, habitando uma novel sociedade que passa a experimentar recém produzidos espaços de convivência e a criar originais modos de apresentação.

A esse conteúdo humano, novos inventos e avanços científicos corroboram para um inusitado colorido, trazendo à luz possibilidades, novidades, caminhos capazes de alterar a expectativa de vida outrora limitada quase que a manutenção e sobrevivência. O novo contexto faz do homem um ser com projetos de vida.

À consciência de sua capacidade de intervir no mundo ao redor, decorrente

dos avanços da ciência, a convivência com esferas de sociabilidade surpreendentes, fazem o homem querer viver mais e até almejar a imortalidade. Experimenta-se assim o projeto para o futuro.

O direcionamento do foco para o futuro traz consigo o paradoxo da finitude da vida do homem, se individualmente considerado. Com isso, o sonho da imortalidade acaba transposto para o investimento na conservação da espécie, fazendo coro a um prolongado processo de reconhecimento da importância do outro. É a sobrevivência que se redimensiona.

Com a ótica do futuro emergem as necessidades de conservar a vida para além da condição pessoal. Um futuro que para existir precisa de oxigênio, espaço, alimento, bens que até então considerados inesgotáveis, e que o inadequado manejo e a aglomeração das cidades – para se referir apenas alguns, demonstrou-lhe a fragilidade e escassez. Uma possibilidade de dano então desconhecida se apresenta, e diante desse porvir faz-se necessário redimensionar também a concepção de dano.

O notável entrelaçamento da responsabilidade civil com os direitos humanos, através do necessário reconhecimento da cidadania para a imputação do responsável, permite pensá-la como verdadeira ferramenta de eficácia dos direitos fundamentais, de modo a inseri-la no compromisso ético que reclama a reconfiguração dos clássicos institutos jurídicos que a têm acompanhado.

Emana daí o caráter ético da responsabilidade civil, consideração que faz surgir a necessidade do estabelecimento das fronteiras essenciais para a compreensão do caminho a ser trilhado.

Refiro-me ao que denomino atitude compromissória, assentada na convicção de que o direito é fruto da relação humana, construção que tem em si, a contradição e a busca de um mundo melhor, embora estes dois parâmetros nem sempre se apresentam dimensionalmente equilibrados.

Na sociedade comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, há uma cláusula de justiça que motiva a responsabilização que ultrapasse os limites da vontade do agente, condição fundada numa relação social, conquanto conflitual, se mostra detentora do que se pode chamar de aspecto de sobrevivência da espécie humana.

Esse dado – da manutenção da espécie – decorrente da experiência do

homem – notadamente a partir das grandes guerras, faz de cada ser humano, ao um só tempo, concorrente e participe do seu igual, num reconhecimento da contradição de interesses – afastando, assim, um pacto social pacificamente considerado, mas reconhecendo a necessidade do acordo, um ajuste mínimo em busca da sobrevivência e do rateio do patrimônio da humanidade. Há uma condição de vigilância nessa atribuição mantenedora da própria vida e da espécie humana em si mesma.

A chamada cláusula de justiça consiste numa disposição de efetividade. Significa que o resultado final da aplicação da responsabilidade civil não poderá ser uma representação que não exprima a justeza de sua aplicação, porque se assim o for, houve utilização indevida da instituto. Constitui-se assim num verdadeiro termômetro de efetividade.

Se no passado a chamada “letra da lei” atendia a noção de justiça, no advento da sociedade contemporânea, o que há de ser aplicado é a cláusula de justiça de modo a garantir, ao final, a justeza da incidência da responsabilidade civil .

Quanto ao papel vigilante de manutenção da vida, consiste num dever-direito, E o dever jurídico que emana dessa constatação não mais se limita ao cancelamento das regras e nem se atém ao caráter ético atrás referido, porque agora o dever é um componente do direito.

A leitura desse componente do direito – o dever - no mundo pós moderno, e condizente com o seu necessário aspecto funcional, mediado pelo papel da cidadania como instrumento de realização dos direitos fundamentais, conduz ao reconhecimento de uma responsabilidade emanada de um dever jurídico fundamental, na medida em que é a contraface dos direitos fundamentais.

O imperativo de funcionalizar a responsabilidade civil, de modo à ajustá-la a pretensão de ser ferramenta de eficácia dos direitos fundamentais, inseridas na sociedade complexa, faz surgir um dever que consiste na mudança do foco tradicional, dirigido a subjetividade do autor, para a reparação do dano. E este dever é o dever de reparação.

Um dever alforriado das amarras da culpa. Salvo para dimensionar a extensão da reparação, não importa o quanto o autor quis o resultado. Ele existe e deve ser colocado na cesta daquele que o produziu ou dele se beneficiou.

Com isso, presencia-se a necessidade de uma teoria de responsabilidade civil

alçada a nível de um dever jurídico fundamental, que fundamente o alargamento da sua imputação, libertando-a de elementos que não condizem mais com a natureza das relações que a sociedade complexa hoje enfrenta. A direção que se apresenta pra essa ampliação, sinaliza em favor da sua incidência no aspecto objetivo, dentre outras razões, ante a plethora de ações buscando a responsabilização objetiva que vem se apresentando ao Poder Judiciário.

Há certo descompasso, diz Lopes (2006, p. 6), entre a sua importância social e a consistência teórica, principalmente em face das questões impostas por uma sociedade com a predominância da economia e do poder administrativo na sua estruturação.

A alternância entre a prevalência da igualdade e da liberdade, reais propulsores da revisão conceitual em cada experiência histórica, traz ao debate a questão do sentido da vida do homem, que se faz notar principalmente no visível descolamento da proteção do homem para a proteção da humanidade.

À indagação acerca das razões pelas quais o pólo de proteção oriunda da tutela da responsabilidade civil vem se descolando do homem para a humanidade, responde-se com a contextualização dos valores e instrumentos de controle vividos em cada momento histórico, e que ensejaram visões distintas da responsabilidade civil. Abre-se então o foco no sentido da dimensão que o respeito aos direitos humanos causa no instituto da responsabilidade civil.

Há novos prejuízos, não somente pela inserção de danos até então desconhecidos, como os ambientais e as lesões de ordem moral. Ademais, figuras até então não contempladas com a tutela específica da responsabilidade civil, no caso dos consumidores reclamam pela participação nesse processo de ampliação.

Se a responsabilidade é a resposta do direito àqueles que sofrem prejuízos e há lesões que não mais se satisfazem com as soluções atuais então é preciso repensar as respostas e atualizar a responsabilidade civil.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA – INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção da dignidade da pessoa humana sintetiza, em um só termo, a coleção dos direitos humanos resultantes da experiência do humana¹. Sua construção retrata a disposição do homem em dar sentido à própria existência, sendo conhecidos os degraus que percorreu até atingir o estágio atual do catálogo de valorização do homem. Impõe-se ao Estado o dever jurídico de preservá-la, através de mecanismos de proteção, e aos particulares, de igual modo cabe o dever jurídico de não violar o direito fundamental de todo homem e da humanidade, que fazem jus a ter sua dignidade preservada.

A dignidade é, nesta ótica, o núcleo dos direitos humanos a partir do qual dimana o fundamento de outros direitos fundamentais, o que reclama por garantias vigorosas a lhe assegurar eficácia, impondo limitações que impeçam qualquer mácula ao seu exercício pleno, estabelecendo portanto deveres jurídicos tanto ao Estado como aos cidadãos, que ficam obrigados a envidar todos os esforços para protegê-la e preservá-la, remodelando assim a máxima de que a cada direito existe um dever correspondente.

A reflexão se dirige aos efeitos que os direitos fundamentais promovem nos deveres, suas respectivas balizas de sustentação, na convicção de que ao vigor da importância dos direitos fundamentais deve corresponder a grandeza de uma estrutura capaz de fazê-los valer, com a capacidade de impor o atendimento dos deveres fundamentais que lhe anteparam.

Como dever jurídico que é, a responsabilidade civil constitui elemento dessa estrutura, e participa do processo reestruturador, pelo que cabe revisá-la diante dessa nova perspectiva, atenta aos sinais vem sendo dados em direção a necessidade do ajuste ordinatório da proteção dos direitos humanos, indicando mudanças paradigmáticas.

Em 1972 a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humanos, trazia dentre suas preocupações, os direitos da família humana a um meio ambiente saudável e produtivo, o que implicava na segurança de uma alimentação saudável e

¹ MORAES (2003, p.84), citando Cunha (2003) refere a condição de *Grundnorme* que esse doutrinador atribui a dignidade humana, para considerá-la a norma fundamental por excelência.

produtiva que pretendia exequível, a partir da garantia de “direitos das pessoas a uma alimentação adequada, boas moradias, água de boa qualidade, acesso ao planejamento familiar”.

O Relatório Nosso Futuro, conhecido como Relatório Brundtland², em 1987, anuncia que a questão ambiental tem relação direta com a precarização das condições de vida nos países pobres, estabelecendo assim uma inafastável dependência entre a questão ambiental e o respeito à dignidade do homem através da garantia de condições mínimas de sobrevivência.

De acordo com o Relatório Brundtland,

[...] muitas questões críticas de sobrevivência estão relacionadas com desenvolvimento desigual, pobreza e aumento populacional. Todas elas impõem pressões sem precedentes sobre as terras, águas, florestas e outros recursos naturais do planeta, e não apenas nos países em desenvolvimento. A espiral descendente da pobreza e da deteriorização ambiental é um desperdício de recursos humanos.

Ainda segundo o documento, os vínculos existentes entre a pobreza, a desigualdade e a deteriorização ambiental, âmbito das preocupações da comissão, fazem necessário um “*crescimento econômico convincente*,” duradouro do ponto de vista tanto social quanto ambiental.

O Relatório tem o condão de apresentar um extrato da realidade no final do século passado, destacando a estreia de novos atores, como a humanidade, e situações relacionais emergentes como a comunidade de países, agora voltadas para interesses além das transações comerciais, em uma dimensão executória projetada para o futuro.

Muitas formas de desenvolvimento – diz o relatório –

[...] desgastam os recursos ambientais nos quais se deveriam fundamentar, e a deteriorização do meio ambiente pode prejudicar o desenvolvimento econômico. A pobreza é uma das principais causas e um dos principais efeitos dos problemas ambientais do mundo”. Portanto – conclui – “é inútil tentar abordar esses problemas sem uma perspectiva mais ampla, que englobe os fatores subjacentes à pobreza mundial e à desigualdade internacional³”.

Sobre a relação que há entre a industrialização e a agressão da natureza, ensina Santos (2002, p. 27-28) que a industrialização não é necessariamente o motor do progresso nem a parteira do desenvolvimento, pondo assento numa

² Extraído do Relatório Brundtland – Nosso Futuro Comum, documento da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, na ante-sala da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

³ idem, p.2

concepção retrógrada da natureza, incapaz de ver a relação entre a degradação desta e a deterioração da sociedade que a sustenta.

Além disso, essa realidade, ao contrário da liberdade que prometera, tem gerado insistente violação dos direitos humanos.

Quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativeiro na Índia; a violência policial e prisional atinge o paroxismo no Brasil e na Venezuela, enquanto os incidentes raciais na Inglaterra aumentaram 276% entre 1989 e 1996, a violência sexual contra as mulheres, a prostituição infantil, os meninos de rua, os milhões de vítimas de minas antipessoais, a discriminação contra os toxicod dependentes, os portadores de HIV ou os homossexuais, o julgamento de cidadãos por juizes sem rosto na Colômbia e no Peru, as limpezas étnicas e o chauvinismo religioso são apenas algumas manifestações da diáspora da liberdade (p.24).

Tal variedade de componentes inusitados, tem outro dado original, notável na dificuldade de circunscrição de fronteiras tradicionais, uma vez que estão a ocorrer em territórios que estão além de barreiras nacionais habituais, convocando à revisão também essa (i)limitação e sinalizam a necessidade de uma tutela nova, que considera a perspectiva humana mais ampla, e a inserção de sujeito de direito até então desconhecido – a humanidade, um ente cuja caracterização convida a inserção de elementos transpessoais e transtemporais.

Com uma área de alcance superior a do Estado tradicional, comparece para revisionamento toda a estrutura de poder agora enfraquecidos pela fragilização do Estado Nacional.

À essa indissociável relação entre o desenvolvimento sustentável e a garantia de condições mínimas de vida digna, também no aspecto que se refere às relações sociais, acrescentam uma multiplicidade de eventos, contribuindo para a revisão teórica de seus fundamentos, de modo a atender ao conjunto axiológico emergente.

O elemento transpessoal traz consigo a multiculturalidade que atinge a sociedade contemporânea. Decorre das relações econômicas, da experiência do trabalho em espaço e sob comando distinto do habitual, o que significa não somente o toque entre culturas diversas, como provoca o rompimento de estruturas então bem definidas, capazes de viabilizar, mais facilmente a identificação do interlocutor e com isso seu hábitos, seus valores.

O encontro com o exótico é mais do que o conhecimento de experiências com grupos distintos. Proporciona a quebra da rigidez de identidades então vigentes, decorrentes da vida em comum que as pessoas levavam, permeada pela visão individualista do mundo.

A convivência, nas entranhas da sociedade complexa, oportuniza a seus membros a experimentação da estranheza ante o desafio de viver com a diferença do outro. A aceitação da diversidade traduz um riquíssimo exercício rumo ao reconhecimento da alteridade, o que contribui para o surgimento de dutos sociais de solidariedade.

A convocação, nessa proporção – a dimensão da solidariedade, é um passo adiante da mera resignação ante a convivência com a diferença – a magnitude da tolerância. Não basta

“evitar a humilhação dos outros. É preciso também respeitá-los – e respeitá-los precisamente na sua alteridade, nas suas preferências, no seu direito de ter preferências. (...) Minha ligação com o estranho é revelada como responsabilidade, não apenas como neutralidade indiferente ou mesmo aceitação cognitiva da similaridade de condição (e certamente não através da desdenhosa versão da tolerância: ‘Fica-lhe bem ser como é. Que o seja. Só que eu jamais seria assim.’) É revelada, em outras palavras, como comunidade de destino, não mera semelhança de fado. A uma sina comum bastaria a *tolerância* mútua; o destino comum requer *solidariedade*.” (Bauman, 1995, p.249)

Se é fato que o instinto de sobrevivência orienta na direção de manter-se entre os conhecidos, também é verdade que a organização social atual já não mais se limita a ações decorrentes do instinto. A experiência da solidariedade ultrapassa hoje os limites de mera atitude benfazeja. Postula sua consideração para além da ótica filantrópica do passado.

A solidariedade como se apresenta na atualidade é fruto do reconhecimento da pluralismo que dá rosto a sociedade contemporânea, visível na diversidade de fontes normativas hoje reconhecidas como válidas. Embora o Estado ainda detenha a maior fatia do poder de dizer o direito, é notório que já não mais o faz com exclusividade.

A solidariedade é assim a consciência racional dos interesses em comum (Moraes, 2007, p.111), não apenas um simples gesto de boa vontade, mas resultado da dura experiência que levou o homem a reconhecer a necessidade do outro, num exercício de alteridade que ultrapassa o círculo do individualismo, projetando o reconhecimento para o respeito à transferência de normatividade a grupo distintos do Estado.

Um longo percurso ensinou ao homem que sua sobrevivência também depende do reconhecimento do outro e que este nem sempre é aquele que se reconhece imediatamente como parceiro. O desafio então não se limita mais a

aceitação da alteridade. Vai mais longe e indica que o outro será alguém diferente. A aceitação dessa vivência, a compatibilização do igual e do diferente demanda uma noção de etnocentrismo que ao mesmo tempo garante a diferença, sem que ela resulte na desigualdade.

Neste ponto a experiência da igualdade suscita novos amoldamentos. Torna-se necessário passar a ver o outro – ainda que igual – na sua diversidade, e colaborar para preservá-la, de modo a impedir a instalação de uma única identidade que não concebe a diferença. Há, visivelmente, um aumento da envergadura da pretensão, que aqui não mais se dirige a que todos sejam iguais, mais sim a que todos tenham, igualmente, o direito de preservar suas diferenças. A vida em sociedade haverá então de promover novos exercícios de convivência.

O Direito, como organismo moldado nas relações de poder e, ao mesmo tempo mediador das relações sociais, diante da fragmentação estrutural que esse contexto se lhe apresenta, sinalizando a mudança de paradigma, deve cumprir o papel de mediador da transição, e refletir ao mesmo tempo o dado e abrir para a construção do novo.

Em sua seara, a legislação codificada não permite o acompanhamento do ritmo célere das novidades sociais que se apresentam a demandar soluções jurídicas inéditas, a cuja presteza a norma abstrata positivada não está adequada. Ademais, há uma contínua mobilidade social, fazendo surgir a todo instante leis especiais para regular a fertilidade das relações sociais a que se reportam.

De acordo com Santos (2002, p. 16), a mudança paradigmática, conquanto somente possa ser asseverada muitos anos após a sua instalação, apresenta indícios de sua existência durante o percurso. *“Entre as ruínas que se escondem atrás das fachadas, diz ele, podem pressentir-se os sinais, por enquanto vagos, da emergência de um novo paradigma”*.

Sinais de ruínas da modernidade, promissora de um mundo em que liberdade e igualdade funcionariam como guardiães da dignidade, se fazem presente ainda no visível esmaecimento da esperança de que o desenvolvimento por si só, algum dia será compartilhado por todos, e que a luta pela sobrevivência, através do trabalho árduo, será substituída pelo usufruto de bens oriundos da ciência e da tecnologia.

A cada dia, a tensão capital e trabalho, embora transvertida em outras roupagens tem se mostrado insuperável, fazendo crer que a distribuição equitativa

da riqueza e da qualidade de vida prometidos não se realizará, e que o ideal de justiça, para se fazer concreto, será sempre resultado da constante luta entre excluídos e poderosos, ainda que essa relação hoje esteja mascarada por atores diversos.

A esperança de, integrando o exército de reserva de mão-de-obra, ser convocado ao trabalho, foi substituída pela condição de desemprego estrutural⁴. As pessoas que não foram aproveitadas pelo novo sistema tornam-se desinteressantes em face de não se constituírem em consumidores, mesmo que potenciais, da estrutura de poder então vigente.

A crise da modernidade, ainda de acordo com Santos, (2002, p. 16) se dá, dentre outras, em razão da impossibilidade de oxigenação do paradigma, que sustentado no projeto de tensão dinâmica entre regulação social e emancipação social, viu sucumbir sua pretensão pela transformação de energias emancipatórias em energias regulatórias.

Concomitante ao quadro de falência da modernidade, ante a sucumbência da esperança de realização da igualdade formal pela redução da desigualdade real⁵, assiste-se a rearranjos sociais, decorrentes da busca de novos portos seguros, e fundados naquilo que chamamos de pacto de renovação.

Há um claro movimento mundial de promulgação de textos constitucionais consagradores dos direitos humanos, o que, a despeito de por si só ser insuficiente para sua eficácia, é um sinal de preocupação com o assunto que não se via em séculos anteriores.

Tal fundamentalização de direitos humanos nas diversas Cartas Constitucionais promove a correspondente revisão da normatividade em geral, até de ordem legislativa, ratificando o compromisso com a eficácia dos direitos fundamentais, o que enseja que todo o direito se faça ferramenta para tal exequibilidade.

⁴ Neste sentido, Bauman (1997, p. 196) referindo à política de redução de posto de trabalho, decorrente do processo da racionalização, que sepulta a pretensão operário de aproveitamento de sua mão-de-obra.

⁵ Tome-se a remissão de Streck (2009, p. 241), citando Tarso Genro sobre a derrocada das promessas da modernidade: “a modernidade “propôs uma dupla possibilidade para a humanidade. Por uma delas, a realização da razão seria o desenvolvimento universal para um sistema que concretizasse o princípio da ‘igualdade formal’, através da crescente redução das desigualdades reais no mundo moderno. Tal não aconteceu. Ao contrário, o que ocorreu foi a pós-modernidade aprofundar a irracionalidade, aumentar as diferenças sociais e consolidar relações cada vez mais alienadas.

As constituições perdem o caráter meramente programático, adquirindo força normativa, com status de aplicação imediata, a impor o automático ajuste da normatividade, seja ela a lei infraconstitucional, as decisões sumuladas do tribunais e qualquer outro comando pretensor de imposição de comportamento⁶.

O processo construtivo que resultou nos direitos fundamentais se fez acompanhar de mudanças que também concorrem para a instauração de um novo perfil da sociedade, em especial decorrente do descrédito nas instituições e na reação a má distribuição não somente da renda, mas das fatias de poder. A consciência da tutela que emana dos direitos fundamentais faz surgir um agente alinhado com a exigência da eficácia desse catálogo de direitos.

Sem dúvida que uma das razões do fracasso das promessas da modernidade está na sua incapacidade de apresentar soluções compatíveis com a esperança de igualdade e vida digna, o que foi sendo verificado, dentre outras, através da checagem dos conceitos tidos como válidos, que lastreados numa convicção calcada no formalismo, terminaram por se mostrar vazios, na medida em que incapazes de produzir os resultados prometidos.

É ainda Santos (2002, p. 24) que resume as principais promessas não cumpridas da modernidade, em destaque a igualdade, ante a constatação de que nos países capitalistas avançados, onde 21% da população mundial controlam 75% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida; a percepção de salários ínfimos pelos trabalhadores dos países do chamado terceiro mundo em comparação com os que remuneram a mão-de-obra dos países ricos⁷.

A promessa de liberdade, paz e domínio da natureza também não se fizeram cumprir, o que pôs em dúvida o edifício construído pela modernidade, viabilizando o soerguimento de novos parâmetros, contrapostos às soluções então disponíveis, que se mostraram incapazes de responder adequadamente às demandas sociais, pondo em cheque, assim, o controle de legitimidade a que a ordem jurídica é submetida rotineiramente.

⁶ No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma série de novas ações constitucionais com vista a dar validade ao poder normativo constitucional, podendo haver interpretações de constitucionalidade sem redução de texto,

⁷ De acordo com dados do Programa Mundial de Alimentos (PMA) da ONU, a comunidade internacional foi convocada em 04/2009 reunir 5 milhões de dólares para alimentar 100 milhões de pessoas no ano de 2009, o que seria possível, segundo a mesma fonte com apenas 1% do resgate financeiro feitos recentemente pelos Estados Unidos e Europa.

Notadamente não responde mais ao controle de legitimidade a circunscrição do dever jurídico na esfera puramente privada, e a sua violação com o único requisito para a ocorrência da responsabilidade civil, tradicionalmente tratada como dever jurídico secundário, decorrente da violação de um dever jurídico primário ou originário.

Direcionado o foco reconstrutor para a responsabilidade civil, o que se destaca é uma formulação inteiramente superada pela práxis, que exige um dever jurídico inserido no compromisso com a função social, pelo que seus efeitos ultrapassam os limites clássicos do espaço privado. Some-se que a responsabilidade civil não mais necessariamente estará circunscrita ao âmbito de violação de um dever jurídico primário, podendo ela mesma se constituir nesse dever inaugural, ou mesmo não estar atada à violação de um dever previamente estabelecido.

As questões de índole ambiental, prestam-se bem para demonstrar essa possibilidade. Nelas, não será a violação do dever jurídico a ensejar o dever de reparação, cuja ênfase estará no benefício de uma situação que gerou danos, e que na sua origem nem sequer era considerada ilícita. Neste aspecto, as soluções tradicionais oferecidas para responsabilidade civil não respondem positivamente ao teste de legitimidade, o que consiste num dos sinais de necessidade de mudança.

Reprovados no teste de legitimidade, ante a incapacidade de oferecer as resposta que a sociedade contemporânea necessita, novos rearranjos vão sendo costurados, em direção ao atendimento da realidade então enfrentada.

A efetividade dos princípios desponta como requisito inafastável nessa nova formação jurídica, promovendo mudanças no arcabouço jurídico, que ensejem a real aplicação dos direitos fundamentais, apresentado-se, assim, como ferramenta desse novo modo.

O novo paradigma, em que a efetividade é uma condição de funcionamento da normatividade, a responsabilidade civil - instituto de direito destinado a atribuir o dever de reparação àquele que causou dano a outrem - apresenta-se ao desafio de adequação aos novos parâmetros.

Para tanto deverá submeter-se ao fértil terreno de debates acerca dos limites de incidência, revisar os agentes até então envolvidos, de modo a, considerando o quadro da realidade, propor a inserção de outros sujeitos de direito, considerar sobre

a validade da manutenção da relação causal como condição primordial de validade, ponderar a extensão de seus efeitos, bem como a obrigatoriedade de existência de um dever jurídico originário a ensejar o dever de reparação.

Classicamente contida nos estudos do Direito Privado, a apreciação mais atual da responsabilidade enseja a consideração do estudo sob a ótica de sua eticidade, capaz de atribuir-lhe o aspecto de ferramenta de realização dos direitos fundamentais a que deve ser adequado o Direito Privado como um todo.

Somado a isso, o ajuste da responsabilidade civil, com a necessária revisão dos lineamentos jurídicos, reclama por uma situação de segurança; mais que um armistício, de tal modo que proporcione o usufruto da qualidade de vida que o investimento do mundo propiciar, com o extremo avanço da modernidade e o manejo progressivo da tecnologia.

Para corresponder a esse papel, a responsabilidade civil deve submeter-se à teia mínima de proteção que a condição humana construiu, firmando um compromisso multidimensional, com vistas à tutela do passado, – com o que resguarda as tradições, as diferenças entre os povos; que promova adequado manejo dos valores do presente – aqui como fruição de sua condição humana, no exercício pleno da dignidade, e com a grandeza de proteção do futuro, que alberga a preservação da espécie humana, mas não só dela, e a conservação que a natureza clama para sua utilização em direção ao desenvolvimento sustentável.

O resultado desse compromisso deve ser a concorrência efetiva para a eficácia dos direitos humanos, conjunto de princípios e normas cuja uniformidade se reconhece no respeito à dignidade do homem. Na lição de Perez Luno (1979, p. 43) (os direitos fundamentais⁸) devem ser compreendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, a cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Desponta dessa definição o indispensável compromisso para com a realidade que a responsabilidade civil assume, orientado-se pelo aspecto construtivo-vivência I que deve nortear os conceitos jurídicos da atualidade.

É no princípio da dignidade, reconhecido como determinante da orientação

⁸ Não adentraremos aqui na discussão acerca da diferenciação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentos, conquanto esta se mostre interessante.

segundo o qual os homens devem ser tratados consoantes as suas decisões, intenções, manifestações de consentimento, crenças e opiniões (SANTIAGO NINO, 1989, p. 287-288 apud MORAES, 1997), que se pode resumir a fonte ética dos direitos fundamentais (MORAES, 1997, p. 90).

Daí dizer, com Lopes (2006, p. 27), que ser responsável juridicamente equivale a ser tratado como um fim em si mesmo e ser dotado de autonomia ética para conduzir sua própria vida com sentido.

O direito como representação dessa construção concorre para a formação da proteção da dignidade humana o que se dá através da afirmação dos direitos fundamentais, assertiva que reclama pela sua concretude e, portanto, faz necessária a revisão do arcabouço regulatório e de seus microssistemas.

Acresce ainda a necessidade de revisão de seus pressupostos, para ajustá-los aos reclamos decorrentes de uma sociedade fundada numa vivência social que se baseia no anonimato, ou pelo menos na invisibilidade dos agentes.

Há que se considerar que, num passado recente, a identificação do autor do ato jurídico era tarefa fácil desempenho, pelo que a atribuição da responsabilidade civil através da relação causal direta, possibilitava uma resposta imediata e adequada à realidade. As ligações humanas hoje têm características bem distintas, enlaçadas que estão pelo fenômeno da mundialização em toda a sua extensão, ante o que as bases formadoras da sociedade defrontam-se com o desaparecimento dessa constância relacional.

Além do distanciamento físico com que diversas relações se travam, o modo de produção tem protraído o leque de consequências que provoca, seccionando a relação temporal então experimentada, de modo a que somente muito tempo após a ação, possa se dar conta do resultado.

A segurança então decorrente do controle das relações através da visibilidade de seus ingredientes se faz substituir pela necessidade de segurança lastreada na convicção da reparação do dano (o que torna até desnecessária a identificação de seu agente) e pela garantia de que a prevenção se tornou um elemento da responsabilidade civil.

É, com Santos (2002, 41), a “*era do desassossego, experimentada em razão do que chama desorientação dos mapas cognitivos, interaccionais e sociais que até agora temos inerme confiado*”, como se refere o autor ao momento atual.

No redesenho dos pilares da responsabilidade civil, a autonomia, embora privada, assume a dupla vertente de ter um fim (no sentido finalístico) para o sujeito jurídico que a exerce e a reconhece inserida no espaço social relacional justificadamente (no sentido de sua função social).

Com isso, a vazia afirmação de que a “*responsabilidade civil é instituto de direito destinado a atribuir o dever de reparação àquele que causou dano a alguém*” dá, um passo em direção a se tornar uma assertiva ínsita de conteúdo.

O tratamento deve, a um só tempo considerar o papel de efetivador dos direitos humanos e modernizador de seu conteúdo, a ponto de responder positivamente à tutela das relações anônimas com que se depara hoje a sociedade.

O dever jurídico do qual se origina o dever de reparação, a imputação desse dever de reparação a alguém, e o modo como essa reparação se dá, sob a ótica da finalidade e da funcionalização, ganham novas cores, adequadas ao contexto de eficácia dos direitos fundamentais.

O fato jurisdicizado, evento do mundo, que se dá com a incidência da norma sobre o fato da vida, transformando-o em fato jurídico⁹, também adquire novos contornos, constatáveis na releitura das relações sociais, então subjugadas pela barreira do público e do privado, resultando numa visão da autonomia privada também sob a ótica da finalidade e da funcionalização.

Tratar da autonomia privada no ambiente dos direitos fundamentais requer a constante observância de que a dignidade da pessoa humana implica o reconhecimento do homem como titular de direito subjetivo, de modo que não se incorra, no afã da proteção dos interesses da sociedade, no aviltamento da garantia da autonomia privada, o que impõe a fixação de uma esfera de liberdade para o exercício da cidadania (LOPES, 2006, p. 250 apud Habermas).

Significa, portanto, redimensioná-la sem que o direito à liberdade individual desapareça como uma peça do passado a ser eliminada. Para tanto há que se ter sempre em mente que a Constituição Federal assegura o direito fundamental à liberdade, inclusive individual.

Segundo Moraes (2003), um dos sintomas mais caracterizadores da

⁹ La legge procede per comandi astrati in relazione alle vicende del mondo giuridico; dalla legge non sorgono direttamente situazioni giuridiche soggettive, ma essa prevede e regola le cause del sorgere, dell'estinguersi o del modificarsi dei diritti: tali cause sono qualificate fatti giuridici.(TRABUCCHI, 1992)

necessidade de toda essa revisão e que indica a mudança de paradigma, funda-se no que a autora denomina a *era das incertezas*, das instabilidades, contrapondo-se à uma outra em que era possível ter o controle das relações e antever o resultado das experiências.

Ainda em Moraes (2003, p. 60-63), pelo menos três circunstâncias indicam a disseminação da incerteza, ensejando polêmicas cuja necessidade de solução leva à eleição de novos valores. Indica o que considera controverso, voltada para a questão do conhecimento: a impossibilidade de dominar os efeitos da tecnologia, a dificuldade de apreensão da gama de informações ante a sua vastidão e complexidade, e ainda, a despeito da explosão do conhecimento, “*a acumulação de tão profundos conhecimentos sobre o mundo não aumentou a sabedoria do mundo, da pessoa em relação a si própria, aos demais, à natureza*”.

A era de incertezas, paradoxalmente, remete o homem ao desconhecimento que originou a sua busca pelo saber, pela vida melhor, pelo que agora, como outrora, ainda é preciso descobrir o sentido para a construção que o homem ensejou.

A racionalidade dá lugar à funcionalidade, ensejando a empreita de redimensionar novos institutos, num quadro geral que permite acrescentar ao qualitativo incerteza, a era da ignorância, aplicável ao fato do homem não saber o que fazer com o que construiu.

Se outrora o valor supremo, após um período de grande produção artística, filosófica e tecnológica, estava centrado na racionalidade, a constatação de miséria e desigualdade que alcança o homem hoje, leva a busca de um novo elemento, que resgate a sua condição de homem, a sua própria humanidade, termo aqui utilizado como adjetivo, significando a qualidade humana do homem, condizendo com a noção de que somente se pode pensar o homem inserido no mundo com outros homens, de modo que todos tenham, no exercício dessa qualidade, a dimensão subjetiva compatível com a sua dimensão social¹⁰.

A humanidade é, nessa ótica, o adjetivo do homem, sua qualidade permeada

¹⁰ BEDELMAN, Le, jurista francês, citado por Moraes (2007, p. 109), referindo ao conceito de humanidade aduz: *Plus précisément, ce concept designe quelque chose d'absolument inédit: il est avéré que les hommes, en tant qu'ils constituent l'humanité, sont désormais en danger: ce ne sont plus les individus eux-mêmes qui méritent protection, mais la communauté humaine, rassemblée autour de valeurs – le respect et la dignité -, de biens communs et d'une mémoire.*

pelo reconhecimento de sua condição humana, atributo que traz em si a capacidade de fazer o bem e o mal, e a necessidade de se escolher valores a serem tutelados de modo a possibilitar, concretamente, uma vida humana digna.

O atestado da humanidade do homem é assim a consideração de suas virtudes e mazelas, superados os aspectos místicos e religiosos do passado. Reconhecimento que se dá, numa dupla relação com a realidade, porque emana das experiências do passado, e em razão de atestar um compromisso para o futuro, dentre os quais a vida presente é a permanente atualização dessas duas perspectivas.

A igualdade, sendo pilar importante da construção social do homem, deve submeter ao notável movimento de ajuste conceitual em busca do sentido real, constituindo-se assim um conceito conteudístico desse movimento criativo da história do homem.

Por isso que no advento do positivismo, a postulação pela regra da igualdade tinha status de fidelização aos anseios da classe que despontava¹¹, numa conjuntura em que *ser igual* era mais a faceta de não ser diferente e não ser tratado com indiferença, do que o critério de igualdade que hoje se discute¹².

Importante destacar esse matiz da igualdade em particular e dos direitos humanos em geral. Além dos aspectos econômico-sociais e políticos que geram tal

¹¹ Mas, uma vez alcançado o objetivo de ascender ao poder, a igualdade bradada como o direito de todos desaparece, daí a acertada lição de Paulo Bonavides ao afirmar que a tensão, muito particular entre regulação e emancipação que caracterizou a recepção do direito romano era parte integrante do projeto histórico da nova burguesia européia, em luta pela conquista do poder econômico e cultural e, por último, do poder político. Uma vez conquistado o poder político, essa tensão perdeu toda a utilidade histórica. (BONAVIDES, 2000, p.116).

¹² Naquele contexto dos ideais revolucionários setecentistas, a prática da igualdade, contraditoriamente, findou levando para a experiência da desigualdade, porque seu exercício tem como condição a possibilidade de resistência. Não se é igual se não se pode fazer oposição à violação da igualdade. Não há igualdade sem garantia de igualdade.

O mero exercício da igualdade ensejou ensaio de profundas desigualdades, para cuja conclusão basta olhar com atenção a vivência dos trabalhadores fabris, nos contratos celebrados no começo do século XIX.

Eram livres para contratar o que quisessem e com quem quisessem, o que levou a degradação de sua condição humana, decorrente de fatores como o desconhecimento do trato com as máquinas, que geraram acidentes de trabalho até então ignorados, a oferta massiva de mão-de-obra, a possibilitar ao empresário a simples dispensa daquele que ousasse discutir uma cláusula contratual, e o desaparecimento das condições de trabalho feudais que lhe permitiam morar, ainda que sob a dependência do suserano e da terra retirar o seu sustento.

compromisso há, na condição humana, uma busca pelo bem-estar, de tal modo que, ainda quando este não seja um objetivo real é sempre apresentado como justificativa para a implementação de direitos.

Esse bem-estar tem também uma dimensão consentânea com o mundo de hoje, e condiz com a afirmação da valorização do homem enquanto tal, mas inserido no contexto humano em que se encontra, pelo que há de ser pensado a partir do compromisso com a socialização das vantagens. A humanidade alcançou um patamar do qual não resta mais espaço para defesa de teses que privilegiem um dado grupo social ou que tutelem o homem como sujeito de direito individualmente considerado.

Portanto o bem-estar não condiz com mero investimento em avanços tecnológicos, mas há que estar voltado para o usufruto social dos construtos da humanidade. Socializem-nos os riscos. Socializem-nos os avanços. Porque qualquer construção, qualquer descoberta, é sempre resultado da relação humana.

Há um elo para com a ideia de que o direito, a justiça e a responsabilidade civil aqui tratados têm, mais que um alinhavo, a coerência com uma forma de ver o mundo sob a ótica da solidariedade, senão como constatação mas como pretensão, um objetivo a ser alcançado.

Neste sentido, o direito em geral e a responsabilidade civil em particular não de estar voltados para a proposta de vida em sociedade na qual deve ser satisfatoriamente considerado que todos são responsáveis pelo bem-estar em comum.

Isto não implica qualquer afeição à ideia de uma sociedade harmonicamente constituída. Muito ao revés, a sociedade tem em si um condão individualista, que se contrapõe na ideia de satisfação social. Mas, ao lado dessa aparência e condizente com a sobrevivência, reside um movimento de resistência ao aniquilamento do social, inicialmente fruto de uma ideia genial, apropriado pela sociedade e em seguida apoderado pelo grupo em comando, que o submete aos seus próprios interesses, após algumas concessões. Este gesto social quase que repete o instinto de sobrevivência que norteia o ser humano ante os perigos de agressão física que venha a sofrer

Para tanto, o pacto com a renovação é um elemento da resistência ao aniquilamento social. Ele tem um pé na experiência e uma visão no futuro. Mas não

se constitui num gesto harmônico, único, ou espiralado. É filho do aprendizado e da ousadia. É um movimento humano.

A solidariedade é o ingrediente que dá oxigênio à sociedade, para resistir ao aniquilamento que o conflito social fatalmente levaria, se a solução buscada se destinasse tão somente a resolvê-los em si mesmo.

Surge, assim, nesse jogo de sobrevivência, um sentido na vida do homem, que ao mesmo tempo em que poderia ter mais se destruísse seu igual, necessita dele para sobreviver. É o reconhecimento de que a vida do homem é relacional.

Os participantes dessa empreita têm papéis a cumprir, deveres e direitos dispostos de modo a regar o espaço de cada um e nortear as relações dos personagens entre si. Dentre os deveres desponta o de responder pelos seus próprios atos.

A exigência social que promove a responsabilidade civil decorre de *“uma imposição estabelecida pelo meio social regado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado”* (STOCO, 2004, p. 118).

Os elementos básicos que compõe a ideia de responsabilidade civil, dever jurídico, ato ilícito, autonomia privada, aqui com a capacidade de escolher a prática do ato e assumir os seus resultados e ainda prejuízo e dano, constituem pilares a serem manejados nesse processo de reconfiguração da responsabilidade civil, considerando a contribuição conceitual que cada um deles oferece, desde suas origens, até o enfrentamento do desafio que é ajustá-los à realidade dos direitos fundamentais. Acresce ainda a esse rol de categorias a reparação, dada a resposta que a responsabilidade civil provoca.

A utilização desses elementos, no contexto de uma sociedade que elegeu os direitos humanos como o seu mais considerável valor, deverá se dar no sentido da legitimação de uma nova atribuição da responsabilidade civil, que considere o panorama vigente e a transforme em ferramenta de eficácia dos direitos essenciais a dignidade.

O compromisso com a igualdade real e a busca de sua compatibilização com a liberdade, o pêndulo emancipação/regulação deve ser considerado nesse redesenho da responsabilidade civil.

Presentes ainda devem estar os parâmetros atuais das relações privadas, o que atrai as preocupações com o reposicionamento com o próprio Direito Civil, e as preocupações quanto a sua publicização.

A utilização do instituto jurídico da responsabilidade civil fora dos muros das relações privadas decorre da mudança de paradigma que atingiu o cerne do próprio Direito Civil, no que o desaparecimento do muro público/privado é um dado essencial a ser considerado.

Observa-se, na atualidade, que o estudo da responsabilidade civil não mais está limitado a questões de ordem privada, sendo considerado no trato de problemas de ordem pública e extracontratual, num salto dos limites de cunho privado, para a oferta de soluções jurídicas a questões de natureza pública, o que indica a existência deste novo elemento.

É a partir do manejo das questões ambientais, cuja tutela tem deslocado o foco tradicional da culpa como indispensável para a imputação, para privilegiar o bem tutelado, que se inicia, no terreno das relações privadas o movimento de funcionalização do direito civil, em especial pelo efeito que provoca nos tradicionais limites da propriedade.

Isto se dá em razão especial, pela conscientização de que a sociedade passa a ter acerca do significado do meio ambiente para a sobrevivência da espécie, sepultando uma romântica crença de que os recursos naturais eram infindáveis.

Se no apogeu do voluntarismo, da valorização do direito subjetivo, o fenômeno da responsabilidade civil, esteve com seu foco voltado para o agente causador, o que é concernente com a preponderância da autonomia privada no sentido tradicional, hoje, à vista de um prejuízo de monta irreversível, voltam-se as atenções para a figura do prejuízo.

A dimensão desse prejuízo a nível ambiental, também concorre para a revisão da responsabilidade civil. A ciência tem dado tratos à criatividade, em busca do prolongamento da vida humana resultando em debates riquíssimos acerca dos limites dessa ingerência¹³. E, até aqui as pesquisas não asseguram a imortalidade do homem.

A almejada perpetuidade da vida então foi alçada a nível de manutenção da

¹³ Refiro aos recentes debates acerca da possibilidade de utilização de células tronco, bem como ao que se diverge sobre a morte digna, a eutanásia.

espécie humana, numa dimensão que convoca a preocupação com a conservação do meio ambiente com vistas as gerações futuras.

Tais considerações dão conta de um mundo rejuvenescido, com novos personagens – a humanidade -, um novo paramento relacional – o geracional, e um original espaço a proteger: o meio ambiente.

A ilicitude da conduta, também indispensável no contexto anterior, já agora se submete ao procedimento revisional, resultado no novo papel atribuído ao dever jurídico no ambiente dos direitos fundamentais.

Ao carácter reparador se adiciona o aspecto preventivo, imputando ao agente responsável pelo resultado o dever de proteção, justificado em virtude da natureza da atividade executada, ou da importância social do bem manejado.

O acento na reparação e da prevenção, diversamente da culpa, simbolizam o viés da nova responsabilidade civil, deixando para trás assim o subjetivismo tão necessário no seio da modernidade, o que evidencia que há um modelo emergente, que corresponde à figura da responsabilidade no momento atual e é possível projetá-lo para o futuro.

DESCONSTRUIR PARA RECONSTRUIR: A NOVA FACE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Constituição formal tem o seu referencial na constituição real, e esta se realiza num panorama social de relações concretas. Mais do que uma referência circular, a assertiva convida a uma reconstrução do direito civil, destinado a regular relações interpessoais numa sociedade concreta.

A responsabilidade civil que se apresenta deve alinhar-se a essa dimensão real do direito, notadamente em razão de sua convocação para dirimir controvérsias para as quais não estava aparelhada, quando estava conformada para ser atribuída apenas nas hipóteses de descumprimento de um dever jurídico originário, fazendo-se necessário que sirva também como instrumento de socialização do risco que a sociedade pós-moderna vem gerando.

Coerente com a nova qualidade relacional estabelecida entre o direito constitucional e o direito civil, responsável pela atribuição do aspecto funcional à responsabilidade, há um novo papel relativo a sua amplitude.

Refiro-me à vertente socializante do risco, numa visão do direito como mediador das querelas trazidas com a modernidade, num exercício de efetivação da dignidade da pessoa humana a qual deve corresponder a responsabilidade civil do mundo contemporâneo. Adequada, portanto à ideia de solidarismo.

Ao estabelecimento do solidarismo precede o processo de desconstrução de pilares do Direito Privado como um todo e do Direito Civil em especial, seguido de outro, de construção do instituto da responsabilidade civil.

A Desconstrução/Construção

O nexa causal como elemento indispensável a imputação, focado na figura do indivíduo com o centro das coisas, é adequado a uma conduta racionalista que tem se mostrado superada pela complexidade das relações sociais. Condiz ainda com a pretensão cientificista do direito, e o conseqüente assujeitamento a visão do universo que atribui ao homem o controle de tudo, inclusive no que se refere às soluções dos problemas decorrentes da violação desse controle¹.

¹ A fórmula judicial de solução de litígios bem reflete essa pretensão. Segundo ela, há um magistrado que representa a ordem violada – o Estado, e a quem cabe repô-la. Para tanto, de acordo com a

É compatível ainda com uma ordem abstrata, dirigida todos, cabendo a cada um caberia, no uso de sua autonomia, escolher observá-la, ou submeter às suas previsões quando praticasse um ato considerado gravoso. A nocividade se mede, não pela extensão do prejuízo que cause, mas pelo grau de consciência de seu autor, o que dá em proporção direta à imputação. “Era uma contrariedade moral e subjetiva à lei que permitiria qualificar o ato como socialmente nocivo, ou seja, como um delito“(LOPES, 2006, p. 173).

Para exercer esse controle, precedia a tarefa de organizar o mundo em todas as suas dimensões, realizado sob a forma de classificações racionais, sempre calcadas numa divisão dual *a priori*. Era o advento do cientificismo. Empolgado pelos avanços da ciência, o homem reordenou o mundo sob a sua ótica de valores e com isso não somente organizou-o ao seu próprio critério como abominou qualquer outra alternativa que lhe desafiasse.

O rigor científico afere-se pelo rigor das medições. As qualidades intrínsecas do objeto são, por assim dizer, desqualificadas e em seu lugar passam a imperar as quantidades em que eventualmente se possam traduzir. O que não é quantificável é cientificamente irrelevante. [...] O método científico assenta na redução da complexidade. [...] Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou. Já em Descartes uma das regras do Método consiste precisamente em ‘dividir cada um das dificuldades ... em tantas parcelas quanto for possível e requerido para melhor as resolver’(Descartes, 1984:17 *apud* SANTOS, 2002, p. 6

Mais que uma tendência, a obsessão pela organização racionalista se fez presente nos mais diversos setores da vida moderna. Na processualística, essa conduta pode ser identificada na clássica divisão das ações de conhecimento, execução e na fase recursal, tutela concedida ao final da demanda, num partilhamento cartesiano do processo, hoje superado pela necessária efetividade da prestação jurisdicional, que reclama pela concentração da condenação com a entrega a tutela pretendida.

O avanço científico também foi responsável pela superação da relação causal, posto que ensejou o risco, como o acidente inevitável, que não se podia evitar a menos que se renunciasse a uma certa empresa. A falta é o acidente que se podia evitar com a atenção e a diligência. (FARIAS, 1998, p. 138 *apud* Hariou).

A superação do elemento causal como pressuposto da responsabilidade civil deve ser considerada na dimensão que a validava no ambiente do modernismo:

processualista, diante dele desfilam os fatos, numa conduta niilista de reproduzir a realidade linearmente, para, ao final, dizer o direito.

resultado de uma construção formal, legal e estritamente estabelecida, assentada num ideia simplista de causa e efeito.

Se a atmosfera não é mais a mesma, necessária a renovação, não para eliminar inteiramente a causalidade da imputação da responsabilidade civil na sociedade complexa, mas para inserir, considerando a natureza das vinculações em que implica na dita sociedade, observando com isso, a nova tessitura que a caracteriza.

Sujeito de direito e patrimônio, conceitos até então perfeitamente tracejados, uma vez permeados pelas relações concretas em que se apresentam, foram submetidos a novas fórmulas, como se verifica com o surgimento dos direitos individuais homogêneos e a ampliação do patrimônio moral.

A tutela inicial do sujeito de direito destinava-se à proteção da pessoa, estaticamente considerada, tal como o direito ao nome e a garantia de seus direitos básicos, antes de nascer e após a morte.

A dinâmica social fez inserir nessa proteção inicial os direitos personalíssimos, decorrentes de uma esfera de individualidade relacional, que por isso necessariamente considera o sujeito de direito no meio de sua convivência, capaz de produzir reservas de direito como a irrenunciabilidade, indispensabilidade, oponibilidade *erga omnis*, extrapatrimonialidade e imprescritibilidade, tudo como salvaguarda de qualidades que ultrapassam a proteção do sujeito de direito considerado abstratamente e, elevando-o a condição de pessoa, reveste-o no exercício dos direitos fundamentais.

Sobre a necessidade de revisionamento do Direito Privado ensina LORENZETTI:

“Por isso é importante examinar as exclusões e a mudança de paradigma que permite apreciar novos problemas. (...) O primeiro passo foi o de estudar as instituições jusprivatistas sob o enfoque das consequências econômico-sociais. Ao fazê-lo, colocou-se em destaque a falta de participação de amplos setores da sociedade. Impugnou-se a ‘neutralidade’ o ‘asceticismo valorativo’ ou o ‘tecnicismo positivista’ das técnicas de Direito Privado ...” (Lorenzetti, pag.87)

A máxima proteção do sujeito, agora elevado a condição de pessoa, concretizada através dos direitos personalíssimos, bem se prestam à demonstração dessa substituição do individualismo pelo personalismo. A proteção se dá de tal modo que torna impossível até a renúncia do tutela. Todavia, o bem jurídico protegido é mais do que o próprio indivíduo. É o ser humano que nele reside para se utilizar uma linguagem figurada.

E esse ser humano, tem a proteção absoluta em direitos que somente fazem sentido se estiverem inserido socialmente. Não se apresenta compreensível a irrenunciabilidade sem a figura do outro, ou a oponibilidade erga omnis, ou mesmo a imprescritibilidade.

Mesmo os direitos, que Lorenzetti refere como incluídos na esfera íntima, cujo “âmbito é absolutamente intangível de proteção da vida privada” e no exercício do qual, segundo o autor “o indivíduo não influi com seu comportamento com os demais, e não afeta a esfera dos outros indivíduos o da comunidade”(Lorenzetti, pag.463), possuem sua dimensão social.

A proteção do cadáver, e mesmo das partes do corpo humano, é bem um exemplo dessa tutela. Desprovido de vida, o corpo morto guarda a marca de sua espécie, que faz dele um “signo característico de humanidade”. (Lorenzetti, pag.469)

O alcance dessa tutela, longe de privilegiar o individualismo, traz o dígito do homem inserido no seu contexto, a característica da pessoa humana.

No trato do sujeito de direito pelo viés dos direitos fundamentais, a tutela oferecida pelo Direito Privado em Geral e o Direito Civil em especial se faz insuficiente, daí porque o processo de desconstrução destas disciplinas se dá pela via de utilização das normas constitucionais e em especial dos princípios consolidados a esse respeito.

Com o categoria jurídica patrimônio não é diferente. Originariamente considerado um bem físico, capaz de proporcionar uma titularidade oponível *erga omnis*, uma vez no ambiente da sociedade pós-moderna, submete-se também ao revestimento de adequação, sempre sob o comando da inserção direta dos direitos fundamentais, para alcançar o máximo de consagrar os atributos da pessoa como patrimônio.

E quanto ao patrimônio físico, conjunto de bens apropriáveis, sua antiga possibilidade de opor-se a todos recebeu a vestimenta da funcionalidade, sem a qual seu exercício perde poderes até então indiscutíveis. A função social da propriedade é a nota de transformação da propriedade tradicionalmente considerada na propriedade admitida na sociedade pós-moderna.

É significativa a limitação ao direito de propriedade imposta pelo Código Civil Brasileiro de 2002, § 1º do art.228, Lei 10.406/2002, ao estabelecer o

direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o

equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A simples leitura da dicção legal anterior dá conta que algo mudou nos quase noventa anos que separam os dois códigos. No de 1916, o direito do proprietário tem uma amplitude considerável, sendo-lhe assegurado “direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”, Código Civil Brasileiro de 1916, art.524.

Na desmontagem do Direito Privado, do que a promulgação do Código Civil Brasileiro de 2002 é um dado concreto - outros efeitos da mundialização se fizeram sentir, como a necessária revisão da vigência espacial das normas, até então estabelecida para um território definido, claramente delimitado, quase sempre o de um determinado estado nacional.

É o que se verifica com o surgimento de empresas multinacionais, caracteristicamente desatreladas de um ambiente físico, se estabelecem em todo e qualquer lugar e, rapidamente também dali desaparecem, se assim convier aos seus interesses. O deslocamento dos ativos financeiros por seu turno pode ocorrer ao toque de uma tecla de computador e atravessar o oceano, indo se alojar numa instituição bancária distante daquela em que o capital foi gerado.

A relação temporal, por seu turno, não atende mais, necessariamente, à identificação imediata do resultado, o que dificulta inclusive a verificação de sua ocorrência, já que há, em virtude de avanços tecnológicos, em muitas hipóteses, um descompasso entre o ato e o seu efeito.

Assiste-se hoje, de modo efetiva e não mais como ameaça, ao fenômeno do aquecimento global decorrente da emissão desenfreada de dióxido de carbono, capaz de causar efeitos devastadores para a vida da terra. Segundo as expectativas de especialistas, a redução da produção de Co2 somente se fará sentir nos próximos cinquenta anos, o que dá conta do tempo em que os efeitos benéficos, e também os maléficos podem demorar para se fazerem sentir.

Além disso, o deslocamento do ponto de tensão até então acentuado na autoria/relação causal para um outro pólo, consistente no resultado/extensão do prejuízo traz como novidade a possibilidade da imputação se dar mesmo para atividades lícitas.

A predominância do subjetivismo na responsabilidade civil tinha ênfase na pessoa do autor, na sua vontade (intenção) de produzir o resultado, sem a

qual não se operavam os efeitos da responsabilidade civil . No panorama atual, é o prejuízo que conduz a responsabilidade, sendo de pouca importância se o autor quis ou não o resultado. Há uma avaria, e ela precisa ser reparada. Essa é a configuração atual a que deve se ajustar a imputação.

Por isso se diz que o sujeito agredido assume o polo ativo da responsabilidade civil, outrora ocupado pela figura do autor do dano e sua consciência. Invertido o foco, a extensão da reparação não mais se concentra nem se mede na grandeza da ação do agente ofensor, mas sim na extensão do prejuízo causado.

As Lesões Invisíveis.

A imprevisibilidade do resultado – seja em razão do desconhecimento dos efeitos do ato, ou em virtude de um lapso temporal muito grande, que secciona substancialmente a relação de causalidade – condiz com a quebra do voluntarismo tido como necessário na teoria clássica para a imputação da responsabilidade civil.

A ciência e a tecnologia aumentaram a nossa capacidade de ação de uma forma sem precedentes, e, com isso, fizeram expandir a dimensão espaço-temporal dos nossos actos. Enquanto anteriormente os actos sociais partilhavam a mesma dimensão espaço-temporal das suas consequências, hoje em dia a intervenção tecnológica pode prolongar as consequências, no tempo e no espaço, muito para além da dimensão do próprio ato através de nexos de causalidade cada vez mais opacos e complexos (SANTOS, 2002, p. 58).

A busca do fundamento da responsabilidade no elemento causal se apresenta como uma questão superada, pelo menos quanto a pretensa exclusividade, não atendendo mais satisfatoriamente a tutela reclamada pela sociedade complexa, e essa situação desqualifica a solução até então vigente, reprovada que fica seja quanto a sua legitimidade, seja no que se refere ao critério de validade.

Está a sociedade complexa assentada em relações de anonimato e fundada na discrepância de resultados ante a relação espaço-temporal dos atos e suas consequências provocada pela avanço científico.

E, se a perda desse elo espaço temporal pode ser atribuída a ciência, a responsabilidade civil seria do avanço científico tecnológico³, que cria engenhocas, insumos, produtos que agem no meio ambiente sem que seja possível, se estabelecer com clareza os seus efeitos.

É possível afirmar – com Santos – um dos fundamentos filosóficos para a

³ A assertiva utiliza-se de argumento compatível com a sociedade moderna

ampliação da responsabilidade civil, situados além dos muros da relação causal imediata. O paradigma da modernidade, através do desequilíbrio dos pilares da emancipação/regulação em favor da regulação, provocou um desenvolvimento científico capaz de gerar o desaparecimento da relação causal tradicional, o que reclama em consequência por uma tutela jurídica, seja em favor da conservação/reparação do paradigma da modernidade, seja para atender normatização de um paradigma emergente.

Referindo-se a tal assimetria – o descompasso da ciência entre previsão e ação - Santos sinaliza pela existência de uma leitura segundo a qual a ciência moderna, em vez de erradicar os riscos, as opacidades, as violências e as ignorâncias que antes eram associadas à pré-modernidade, está de fato a recriá-los.

A teoria subjetiva dá então lugar à teoria objetiva e o dever geral de não lesar ninguém não decorre mais, unicamente, de um erro de conduta, mas do compromisso – socialmente justificável, de contribuir para uma sociedade mais justa, saudável e equânime, no que resta atualizado o pacto de renovação referido anteriormente.

Se a teoria subjetiva fundava sua âncora na convicção dos direitos naturais e inatos, ensejando uma responsabilidade calcada no direito de cada homem ao livre desenvolvimento de sua personalidade individual, a teoria objetiva tem o compromisso, também político, de assentar suas correntes na eficácia dos direitos fundamentais, no qual prevalece a visão do homem que tem direitos, e está comprometido e inserido no tecido social⁴.

A submissão do direito civil e da responsabilidade civil a esta sucessividade de inferências, resulta numa verdadeira crise do fenômeno ressarcitório, o que reclama por uma nova normatividade que atenda às requisições da sociedade então posta e responda adequadamente ao controle de legitimidade do instituto.

Esse rito de passagem, o processo desconstrutor que experimenta, não se dá linearmente, assentado que está numa realidade histórica, naturalmente tensionada

⁴ Esta assertiva emana do comentário de Moraes (2007. p 207/208), ao referir-se a teoria clássica da responsabilidade civil, fundada na dicção de que: “somos responsáveis (apenas) por nossos atos, pelo que causamos de livre e espontânea vontade. Em que mais se fundamentaria a escolha desse juízo, desse princípio de responsabilidade, senão nos direitos subjetivos, vistos então como naturais ou inatos? Como já se salientou, o princípio de responsabilidade que daí surgiu – em virtude de um juízo de valor diretamente correlacionado ao contexto socioeconômico e, portanto, político da época – foi decorrente do direito de cada homem ao livre desenvolvimento de sua personalidade individual. A generalidade do artigo 1.382 do Code Civil impôs-se como instrumento jurídico destinado a assegurar o respeito pelo princípio, já ele político, de responsabilidade.”

por uma relação de poder, alimentada por uma intensa relação direito-praxe, o que resulta no movimento de substituição/reconstrução, resultado da colisão dos interesses presentes não somente ante a mudança de paradigma, mas característico da vivência na sociedade complexa, que submete as categorias históricas a um contínuo desenvolvimento.

O destino desse movimento não é fixo nem pacífico, e há que enfrentar as consequências que a reconstrução enseja, inclusive da resistência a mudanças, notadamente quanto ao seu aspecto ampliativo de incidência da responsabilidade civil, em especial para que se resguarde, ante a tutela da humanidade, a proteção do cidadão individualmente considerado.

SOLIDARIEDADE, ANONIMATO E RISCO – A VESTIMENTA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PÓS-MODERNIDADE

Os Efeitos da Ampliação Conceitual da Responsabilidade Civil

Os efeitos dos investimentos da humanidade na modernização de seus espaços de convivência, as transformações no *modus operandi* que tal modernização tem ensejado e o impacto da globalização na vida das pessoas não têm trazido os resultados prometidos e esperados.

Desde que o homem descobriu que poderia, através da ciência, interferir e produzir resultados inovadores, gerou-se a expectativa que a vida de todos, certo dia, iria se beneficiar dessas descobertas e invenções. Logo em seguida, com o advento do capitalismo como modo de produção, e, de alguma maneira, com a inserção dos avanços da ciência nesse processo e a oferta de emprego notadamente no setor industrial emergente, reiterou-se a probabilidade inicial de socialização dos efeitos daquele investimento no qual todos, de algum modo, estavam empenhados.

O sentimento que envolve esse episódio da história do homem, sua inserção na vida privada das pessoas tem uma interessante ilustração no relato de Michelle Perrot (1992, p. 11).

Referindo-se às expectativas que o mundo vivia naquela ocasião, diz a historiadora que

o século XIX esboçaria uma idade de ouro privado, onde as palavras e as coisas se precisam e as noções se refinam. Entre a sociedade civil, o privado, o íntimo e o individual traçam-se círculos idealmente concêntricos e efetivamente intercruzados.

Ele inicia – referindo-se a construção do modelo privado –

com os fragores da Revolução Francesa, cujo sonho de transparência rousseniana se estilhaça contra o recife das diferenças, experiência básica e contraditória em que se apóia o século. Ele se encerra no começo de século XX, aurora de uma nova modernidade tragicamente interrompida pela guerra, que precipita, bloqueia e inflecte uma evolução que, na verdade, nunca se rompeu de todo.

Nessa sociedade emergente, se infiltram os efeitos do capitalismo e sua inegável tendência a promover acúmulo de capital na mãos de apenas alguns, ao lado da dificuldade que o capitalismo enfrenta para fazer a distribuição dessa riqueza; ao mesmo tempo e em sentido inverso, promove incessantemente a

exclusão, que tem sido a marca de um ponto de tensão cada vez mais agravado, na medida que, aos avanços do progresso e da tecnologia não se verifica uma correspondente melhora na qualidade de vida da maioria das populações.

Considerando que a ampliação da imputação da responsabilidade civil se dá, materialmente considerada, no espaço de trânsito da sociedade capitalista, e sabendo-se da capacidade metamórfica deste construto social em ajustar-se, reinventar-se, cabe a refletir, em que medida a ampliação da responsabilidade civil é parte de um projeto capitalista de manutenção do *status quo*. Inserido nessa preocupação, em que medida a abrangência da pretensão ampliatória condiz com as expectativas que os membros da comunidade têm para esse desiderato.

Na sociedade que rompeu com a visão universalista, marcada pelo multiculturalismo, não é possível fatiar tais interesses. Pelo menos não numa sociedade concreta. A postura científicista que permitiria esse movimento também ficou para trás.

É possível, contudo, constatar que convivem na mesma esfera, os interesses do capitalismo, e o interesse dos cidadãos que vivem nessa realidade, trazendo à superfície a relação tensional, num eterno ciclo de reinvenção para ambos. Desse modo, a (re)construção que daqui se origina há que refletir essa estrutura a um só tempo conflitual e solidária, na medida em que, ciosa da necessidade de convivência em que está inserida, demonstra, de modo claro, o seu compromisso com a realização dos direitos fundamentais.

Desistindo assim de inventar um campo de experiências científicas distante da realidade concreta, é com esse material, humano, concreto, relacional e contraditório que a ampliação dos limites da responsabilidade civil deve trabalhar e se reconstruir.

A ampliação dos limites da responsabilidade civil, sinalizada pelo processo de reconstrução do direito privado indica, a uma primeira vista, a possibilidade de responsabilizar o indivíduo – ou quem suas vezes faça – pelas consequências que sua atividade provocar nos bens considerados de grande valia para a sociedade, o que é adequado ao compromisso de validade dos direitos fundamentais.

Considerando-se, todavia, a presença fugaz, quase diáfana, dos grandes capitais no pólo passivo das demandas significativas, seja em razão da massiva utilização de direito de defesa, muito bem manejado por profissionais da melhor

estirpe, bem como ante a hábil capacidade de transferência de responsabilidade de quem realmente se beneficiou – em virtude da quase imaterialidade que esses empreendimentos representam - além de poderem se deslocar a um toque de botão, talvez seja salutar instrumentalizar a ampliação de modo a permitir-lhe uma existência eficaz.

Acresça às demandas judiciais, a capacidade de manipulação dos diversos instrumentos de poder, formação de opinião.

Com isso quer-se demonstrar que a tarefa de efetivação há que impregnar todo o direito, num esforço confessado de implementação.

Esta precaução deve resultar na oferta, ao exercício da responsabilidade, de meios eficazes de imputação, a serem utilizados por uma magistratura preparada para aplicar efetivamente os direitos fundamentais, além da socialização dos instrumentos de defesa, com a disponibilização de bons profissionais a manejar a estrutura jurisdicional e intelectual do direito, tudo adequado à perspectiva de eficácia dos direitos fundamentais.

Desponta aí o papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, de importância flagrante, quando se manuseia o elenco de ações utilizadas pelas diversas representações sociais, a partir da Constituição Federal que consagrou expressamente o rol dos direitos fundamentais no Brasil.

Portanto, a cada passo que se dê no objetivo de fazer dos direitos fundamentais uma realidade, há que se considerar para sempre, o meio em que essa efetivação se insere, de modo a instrumentalizá-la adequadamente, sob pena de se estar repetindo um passado de bons propósitos.

Não se trata assim de mera tentativa de ampliação dos contornos da responsabilidade civil, transmutando sua tendência subjetiva para transformá-la em objetiva, mas sim, tendo em vista o claro objetivo de reconstruí-la numa sociedade que escolheu que os direitos fundamentais são valores inarredáveis, oferecê-la como instrumento de eficácia desses direitos.

A base teórica em que se dá esse novo edifício tem assim, em suas vigas de sustentação, uma sociedade comprometida com tal efetivação. A base da práxis considera que no contexto da sociedade pós-moderna, o prejuízo e seu alcance são o pólo de maior atenção na reconfiguração do instituto. Deve desaparecer a atual necessidade de ocorrência de ato ilícito como requisito indispensável da imputação,

renunciando-se, com isso, ao elemento causal consistente na configuração volitiva de praticar o dano.

Abandona-se então uma legislação assentada no contratualismo, prestigiadora da vontade das partes manifestada no contrato, em favor de um estatuto mínimo, considerado necessário para a vida em sociedade.

Há que se acautelar, contudo, para que esse direito estatutário não se limite à mera adesão, nos moldes dos contratos de adesão vigentes na época anterior, sob pena de se estar apenas *pós-modernizando* o instituto. Para tanto é condição preliminar que se admita o esgotamento da capacidade do Estado em gerir sozinho a produção das regras jurídicas, admitindo com isso a legitimidade de outros órgãos sociais, cuja competência tem-se apresentado a contento.

O homem que se obriga perante esse estatuto mínimo encontra-se despedido daquele direito subjetivo incomensuravelmente assegurado, e o caráter absoluto de seus direitos subjetivos está enlaçado no espaço social em que vive, sem o qual não é possível reconhecer-lhe a humanidade. O personalismo que fará frente ao subjetivismo resume esse novo ser, cujo caráter humano está inserido no reconhecimento do outro homem¹.

É ainda Farias (1998, p. 110), referindo Duguit que afirma que o homem nasce membro de uma coletividade; sempre viveu em sociedade e só pode viver em sociedade, e o ponto de partida de toda doutrina sobre o fundamento do direito deve ser sem dúvida o homem natural; e o homem natural não é o homem isolado e livre dos filósofos do século XVIII; é o indivíduo tomado dentro do laço da solidariedade social.

Em tal geografia, pano de fundo da solidariedade social, os atores são a pessoa humana e a humanidade, em contraponto ao voluntarismo e ao individualismo, é tarefa que contribui para a ampliação dos limites clássicos da responsabilidade civil.

Responsabilidade – Recuperação do Sentido.

Numa apreciação bastante resumida, uma relação jurídica se dá num

¹ Essa revisão do espaço social ao lado do ajuste da figura do homem enquanto pessoa, e não mais indivíduo, encontram-se nas palavras de FARIAS (1998, p.110): Na medida em que o espaço social é pensado a partir de uma experiência imanente, era preciso evitar toda relação de exterioridade e colocar em evidência o descrédito do subjetivismo jurídico, que tomava a experiência jurídica pelos direitos individuais inatos decorrentes da natureza da razão humana.

determinado contexto, mediante a interveniência de determinados atores em vista à tutela de um determinado bem jurídico.

Nas novas arenas da sociedade complexa, uma vez ocorrido o resultado danoso, deve ele ser indenizado ou reparado, por aquele que o gerou ou dele se beneficiou, mesmo que não tenha decidido por aquele resultado.

No ambiente da pós-modernidade as relações sociais estão assentadas no reconhecimento da solidariedade. Os atores dessas relações são a pessoa humana e a humanidade, instaladas num espaço que é reconhecidamente de todos². Em se tratando de responsabilidade civil, o bem jurídico tutelado apresenta-se com duas vertentes: a) a iminência de desaparecimento ou esgotamento de bens indispensáveis para a sobrevivência da espécie; b) a reconfiguração social exige a atribuição dos efeitos do dano a quem dele se beneficia e não mais ao que por ele foi atingido, o que pode ser resumido como risco.

O fundamento para a socialização do risco está, dentre outros, na disseminação dos prejuízos, dirigidos a todos, o que inclui o *nós*. Interessante verificar que a polarização autor-vítima, causador-prejudicado, desaparece no contexto da sociedade fundada na solidariedade, no que se refere à proteção do risco, daí porque dizer que surge o “nós” como elemento social, o que inclui inclusive, a longo prazo, dentre os atingidos, a figura do agente causador.

É o que Beck (2006, p. 11) chama de *o final das possibilidades de distanciamento* referindo-se ao desaparecimento da hipótese do homem esconder-se por trás dos muros, o que confere uma revisão do espaço privado e reclama por uma tutela dos interesses individuais que ultrapassam a pessoa do protegido, dando vazão às novas características do perigo: a imperceptibilidade imediata e a supranacionalidade.

À impossibilidade de distanciamento referida por Beck se adiciona ainda a impossibilidade de independência, presente no estreito condicionamento do homem para com o seu outro, até em termos de sobrevivência, o que acena para uma verdadeira taxa social, a ser paga através do exercício da solidariedade.

Com isso a solidariedade que se apresenta é mais de que um sentimento filantrópico. Lastreia-se no reconhecimento da alteridade, como parceria e como

² não se trata aqui de abdicar inteiramente da propriedade privada, mas no contexto em que esta sendo tratada, a sua sociabilidade estará assegurada pelo funcionalidade.

necessidade. Decorre ainda da quebra do poder absoluto do Estado e o conseqüente reconhecimento de interesses e poderes normativos atribuídos aos novos personagens já referidos. É nessa dimensão que se há que considerar o remanejamento da responsabilidade.

A aceitação e o reconhecimento da figura do 'nós' como destinatário do perigo resulta ainda do ensaio que lhe antecede, quando o mundo assistiu o prejuízo se efetivar perante pessoas que sequer eram integrantes da relação imediata que o ensejou.

É ainda Beck que exemplifica, a partir da experiência de Chernobyl, o longo alcance dos gases emitidos pela explosão de um reator na usina nuclear de Chernobyl, causando a morte de milhares de pessoas e alcançando outros seres e atingindo regiões, cuja extensão, até hoje é alvo de divergência entre os produtores do episódio e o resto do mundo. Esse fato fornece para a construção social um dado forte no que se refere ao redimensionamento da alteridade.

A relação homem-natureza teve seus parâmetros de utilização alterados nos últimos tempos. De objeto de apreciação e fruição, tidos como inesgotáveis, os bens oferecidos pela natureza passaram por intenso processo de apropriação e mudança de suas características originais, ensejando o que se pode chamar de socialização da natureza.

Beck (2006, p. 13) se refere a este fenômeno apropriatório, indicando que há uma sistema industrial mundial a mercê da natureza integrada e contaminada industrialmente, para considerar a natureza submetida ao processo modernizatório.

Além da disseminação do prejuízo como elemento justificador da ampliação da responsabilidade, também concorre a impossibilidade real de identificação da autoria, o que, a despeito da verificação do prejuízo – objeto sem funcionamento por exemplo, impossibilita a expansão da imputação nos moldes do suposto da causalidade.

A hipótese se apresenta numa cadeia de co-(i)responsáveis de um lado e o consumidor final de outra, enfrentando a imputação da responsabilidade pelos prejuízos decorrentes de uma utensílio doméstico defeituoso.

Na cadeia de responsabilidade encontram-se desde o fabricante principal (ao qual se acrescentam os secundários), o transportador, o fornecedor e o vendedor, todos beneficiários de alguma forma da entrega do produto ao comprador. E, no

outro polo, o consumidor, que adquire a mercadoria e é surpreendido com uma falha no produto que adquiriu.

Aqui o argumento de ampliação é outro, e está baseado nos princípios do beneficiário – em lugar de agente causador e gestão de custo que alimenta a produtividade na sociedade capitalista. Quanto ao fundamento doutrinário para a responsabilidade objetiva está, a já conhecida superação da teoria do voluntarismo que prestigiava o sujeito de direito como ente capaz de decidir e assumir os efeitos dos seus atos.

Há bens jurídicos que reclamam por uma tutela para além da decisão de produção do resultado. Assim, nenhum pai pode se escusar de suas obrigações familiares ao fundamento de que tudo fez para evitar a concepção de um filho. Ao empregador, mesmo desconhecendo o estado gravídico de sua empregada é vedada a dispensa da mesma.

Tais construções revelam a importância real da pessoal humana para a sociedade, de modo a gerar proteções especiais para tal bem jurídico. Essa tarefa edificadora avança ao longo da práxis, alcançando outros bens jurídicos avaliados como importantes para a nova relação social.

Nota-se, em especial, visível deslocamento para a proteção de bens jurídicos socialmente considerados, advindos do reconhecimento da nova escala axiológica, que gestou a sociedade da solidariedade. Nela, a responsabilização do beneficiário, independente da relação causal, tem a feição de marco ampliador da tutela dos interesses da vítima, deixando para trás o comportamento anterior que impunha-lhe suportar o resultado danoso, mesmo também ela (prejudicada) não fosse a produtora do prejuízo.

A nova lógica de transferência do resultado danoso da vítima para o beneficiário, produtor do evento, está conforme a reconfiguração do próprio capitalismo, também ele pós-moderno e cioso de sua necessária adequação aos reclamos sociais.

No mundo em que a figura da gestão surge como o meio racional de administração de bens, o gerenciamento do lucro e do custo com vista a melhor produtividade se apresenta permeado pela presença inarredável dos direitos humanos, o que faz da responsabilidade civil objetiva uma de suas ferramentas de eficácia.

Toda a maquiagem humanizadora que se pretenda aplicar à sociedade baseada no modo de produção capitalista, não será capaz de afastar a regra básica de que o lucro tem, dentre os seus componentes, expropriação da força de trabalho. Todo o caminho humanizador do capitalismo passa por esse dado inafastável, ao qual se agrega a necessidade de contabilização na coluna do custo, dos efeitos da responsabilidade civil objetiva decorrente do benefício do ato³.

Portanto, no palco da sociedade complexa, a exigência da relação causal querida pelo autor, se encontra em descompasso com as relações agora experimentadas, notadamente porque não responde ao teste de legitimidade indispensável ao trânsito da solução, no espaço social em que esteja inserido, além de não atender ao critério de justiça que deve nortear as soluções jurídicas.

Quanto ao primeiro aspecto, norteado na necessidade da solução jurídica atender ao controle de legitimidade, capaz de permitir ao cidadão se reconhecer na norma, ou se assim não for possível, capaz de cancelar a solução por compreender adequada ao contexto, ainda que lhe seja prejudicial.

Existe um conceito econômico denominado *envy free* (alocações livre de inveja), que, ao contrário do que possa inicialmente parecer nada tem com o pecado capital de desejar as coisas alheias, mas tem sua aplicabilidade relacionada à justiça distributiva. Segundo o conceito de *envy free*, a justiça distributiva somente se verifica em uma situação de “ausência de inveja entre as partes envolvidas na distribuição de uma dada cesta de bens” (BALBINOTTO NETO, 2006).

Ainda segundo esse economista,

a inveja em termos econômicos pode ser definida como sendo a preferência pelo conteúdo da cesta dos outros indivíduos, e uma distribuição livre de inveja (*envy-free*) refere-se a uma distribuição na qual cada indivíduo está satisfeito com a cesta de bens que possui, ou seja, tem-se uma situação na qual nenhum indivíduo deveria preferir de modo estrito, a cesta de bens de qualquer outro indivíduo à sua própria.

Pode-se dizer então, baseada na relação que há entre as alocações livres de inveja (*envy-free*) e a justiça distributiva, que na sociedade pós-moderna, superado o

³ Eros Grau, prefaciando a edição brasileira de Perlingiere, relata sua longa jornada intelectual ao lado do renomado mestre, e refere, em especial, a assertiva de Perlingiere à figura do empresário-empendedor. A propriedade era concebida, nesse programa, não apenas como direito, mas também como dever. Recolho em minhas apostilas e anotações de aula de então referências ao *Introduzione alla problematica della 'proprietá'*, no qual surge a figura do proprietário-empendedor - o proprietário, diz Perlingieri, em determinados casos é obrigado a empreender certas atividades produtivas quanto aos bens de sua propriedade; a teoria da propriedade não pode ser construída independentemente da teoria da iniciativa econômica. (PERLINGIERI, 2008, p. 31).

mito da culpa, não se admite mais que o prejuízo fique na cesta da vítima; embora o beneficiário não tenha culpa, uma vez que tenha sido o favorecido com o episódio e a transação, a ele compete a responsabilidade pelo dano.

A denominação implica necessariamente a aceitação da partilha – e já se faz presente na consciência de que o homem só pode ser pensado na vivência em sociedade, portanto, com outros homens, bem como no ambiente social em que a cidadania é um atributo inafastável da pessoa; acresce que essa soma da experiência humana, se não agradável de todo, porque implica na partilha dos bens disponíveis, representa a possibilidade mínima de convivência.

Desta ótica, a imputação da responsabilidade ao beneficiário da operação, mesmo sem culpa, e a transferência do prejuízo que isso acarreta, responde positivamente ao controle de legitimidade da sociedade pós-moderna, o que pode ser simbolicamente representado no anseio que duas crianças têm pelo melhor pedaço do bolo (ou pelo bolo todo), e que para atendê-las, uma faz a divisão e a outra corta o primeiro pedaço.

Em relação a este pacto de solidariedade que emana da sociedade complexa na vivência da pós-modernidade, Faria (1998, p. 136) ensina que

o dano não depende mais da falta pessoal, mas se prende a um fato exterior e objetivo e portanto para determinar a responsabilidade civil basta a existência de um dano relativo a um acidente ocorrido.

A responsabilidade civil objetiva é assim, nas palavras do citado doutrinador, um novo mecanismo de gestão social, integrado num movimento expansionista que denomina programa do direito de solidariedade, do qual já fazem parte outros instrumentos inscritos no estatuto mínimo da solidariedade, como o salário mínimo na esfera do direito do trabalho.

A reconfiguração do sentido da responsabilidade civil, além do fundamento econômico, lastreado no lucro, orienta ainda a responder positivamente ao critério de justiça, que reclama pela atribuição da responsabilidade àquele que se beneficiou da venda ou da fabricação do produto.

O estabelecimento dos critérios de justiça obedece ao mesmo ajustamento demonstrado para a relação direito-praxe social até aqui percorrida. Portanto, se na vigência do modernismo a noção de justiça estava calcada em valores como subjetivismo, voluntarismo, formalismo, compatíveis com o ambiente do Estado liberal, com seus órgãos estatais graduados para um mínimo de intervenção e na

qual mesmo a permeação já existente dos direitos humanos está limitada ao resguardo dos direitos individuais oponíveis contra o Estado, no âmbito da pós-modernidade, vislumbra-se uma arquitetura bem diversa.

Um aspecto considerável nessa mudança de paradigma está em que o estado da pós-modernidade não é mais o estado liberal, mas sim o estado democrático, que tem dentre suas principais características o compromisso com a concretização dos direitos humanos. Acresce a esse dado, o esfacelamento das relações sociais do modernismo, através da fragmentação do tecido social e a busca incessante por novos modos relacionais.

O reconhecimento de interesses controversos e não o consenso norteiam essa nova experiência. Permeado contudo pela necessidade de convivência, resultante da consciência histórica dessa dependência, criam-se novos critérios justificadores da vida em sociedade ao mesmo tempo em que se estabelecem linguagens comunicacionais inéditas.

Numa sociedade que elegeu a igualdade e a justiça (dentre outros), como valores supremos, de tal modo que institui o Estado Democrático calcado em tais princípios, não há espaço para a distribuição desigual e injustificada do prejuízo⁴.

O princípio da igualdade tem, também ele, a sua aceção real, submetendo, desse modo, a própria Constituição Federal ao requisito da eficácia imediata e convocando a uma prática igualitária que possibilite a alcance do objetivo de assegurar a dignidade do cidadão.

Tal panorama, de igualdade real, asseguratória da dignidade da pessoa, repudia por sua natureza a possibilidade do cidadão agredido suportar o prejuízo, apenas pela falta do agente volitivo que permitisse a atribuição dessa responsabilidade ao autor do dano. Talvez a dificuldade de aceitação dessa nova solução emane, ainda hoje, da fase de transição que ainda se experimenta.

Vista como um negativo fotográfico, em que se invertem as cores, o que se destaca é a atribuição dos efeitos do prejuízo ao lesado, que para tal também não

⁴ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (texto que inaugura a Constituição da República Federativa Brasileira)

contribui volitivamente. Desponta assim, mais claramente, que a entrega de tal ônus ao lesado não atende aos critérios de justiça da sociedade pós-moderna.

É que o critério de justiça na sociedade pós-moderna é o que se pode chamar justiça distributiva compromissória. Trata-se de uma visão de distribuição que considera, também ela, o necessário atendimento do respeito à tutela mínima contida nos Direitos Fundamentais.

O consumo, um dos pressupostos mais eficazes de manutenção do modo de produção capitalista há que se submeter a esse critério tutelador, de modo a disseminar, no mercado, a responsabilidade social.

A tutela objetiva do consumidor se dá por dois fundamentos: o consumidor está para o mercado da mesma forma que o empregado está para o empresário. Em ambas as situações há uma relação de desigualdade, que precisa ser compensada para que o princípio da igualdade se faça presente. Em ambas, a violação dos direitos dos mais fracos – consumidor e trabalhador, implica na otimização dos lucros aos mais fortes – empresário e empregador. Em ambas a relação contratual é desigual, cabendo ao mais fraco aderir as condições impostas pelo mais forte.

Tal prática colabora para a superação da lógica contratual, seguida pelo seu excesso que foi a lógica da adesão, para atingir a **lógica do estatuto social**, que é a regulação mínima asseguratória da igualdade, fundamento que se dá tanto em razão da impossibilidade real da manutenção da regra anterior, como em virtude do compromisso da sociedade com a eficácia dos direitos fundamentais.

Para além da exegese, a práxis também sinaliza no sentido da auxese da incidência da responsabilidade civil, em face da impossibilidade real de identificação do autor, seja porque a cadeia da causalidade, decorrente da sociedade complexa, se tornou extensa demais para permitir essa identificação, ou ainda pela dilação da relação espaço-tempo em medidas que não permitem essa verificação.

Sobre a ampliação da incidência com a axiologia vigente na sociedade complexa, é dizer, com Duguit *apud* Faria (1998, p. 137):

[...] assim, a questão é saber qual é o patrimônio que deve suportar definitivamente o risco inerente à atividade do grupo considerado. Nasce, então, uma responsabilidade objetiva e não mais uma responsabilidade subjetiva. Não se trata de saber se existe a responsabilidade, não se trata de procurar se uma falta ou uma negligência foi cometida, mas somente qual é o grupo que deve finalmente arcar com o encargo do risco. Não há outra prova a fazer além daquela do prejuízo causado; e, esta prova feita, a responsabilidade ocorre de certa forma automaticamente (...) Compreende-se facilmente como a criação dessa espécie de responsabilidade é consequência da socialização do direito.

A sociedade pós-moderna, rompida com o arranjo contratual que lhe antecedeu, assume a contradição intestina que lhe é peculiar, não somente de interesses, mas da provisoriedade das soluções. O vínculo da solidariedade é resultado desse contexto conflitual em que o social é uma realidade insuperável que se apresenta diante de um homem ciente de seu direito individual. Esse enfrentamento faz surgir, no lugar do indivíduo, a pessoa humana, fruto da relação homem-sociedade-humanidade.

A socialização do risco é produto dessa experiência e inscreve-se na sequência da função social que deve exercer a empresa e os personagens sociais atuantes.

A socialização do risco há que ser vista num panorama maior, onde as atividades produtivas estão a serviço da sociedade – devem estar, e é nelas que ocorre o prejuízo, obra do exercício – social – produtivo. E nesta macrovisão, o dano passa a ser resultado de uma atividade que para ser lícita há que estar cumprindo sua função social, e portanto há que ser arcado para além da relação causal.

Balizas de Reparabilidade – O Ressarcimento do Dano – O Caráter da Indenização – *Punitive Damages*

À virada na teoria da responsabilidade civil, desfocando da culpa para o dano em si, corresponde igual fluxo na reparação. Enquanto a teoria da culpa centrava a atenção na figura do agente causador (quis ou não produzir o resultado, poderia evitá-lo), a teoria pós-moderna dirige seu foco para a figura do atingido e da extensão do dano, a vítima (que teve o seu patrimônio atingido) e o prejuízo que foi causado.

Na apogeu da prevalência da culpa, e do caráter subjetivo que enveredava, a reposição continha elementos subjetivos de difícil alcance, porque a imputação dependia do quanto o autor tinha noção do resultado da ação, ou de quanto desejou o efeito produzido.

Também se considere que a estrutura jurídica estava toda ela voltada para prestigiar a teoria da vontade, e por isso a reparação tinha que considerar tal elemento guia. No advento da responsabilidade objetiva, o parâmetro que se apresenta é o de prestigiar o alvo do prejuízo: o dano.

Comprometido com a eficácia dos direitos fundamentais que necessariamente há de estar presente nas soluções jurídicas propostas pela sociedade pós-

moderna, não basta reparar o prejuízo, porque se assim fosse, a preocupação com a satisfação individualista apenas teria mudado de lado, migrando do autor para o prejudicado.

No processo renovador a que se submete a responsabilidade civil, todos os seus elementos, todos os seus pressupostos, necessitam ser, também eles, reavaliados sob o mesmo viés. Além do revestimento pós-modernizador que alcança esses componentes pré-existentes da responsabilidade civil, surge no cenário um novo dado, que não se submete a mera transmutação de caráter individual, não limitado a satisfação de ordem subjetiva, construído que foi um novo ente merecedor de proteção: a pessoa humana.

Essa figura – pessoa humana - reflete claramente a diferença que há entre pessoa e indivíduo, porquanto na fixação da reparação individual, há que se ter em conta o grau de malefício que a conduta lesiva causa, efetiva ou potencialmente, a sociedade em que aquela pessoa está inserido.

A pessoa humana é o indivíduo situado no mundo em que vive, é o homem revestido da concretude que a vida em sociedade impõe. É o elemento humano da construção erguida pelos direitos fundamentais e, nesse panorama, é a face humana da dignidade.

Será ela – a pessoa, senhora de sua condição humana, o alvo da proteção, o que repudia a mera verificação do *quantum* danoso apresentado ao final do evento e convida a formulação acerca da compreensão do grau de prejuízo que o dano ensejou. Sua extensão considera não somente o indivíduo ou a coisa atingida, mas sempre, há que alçar a vista em direção ao raio social em que o prejuízo está inserido. Com esse exercício, a responsabilidade civil vigente passa a contar com um novo personagem: a humanidade.

Do contrário, sem considerar essa nova valoração, estar-se-á apenas, como já referido, transferindo mecanicamente o ônus, da figura do prejudicado para o agente causador, e mais, ensejando a possibilidade da solução do conflito tão somente mediante a entrega de alguma soma de dinheiro ao prejudicado, postura que mantém a estrutura relacional incólume, e com ela uma a ratificação dos polos de poder nos lugares em que sempre estiveram: os carentes de cidadania de um lado, e de outro, os que podem pagar para resolver seus problemas, ou atribuí-los a um seguro.

A solução que considera a ampliação da responsabilidade civil, a fim de torná-la ferramenta de eficácia dos direitos fundamentais, tem um sentido maior. Os danos são resultado da atividade produtiva da sociedade, decorrentes portanto da intensa ação industrial, científica, comercial, intelectual que funcionam para atender as necessidades da vida em comum.

Representam um quebra, uma falha nesse encadeamento produtor, gerado pela sociedade e destinado a atendê-la. Portanto, é considerando a dimensão objetiva em que são produzidos que há que se pensar na reparação.

O solidarismo se apresenta como os fios da teia relacional em que a reparação se dará, promovendo a ampliação de seus efeitos, da categoria do indivíduo, agora já reconfigurado para pessoa humana porque socialmente contextualizado, para promover efeitos também no meio social.

A fixação da reparação deve então considerar reposições para além do restabelecimento do *status quo ante* vigente no regramento anterior. Elementos como o aspecto pedagógico e o preventivo que a responsabilidade civil enseja, dado o bem jurídico que protege (quase sempre se refere a uma lesão), e, considerado ainda a natureza de sua extensão, integram esse momento da responsabilidade civil.

Dois aspectos a considerar justificam essa preocupação. O primeiro reside no grau de importância do bem atingido – no caso das violações de ordem ambiental em que a paga em dinheiro não permite o atendimento efetivo da tutela reclamada e nem o restabelecimento do status anterior à lesão. O segundo elemento diz respeito ao aspecto subjetivo do sujeito lesante - o autor do dano - considerado o grau de compreensão dos efeitos de seus atos, sua repercussão social, ainda que o dano em si, objetivamente reparado não seja extenso para aquela pessoa atingida.

Na primeira hipótese, estão as situações em que a agressão ambiental, para ser reparada, demandará um longo tempo, sem que se tenha garantia do restabelecimento pleno, perpetrando seu efeitos na humanidade, ultrapassando a linha das gerações humanas.

Quando a foz de um rio é poluída, seus detritos deslocam-se por todo o percurso, alcançando pessoas, bens e espaços à longa distância. Dependendo do nível da agressão, muito tempo será necessário para que a reparação se faça sentir, o que pode ultrapassar gerações.

É, portanto, o tipo de violação que não pode se limitar à paga de uma multa ou à condenação de reflorestamento da área, daí porque se diz que o grau de importância do bem jurídico atingido pode levar à reparação que ultrapasse o limite da reposição.

Quanto ao segundo aspecto, refere-se a situações em que a lesão em si pode não ter grandes efeitos, mas, uma vez contextualizada socialmente, e, considerando ainda o nível de lucratividade do agente lesante, mostra sua real extensão, o que enseja a ampliação da reparação para além do restabelecimento à situação anterior.

Os consumidores de um modo geral enfrentam rotineiramente lesões de pequeno porte quando analisadas da ótica individual, como a entrega de uma conta telefônica no dia seguinte do vencimento, que gere ao usuário, além do aborrecimento, a multa de R\$.0,30.

Mesmo que o consumidor lesado aguarde alguns meses para, acumulando suas pequenas multas, demandar contra a empresa, ainda assim, pelos parâmetros tradicionais, haveria uma limitação da fixação da reparação, o que, dado o valor ínfimo em debate, desestimula a ação e estimula o descumprimento do dever jurídico do empresário, ainda se considerado que a ação poderá ser alvo de medidas do Ministério Público, da-se a limitação do valor *quantum debeatur* em questão.

Nessas hipóteses, sob o signo da revisão até aqui construída, a tutela da cidadania reclama o acréscimo intimidatório da conduta de modo a tolher o abuso bem como deve-se verificar se a observância do dever jurídico ensejaria o dispêndio de valor superior ao pagamento da reparação tradicional, o que pode ser o móvel da resistência do empresário

Tais dados não que ser sempre considerados. Há bens que uma vez violados, não poderão ser devolvidos por uma empresa seguradora. Ademais, a mera possibilidade de assegurar a reparação, através de estabelecimento de seguros, resultará na negativa da socialização do prejuízo, dada a imediata transferência de destinatário, com a inserção de seu custo na planilha econômica do capitalismo.

Significa, então, que o novo revestimento da responsabilidade civil alcança também a teoria da reparação, que deve ser mobilizada de tal modo que viabilize a difusão dos direitos que visa assegurar.

A adequação da reparação no perfil pós-moderno da responsabilidade civil

deve observar o requisito indenizatório, e a ele adicionar o aspecto pedagógico-punitivo, que para cumprir a condição da solidariedade, a prevenção para com bens cuja reparação é difícil ou mesmo impossível e educativa, bem como com vista a, no papel de justiça distributiva que também lhe compete, atribuir acréscimo a mera reparação quando a ação de mostrar abusiva e fraudadora dos direitos fundamentais.

Em suma, do sentido retributivo no passado para o distributivo no futuro – o presente como intermediação dessas realidades, através das penas de natureza civil, ou, como são chamados, os *punitive damages* nos países da *commun law*, ou, como na literatura argentina *daños punitivos*⁵.

Abre-se, nesta seara o fértil debate sob a correção ou não da fixação de penas de natureza civil com toda a plêiade de argumentos que evocam uma bibliografia própria.

A ótica do desestímulo,⁶ é de ser considerada como uma das vias de concretização desta perspectiva, incluindo entre as preocupações a revisão na destinação de seus fundos, como forma de contornar a preocupação do enriquecimento sem causa.

Os *punitive damages*⁷ representam a via a um só tempo preventiva e

⁵ Lopez Herrera (2008, p. 17) tece considerações acerca de tal categoria jurídica. Diz ele: Los autores que se han ocupado del tema han dado varias definiciones que se transcriben a continuación, destacándose por su claridad y por el hecho de no haber prácticamente diferencias entre unas e otras. Dan Dobbs define a los daños punitivos como ‘aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada conducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado’ Prosser y Keeton también definen a los daños punitivos: ‘tales daños [que] son otorgados al actos además y por encima de la completa compensación por los perjuicios con el propósito de castigar a otros de seguir el ejemplo del demandado’.

⁶ Moraes (2003), citando C. A. Bittar ensina: “É a chamada teoria do desestímulo, segundo a qual deve estar inserida no âmbito da indenização ‘quantia significativa o bastante, de modo a conscientizar o ofensor de que não deve persistir no comportamento lesivo; todavia é preciso cuidar para não enriquecer excessivamente o lesado’. Segundo Bitar, *Reparação civil*, cit., p.280, é neste sentido de desestímulo, embora não sem algumas vacilações, a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria. A fixação de valor de desestímulo, como fator de inibição de novas práticas lesivas, deve ser tal que possa ser sentido no patrimônio do lesante, como uma punição. Como já dito, no Projeto de Lei 6.960, de 12.06.2002, do Dep. Ricardo Fiúza, alterando quase duas centenas de artigos do já promulgado Código Civil, acrescentou-se novo Parágrafo ao art.944, justamente para inserir o caráter punitivo na reparação do dano moral. Lá está expresso: §2o. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado ao desestímulo ao lesante’. (MORAES 2003, p. 222).

⁷ Existe uma variedade de denominações para essa figura jurídica, López Herrera refere outras expressões como Exemplary damages, non compensatory damages, multiple damages, presumptive damages, vindictive damages, treble damages, smart money. Dispêndio referir-se a

sancionatória da responsabilidade civil. Originário dos países da *commum low*, estão inseridos no momento final da teoria da responsabilidade civil, ligados ao instante da reparação.

Suscitam divergências de ordem doutrinária acerca de sua legitimidade, notadamente em sede de direitos humanos, por representarem mais do que a mera reposição do prejuízo, atingindo, segundo seus opositores, a dignidade dos agentes lesantes, cujo espectro de atuação deve ser preservado, numa restauração da oposição às penas cruéis do direito penal. Consistiriam, de acordo com seus críticos, numa violação dos direitos da personalidade dos autores do dano.

Releva destacar que o surgimento dos *punitive damage* se dá com o “*objetivo de oferecer, através da noção de garantia, uma nova sistematização da responsabilidade civil, através do que Boris Starck atribuiu ao dolo a consequência de pena privada*” (MORAES, 2003, p. 220).

Atualmente as oposições a incidência da pena privada se encontram em vias de superações, como sinaliza a vasta legislação mundial a respeito⁸. No Brasil, o grau de culpa do autor do dano somente é referida na legislação, quando em confronto com a concorrência da culpa do ofendido⁹, conquanto tenha havido sensível manifestação jurisprudencial e doutrinária a favor do instituto.

A despeito das controvérsias que suscitam, considero que os *punitive damages* concorrem favoravelmente ao processo de construção da responsabilidade civil como ferramenta de eficácia dos direitos fundamentais.

Destaca-se nesse ponto que, para o processo de construção e manutenção da dignidade humana, concorrem diversos fatores. Os direitos fundamentais são o alicerce de sustentação da dignidade e, seu exercício implica a imposição de deveres contrapostos. A responsabilidade civil é, nesta ótica, um dever jurídico fundamental, daí porque diz-se que constitui ferramenta de eficácia dos mesmos.

O compromisso que a responsabilidade civil tem, como mediadora da cidadania que é, impõe-lhe a obrigação de estabelecer metas pedagógicas preventivas no seu percurso, porque, na sua roupagem inovadora, cumpre-lhe

cada um e suas origens, sendo certo que utilizaremos o vocábulo *punitive damage*, por considerá-la o mais reconhecidamente caracterizador do instituto em questão.

⁸ Neste sentido ver Lopez Herrera (2008, pag.8)

⁹ Vide art. Art. 945 do Código Civil, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”

também esse papel de precaução, para o que, a utilização dos *punitive damage* oferece uma alternativa atrativa.

Considere-se ainda que, no exercício desse papel, a responsabilidade civil é chamada a dar soluções a demandas cujos partícipes encontram-se em situações desiguais, diante do porte econômico do agressor e da situação inferior do ofendido.

Ao se limitar os efeitos da reparação ao *quantum* da ofensa, calcado no temor de promover o enriquecimento sem causa, a solução oferecida estará proporcionando a ratificação dos status das partes, na medida em que para o ofensor, o dispêndio de certa quantia não faz diferença, para o ofendido, a pequenez da indenização também em nada modificou sua condição.

Pode-se, então, com a penalização do agressor, alcançar o equilíbrio entre a necessidade de atribuir-lhe gravame que lhe imponha um repensar acerca dos efeitos de sua conduta, e a preocupação com o enriquecimento sem causa do lesado. A solução pode ser alcançada através da destinação de parte do valor estabelecido a um terceiro, preferencialmente ligado ao tema objeto da imputação¹⁰.

Há inclusive precedentes neste sentido. Em processos envolvendo lesões a trabalhadores, decorrentes de ações de iniciativa do Ministério Público do Trabalho, nas Ações Civis Públicas, o valor das multas, seja por condenação ou em virtude de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é destinado ao FAT (Fundo de Assistência ao Trabalhador)¹¹.

Essas medidas, permitidas no âmbito do Direito do Trabalho, decorrem do entrosamento institucional entre órgãos do Estado em vista da efetivação da tutela dos direitos sociais, o que pode ser aproveitado e aperfeiçoado na esfera da efetivação dos direitos fundamentais, mediante a ampliação da incidência da responsabilidade civil.

Se houve toda uma renovação da figura da responsabilidade civil, por que esta não mais estava a responder, legitimamente, a necessidade de tutela para o

¹⁰ Há precedentes na destinação de valores a terceiros que sequer compõem um dos pólos da lide. Recentemente, no episódio, a Lei Complementar no.110, de 29 de junho de 2001, instituiu contribuições adicional as contas de FGTS que não se destinavam ao empregado demitido, mas ao custeio do complemento de correção monetária a que vinha sendo condenada a CEF, decorrente do expurgo de inflação da correção monetária expurgada das contas do FGTS durante os planos econômicos Verão, em 1989, e Collor I, em 1990

¹¹ De acordo com a Lei nº 7.347/1985, em seu art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

descumprimento do dever jurídico, e, se como já demonstrado, isto decorre não somente de uma pequena afirmação, mas, da troca de toda a partitura, a reparação, deve acompanhar a revisão na sua profundidade.

Embora não se pretenda encontrar um solução pacífica, o que importa é que, ao final, com a imposição da reparação, a sociedade seja capaz de sentir-se adequadamente atendida na sua expectativa.

Daí porque, dado o compromisso com a eficácia dos direitos fundamentais, lastreados na socialização do prejuízos, outros meios de alcance podem ser propostos e experimentados nesse percurso, o que atrai a possibilidade de ampliar a reparação para impingir ao lesante uma pena de natureza civil.

À imediata - e previsível - reação dos que rejeitam a pena privada não expressamente fixada em lei, deve-se apresentar argumentos novos, que distanciam essa imputação daquela que lhe caracterizava na Idade Média, símbolo da violência contra o homem, para vê-la agora, numa nova vestimenta, meio de tutela dos direitos de mesmo homem.

A mudança de foco mais justificadora da utilização da multa civil como aqui considerada, é que a pena privada outrora utilizada, tinha o objetivo de reparar danos do passado, enquanto a possibilidade de multa atual tem como fito resguardar o compromisso da humanidade com o futuro, na dimensão que há em proteger o que agora, reconhecidamente, é de todos.

Seu manejo - da pena privada - traz à baila a questão do subjetivismo que se pensava superado na experiência da responsabilidade civil objetiva. Entretanto, a *reentreé* da vontade e do dolo ocorre nos limites da fixação da reparação e se encontra ainda ajustada à extensão do dano causado e calibrada pela sua reparabilidade, pelo que distanciado da consideração anterior, em que sua configuração necessariamente era exigida para a imputação da responsabilidade civil.

O clássico exemplo da Sra. Liebech, conhecido protótipo dos *punitive damage* nos Estados Unidos, bem demonstra essa vasta rede de considerações na fixação da multa privada.

No relato de Moraes (2003, p. 231), a senhora Liebech comprou um copo de café numa loja da rede McDonald's,

e, enquanto dirigia seu carro, colocou o copo entre as pernas e tentou remover-lhe a tampa. A manobra fez derramar café em seu colo. Ela sofreu queimaduras de segundo e de terceiro graus nas nádegas, nas coxas e na vulva. Em razão

dos ferimentos, a Sra. Liebech permaneceu sete dias hospitalizada e três semanas recuperando-se em casa, ajudada pela filha. Durante esse período, perdeu quase 20% de seu peso.

No julgamento do caso, em que a Sra. Liebech postulava US\$100.000 pelos danos sofridos e mais o triplo pelos danos punitivos, o júri considerou que, de acordo com o que ficou provado, a situação enfrentada pela senhora já acontecera com outras 700 pessoas num espaço de 10 anos.

Para a McDonald's, isso significava 1 copo em 24 milhões, mas, se considerado da ótica humana, e não da estatística contábil da empresa, o acidente atingiu 700 seres humanos¹², e presta-se para, com razoável clareza, demonstrar a inserção da análise social num episódio que, numa apreciação puramente matemática, pode parecer pouco significativa. Acresça ainda, na fixação dos *punitive damages*, um dado relevante, que está na atividade lucrativa em que se insere¹³.

O exemplo do caso Liebeck X McDonald's habilita-se bem para evidenciar a possibilidade de apenar o lesante de modo a atingir sua sensibilidade, inclusive financeira, sem que isto permita que a parte autora enriqueça injustificadamente.

Se a majoração dos *punitive damage* se deu em decorrência da abrangência do dano causado – no caso McDonald's 700 pessoas - então o resultado financeiro da demanda poderia ser destinado a um hospital de queimados, ou a um centro de pesquisa de transplantes de pele, bem como a qualquer outra atividade que tenha afinidade com o evento, satisfazendo com isso o requisito preventivo e reparador necessários a fixação da pena privada.

Um dado que deve ser considerado inafastável na utilização dos *punitive damage* reside na avaliação, em separado, dos efeitos do instituto para o autor do dano, distinto das consequências perante a vítima¹⁴, o que permite a prática de uma solução que atenda à necessidade de tutela do ofendido, desempenhe o papel preventivo e punitivo ao agressor, restabeleça a integridade do bem lesado e, inserido socialmente, possa ser reconhecido pelos demais como uma prática civilizatória.

¹² O resumo fático foi extraído da obra de Moraes.

¹³ No caso da Sra. Liebeck x McDonald's, a decisão do júri condenou a empresa em US\$200 mil por dano compensatórios (reduzidos em 20% pela concorrência da autora no resultado) e US\$. 2,7 milhões pelos danos punitivos (reduzidos pelo juiz para US\$.540 mil)

¹⁴ Essa nova postura hermenêutica não deve ser limitar as hipóteses de *punitive damages*, mas sim permear toda a aplicação do direito, de modo a possibilitar a prática da igualdade também neste aspecto, segundo a qual as desigualdades devem ser tratadas desigualmente.

A possibilidade do atendimento a esse elenco de papéis permite atribuir a pena privada o caráter de instrumento de eficácia dos direitos fundamentais.

López Herrera, reportando-se ao Professor David Owen, traz ao debate substancial fundamentação em favor da aplicação dos *punitive damage*, fazendo deles um instrumento de justiça distributiva.

Owen, que insere os *punitive damage* na curiosa posição reservada aos limites do direito civil e direito privado, tece laboriosa consideração no sentido de atribuir fundamento filosófico e moral, considerando-o decorrentes dos conceitos de liberdade e utilidade.

Quanto à decorrer da liberdade, a aplicação da pena privada se assenta no excesso de utilização, pelo agressor, de sua liberdade em detrimento do ofendido, asseverando que o direito da pessoa de ser tratada como um fim em si mesmo, impede que outro, desrespeitando essa garantia, dela se beneficie.

Segundo Owen (LOPEZ HERRERA, 2008, p. 38), a liberdade é o princípio fundante dos danos punitivos porque, segundo Kant, cada pessoa tem o direito de ser tratada como um fim em si mesmo, e não deve ser tratada com um meio de outro lograr seus fins¹⁵, E prossegue, aduzindo que dessa forma cada pessoa atua tendo em conta esse dignidade intrínseca e os bens com que nasce e adquire, determina se merece uma recompensa ou castigo¹⁶.

¹⁵ (tradução livre) "la libertad es el principio fundante de los daños punitivos porque, siguiendo a Kant, cada persona tiene derecho a ser tratada como un fin en si misma, que no debe ser usada en su detrimento como un medio de otro para lograr sus fines."

¹⁶ (idem) de qué forma cada persona atúa teniendo en cuenta esa dignidad intrínseca y los bienes "con que nace y adquiere determina si merece una recompensa o castigo"

PROPOSTA DE GENERALIZAÇÃO DO ART.927 § ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL.

O direito civil brasileiro oferece em seu direito positivado uma via de passagem para a ampliação dos limites da responsabilidade civil, consolidada no § único do art.927 do Código Civil promulgado em 2002.

Tal conjunto normativo, é resultado de um longo e sinuoso trabalho de respeitável equipe de juristas da melhor estirpe brasileira, que, durante mais de 40 anos dedicou-se a essa tarefa.

Capitaneada por Miguel Reale, e consentâneo com a vigência de uma Constituição que privilegia os direitos fundamentais, o CCB compromete-se com a nova ordem, apoiando-se nos princípios basilares da eticidade, socialidade e operabilidade que permeiam por todo o seu trecho.

Dispõe-se com isso a promover o direito em sua dimensão efetiva, com a contraface do dever correspondente, tratando o excesso – ou abuso – do direito como ato ilícito. No art.187¹ do Código Civil reside o vetor que expõe o compromisso da nova legislação com os novos valores, ao considerar ato ilícito o exercício de um direito que exceda os limites de sua função social ou econômica.

De igual modo, a matiz contratual se apresenta comprometida com a função social, estabelecendo literalmente o art.421 que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

A liberdade de contratar está assim contida pela função social que o contrato enseja, o que ratifica o compromisso social da legislação. Dai porque permite-se a rescisão contratual nas hipóteses em que a sua observância tornou-se extremamente onerosa para uma das partes, ou quando a obrigação foi assumida no que o código chama de estado de perigo².

Ainda como linha mestra da sociabilidade inserta no Código Civil, o art.422 obriga aos contratantes, em todas as fases contratuais, o resguardo aos princípios da probidade e da boa-fé.

Retrato da realidade em que se insere o § único do art.987 Código Civil de

¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

² Art.156 – Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

2002 desatrela da culpa a obrigação de reparar o dano para as hipóteses especificadas em lei e naquelas em que a atividade desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os outros³.

Além desses, de maior impacto, outros dispositivos, como os §§ 4º e 5º do art.1.228, referente à ousada inserção da desapropriação judicial, autorizada nas hipóteses em que há a concorrência da posse de boa-fé de considerável numero de pessoas⁴, que tenham realizado no imóvel obras consideradas de interesse social e econômico relevante, fazendo surgir uma tutela que retira do contrato o seu caráter estritamente privado do passado.

Tal panorama evidencia com que lentes devem ser analisados os comandos normativos contidos no Código Civil de 2002, o que fornece, até aos exegetas mais ortodoxos, boas razões para reflexões acerca na nova feição da legislação civil brasileira.

Mesmo para os arraigados na hermenêutica tradicional, há a estatuição de normas de índole constitucional capaz de preencher-lhes o ímpeto positivista. Tendo o texto maior estabelecido expressamente como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁵, bem como compromissado-se com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades⁶, devem os exegetas mais exigentes ter por satisfeitos seus anseios positivistas.

Ao lado das fundamentações de índole positivista, deve-se considerar a realidade brasileira, com a fragilidade de suas instituições resultantes dentre outros de uma larga experiência de vida num regime ditatorial.

Além disso, a história do Brasil tem uma característica ímpar no que se refere aos avanços institucionais e políticos que vivenciou. Refiro-me ao fato,

³ A redação do art. e seu parágrafo é: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. § 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.

⁴ § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

⁵ Constituição Federal, art.30.I.

⁶ Constituição Federal, art.30.III.

historicamente demonstrado, de que os grandes rompimentos institucionais se deram após demandas sociais significativas, por vezes até violentas, mas foram alcançadas por um acordo com a parte vencida.

Tome-se como exemplo a Proclamação da Independência, feita pelo príncipe português, que se tornou primeiro imperador do Brasil; a Abolição da Escravatura, decorrente de intenso processo de libertação, não somente por parte dos escravos, e que culmina com a sua libertação a partir de um ato da princesa Isabel; o restabelecimento da democracia, com a eleição de um presidente que não era o indicado pelo regime militar se deu após a derrota do movimento diretas-já e de acordo com as próprias regras que até então asseguravam a presença dos militares no poder.

Considerando a realidade brasileira e a intensa timidez quando se trata da proteção da cidadania, pressuposto básico da responsabilidade civil, a análise do dispositivo legal constante do § único do art.974 deve considerar esse aspecto, em especial pela enorme dificuldade em integrar o próprio Estado no padrão de observância dessa cidadania.

Dá-se, o que O'Donnell, citado por Campilongo, nomina como cidadania de baixa intensidade, ao se referir à irresponsabilidade das instituições a quem cabia cumprir e fazer cumprir as salvaguardas da cidadania⁷.

Se adotada a posição hermenêutica ortodoxa, apenas nas hipóteses em que houve expressa determinação legal, é que se dará a responsabilidade civil objetiva, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quanto à incidência da norma decorrente de expressa determinação legal – o vocábulo “expressa” demonstra uma percepção condizente com uma conduta positivista, sobre a qual já se comentou alhures - não haveria maiores dificuldades.

No que se refere à “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, que implique riscos para o direito de outrem”, e quando tal ocorre em razão da

⁷ No texto de Campilongo, encontra-se análise quase trágica do quadro institucional brasileiro no que se refere ao desrespeito à cidadania e à incapacidade estatal de fazer concreta. Diz ele, sobre nossas instituições representativas, que elas se caracterizam pela completa irresponsabilidade política, e fogem de todas as formas de controle e prestação de contas. Sustentam um sistema de dominação privatizado, de troca de favores com o Executivo e de partidos oportunistas. Em última análise, a negação de todos os princípios republicanos. O correlato social dessa irresponsabilidade institucional é a ruptura de identidades. Nas palavras de O'DONNELL, temos uma 'cidadania de baixa intensidade', onde os direitos políticos são respeitados às custas do não reconhecimento dos direitos liberais à maioria da população. (CAMPILONGO, 2000. p. 57).

“natureza da atividade”, abre-se um leque de possibilidades de incidências. Importa aqui registrar que há fértil terreno de utilização do comando normativo em favor da eficácia dos direitos fundamentais, a partir do § único do art.927 do Código Civil Brasileiro, cuja leitura há que considerar o conjunto da obra que representa a legislação positivada e o seu confessado compromisso com a eticidade, sociabilidade e operabilidade já demonstrada.

Um caminho sugestivo desse compromisso se apresenta na direção de se fazer a leitura do parágrafo único como um apêndice do caput (*“aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*), o que significa que, para além dessa obrigação de reparar decorrente de ato ilícito, também deve haver a tutela para as hipóteses do parágrafo único .

Com isso, a responsabilidade objetiva estabelecida no parágrafo único, além de ser, ela mesma, um avanço em relação à teoria da culpa, possibilita sua a desvinculação do ato ilícito.

Desse modo, a atividade normalmente desenvolvida que resultar em dano não precisa ser ilícita, permitindo que concorram ao enquadramento todas as atividades que ensejem risco, ultrapassando-se assim a restrição às questões ambientais e abrindo atividades outras que ensejem risco para os direitos de outrem.

De tudo, o que se verifica é que para além da garantia constitucional de observância aos direitos fundamentais ali prescritos e que são auto aplicáveis, o Brasil dispõe de uma legislação favorável a essa eficácia, o que deverá atrair até as convicções hermenêuticas mais clássicas.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA COMO MARCO DA SOLIDARIEDADE

Já se disse que dentre os efeitos da ampliação da responsabilidade civil, o ambiente dos direitos humanos fê-la ferramenta de afirmação dos direitos da pessoa humana, a partir da reiterada assertiva de que *a atribuição da responsabilidade civil decorre do reconhecimento a priori da capacidade de responder aos próprios atos*.

A responsabilidade que se apresenta nesse contexto tem suas raízes plantadas numa autonomia dependente do social – a nova cara da autonomia, que agora não é mais privada, fruto de um olhar que prenuncia *o descolamento da proteção exclusiva do homem para a da humanidade*.

Entretanto, no cardápio da tutela que tais direitos humanos representam, figura uma variedade de garantias, decorrentes de seu processo de formação, desde sua repisada inauguração, com os chamados direitos de primeira geração, conhecidos direitos de liberdade, surgidos como reação ao poder do Estado e calcados na proteção do indivíduo; seguem-lhe os de segunda geração, nominados direitos sociais, conhecidos como direitos prestacionais do Estado; os direitos de terceira geração, nomeados direitos difusos, reconhecíveis nas bandeiras da fraternidade e solidariedade, e hoje já se refere até os de quarta geração, que seriam os direitos decorrentes da globalização dos direitos fundamentais, e representados pelo “direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo” (Bonavides, 2000, p.525).

Há assim uma gama de direitos humanos, fundamentalizados nas mais diversas cartas constitucionais, dos mais variados rincões, o que sinaliza no sentido de que os direitos humanos se projetam tanto no tempo, com a construção de um elenco cada vez maior, quanto no espaço, o que se dá com a adoção por nacionalidades diversas.

Existe portanto um sistema, ou pelo menos um ambiente em que essas relações são vividas, envolvidas por uma teia axiológica mínima, e que faz essa vivência ser diferente de outra do passado ou de outro lugar.

Se pretendemos atribuir à responsabilidade civil o caráter de ferramenta de eficácia dos Direitos Fundamentais, e se vimos até aqui dizendo que uma das maiores diferenças na pós-modernidade reside na sua concretude, cabe delinear os

contornos valorativos em que se insere nossa teoria.

A pretensão é de que se trate de “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”¹, segundo promessa inserida no pórtico da Constituição Brasileira. Mas o confessado pluralismo constante do enunciado serve de ponto de partida para o mundo real.

O princípio da solidariedade também aparece consubstanciado no Preâmbulo da Constituição Federal ao estabelecer os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, de onde emana o compromisso com o Estado Democrático de Direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a fórmula liberdade, igualdade e fraternidade fora, no Estado Liberal, proveniente da Revolução Francesa (SILVA, J., 2006, p. 46-47).

Com a diversidade humana e todo o conteúdo relacional que a inscrição constitucional representa, está o ambiente advindo do modo de produção em que vivem, compondo as matrizes conflituais mais significativas que são a pessoa humana e o modo de produção capitalista, ambos querendo sobreviver.

Portanto, neste tópico, o interesse está em contextualizar a realidade, identificando elementos que lhe são peculiares.

Os bens de difícil reparação passam a ser os que são importantes para a sociedade e não mais que estavam valorizados na linguagem patrimonialista, que embora não se encontre superado, submete-se, também ao processo de funcionalização.

O elemento humano não é mais o indivíduo e sim a pessoa humana, como resultado da tessitura que combina o interesse individual com a sua inserção no meio social. Trata-se assim do personalismo, que é a face privada da dignidade.

O homem que é visto sob a ótica do personalismo é um ser que se dá conta da sua própria integridade e reconhece que sua proteção está agregada à proteção do outro homem. É um indivíduo que existe enquanto em relação com os outros e com o mundo que o cerca.

Moraes (apud PEIXINHO, 2001, p. 167) consegue resumir com maestria a condição do homem em sua dimensão existencial-relacional ao afirmar que “o

¹ Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira.

indivíduo, como tal, não existe; coexiste, juntamente com os outros indivíduos. E porque sua relação com os semelhantes passou a ser avaliada como *constitutiva* de sua existência, uma condição *fundadora*, não pôde ele mais ser estimado, como havia feito o pensamento liberal-individualista, como uma pequena 'totalidade', uma micro-célula autônoma, auto-suficiente e auto-subsistente. Por outro lado, evidentemente, a noção não se esgota na espécie; cada ser humano é único, em sua completa individualidade. Único e plural a um só tempo, parte da comunidade humana, mas possuidor de um destino singular, esta é a lei da pluralidade humana, referida por H. Arendt: *Quem habita este planeta não é o Homem, mas os homens. Pluralidade é a lei da terra.*"

Parece quase elementar. A possibilidade de se pensar o ser humano sem considerar a sua convivência com outros parece se limitar aos contos, cogitar um ser que não divide nada com o outro, não fala com ninguém, não cerca seu espaço, alimenta-se somente do que consegue produzir sozinho. Qualquer acréscimo a esse conteúdo básico de sobrevivência pressupõe a existência de outro homem. E estamos de volta a sociedade pós-moderna!

O projeto da pós-modernidade é incompatível com qualquer pretensão de monopólio de ideias, de valores. Comprometido com os direitos fundamentais há que ter necessariamente em conta, mais que mera tolerância, a convivência com a diferença, real instrumento de resguardo da identidade humana, e anteparo a impedir que nos tornemos todos, meras peças de uma engrenagem sob o controle de interesses.

Além da pessoa humana, da sociedade, do grupo, há um novo protagonista, descoberto nas agruras das agressões oriundas da guerra, representante perfeito do desaparecimento das barreiras nacionais: a humanidade.

Nela a espécie humana encontra a sua chance de alcançar a imortalidade, por enquanto como espécie, o que provoca um redimensionamento no papel de cada pessoa, da sociedade e da própria humanidade.

O direito se sustenta numa base: a espécie humana, cujo reconhecimento se dá, necessariamente na figura do outro, num movimento que represente a um só tempo a constatação da igualdade e da diferença.

Temos um novo direito, e sua legitimidade não decorre mais unicamente da possibilidade de autorreconhecimento na norma posta. O caráter conflitual presente

no fio de costura das relações sociais, contrastado com a real necessidade do outro, desloca o ponto de tensão da legitimidade para o reconhecimento da capacidade de solucionar da melhor forma possível, tendo como norte a eficácia dos direitos fundamentais.

A diversidade humana e o desaparecimento das barreiras nacionais rígidas expuseram a incapacidade do Estado em gerir sozinho as relações de poder, dando azo ao surgimento de vias de mediação inéditas. Viabilizou uma normatização extra-estatal, dando conta da fragilização da exclusividade normativa do Estado, em favor do reconhecimento da capacidade normativa de outros entes sociais, dando ensejo ao pluralismo jurídico.

O quadro que emana dessa realidade promove a revisão das noções de espaço privado, e o desaparecimento da rigidez existente na fixação do público e do privado.

O mundo visto numa dimensão imune às divisões nacionais, habitado por um sujeito de direito comprometido com sua perenidade é uma visão estática da realidade. A dinâmica está em atribuir um relacionamento compromissório entre as diversas e sucessiva gerações, dando uma nova feição a esta realidade, cujo amálgama é a solidariedade responsável.

Não se trata apenas de um sentimento isolado. A solidariedade está reconhecida expressamente como princípio constitucional, resultado da “consciência racional dos interesses em comum”(MORAES, 2003, p. 111) e assentada na necessidade imprescindível da coexistência humana”. Com isso o texto constitucional indica, como elementos materiais da solidariedade, a erradicação da pobreza, da marginalização social e a redução das desigualdades sociais.

Portanto, a concretização da solidariedade há que se dar voltada para o oferecimento de alternativas que viabilizem a erradicação da pobreza, o que não se dará sem a necessária revisão do *modus* como a riqueza circula na sociedade e a conseqüente proposição de alternativas que promovam a melhor distribuição dessa renda.

No ponto que nos interessa, a fixação da responsabilidade objetiva como regra, representa uma via dessa distribuição e em consequência um elemento da realização da solidariedade, aqui não como atitude filantrópica, mas como real mecanismo de redistribuição de responsabilidade, mais do que de renda.

O desarraigamento da marginalização social – o outro elemento material da solidariedade – consiste na revisão das posições atribuídas aos homens na sociedade. Concorre para a superação do preconceito e representa um avanço em direção ao respeito à alteridade.

Para o alcance desse elemento da solidariedade, a responsabilidade objetiva se apresenta como via de imputação dos efeitos do dano a todos, independente da sua condição social, bastando que o autor do dano seja o beneficiário dos efeitos de sua empreita.

A responsabilidade objetiva como regra concorre para o investimento na erradicação da pobreza e da marginalização social, resultando na redução das desigualdades sociais, o que faz do instituto importante para a concretização da solidariedade como previsto na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A aceitação de que a ética se constitui matéria jurídica representa o ponto de partida para um revisionamento geral do direito. Trata-se de uma postura nova, que expurga as traças contidas na convicção positivista de que era possível dizer o direito de um modo ascético, num exercício de higiene que dispensava a realidade.

A disposição para o enfrentamento da realidade, contudo, ainda mantém certa distância das instâncias de poder mais tradicionais, aqueles a quem cabe dar início à chamada marcha da eficácia dos direitos fundamentais. A prática objetivista, habituada e educada no apego a critérios lógicos, que possam ser facilmente conferidos ainda não foi superada de nossa realidade.

Necessário que se dê, além do processo educacional-constitucional, verdadeiro processo afetivo-constitucional no qual os princípios contidos na Carta sejam internalizados.

Entretanto, o que se observa ainda hoje, são resquícios de apego a critérios de elenco, que permitam verificar o preenchimento de requisito, num claro resquício da postura cientificista ainda asoberba o direito prático.

Se é verdade que há uma representativa organização social, engajada no estabelecimento desses direitos, bem como uma gama de doutrinadores oferecendo portas de passagem, também é verificável que no pólo final da demanda, destinada a realização concreta da justiça, o direito não tem cumprido (ainda) o seu papel.

Exemplo disso é a timidez com que as decisões judiciais se fundamentam diretamente nos comandos constitucionais, quase sempre se reportando ao amparo de uma regra jurídica inferior considerada mais exata.

Some-se a isso o aspecto de que, pelo menos no Brasil, com sua experiência democrática tardia, alcançada após significativo período de autoritarismo, não se tem acumulada a experiência de respeito à dignidade. Também considerável é que a vivência social sob o manto da pós-modernidade atrai ao palco o fracionamento axiológico típico dessa modalidade social, o que, ante os demais fatores, gera insegurança, privilegiando decisões que possam se lavar em critérios pretensamente objetivos.

Ao discurso da eficácia, deve então se cuidar de acrescentar o da internalização dos fundamentos constitucionais, do verdadeiro sentimento

reconhecedor das práticas instituídas pela via dos direitos fundamentais, de modo a tornar-se, ele próprio eficaz.

Na lição de Hesse (1991, p. 19), a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade.

[...] Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, [...] se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. [...] Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Willw zur Verssaung).

Há assim uma visão que compromete o próprio homem com o mundo melhor, e há o que Hesse tão bem denomina a vontade de Constituição, numa clara referência ao papel destinado aos que exercem o poder.

Tais exercícios se dão no espaço social mediado pela solidariedade social – fundamento do reconhecimento de uma comunidade de interesses - cuja constitucionalização, através das normas objetivas, evolui para a solidariedade jurídica.

O conhecido assentamento da pós-modernidade em promessas não cumpridas pela modernidade, a composição humana que se apresenta, calcada em relações conflituais e de forte concorrência, a ausência de um elemento unificador a lhe orientar o rumo, tudo isso, representa os fatores reais em que há de se caminhar.

É a pessoa, membro da sociedade complexa, que deverá crer na validade de um pacto renovador, e ser dele instrumento de atualização. A pós-modernidade põe fim às narrativas grandiosas e instala-se o discurso do micro grupo, do micro social, através da existência de diversas instâncias de comunicação e não mais uma única, do multiculturalismo, do pluralismo e dos dilemas que o acompanham, tais como o que constitui o desafio de construir um mundo em que a socialização dos prejuízos se faça substituir ou mesmo mediar pela socialização das conquistas de uma vida digna.

Em sua “*Condição Pós-moderna*”, Lyotard afirma: "simplificando ao extremo, considera-se que o 'pós-moderno' é a incredulidade em relação às metanarrativas".

Lyotard (1989, p. 12)

A sociedade capitalista se alimenta da pobreza, pressupõe a acumulação de capital na mão de alguns. Independente de se gostar ou não disso, de se crer na

revolução socialista ou não, essa contradição capitalismo-cidadania há que ser enfrentada em seu aspecto real. A necessidade de sobrevivência desta relação de produção faz – ele também – se atualizar, e essa é uma das vias de canalização dos dutos da dignidade. A experiência da solidariedade é uma dessas vias, de modo que haja socialização não somente dos riscos, mas das conquistas da humanidade.

Neste sentido, a ampliação das bases da responsabilização civil, desviando-a da atribuição da culpa e estabelecendo-a para alcançar aquele que se beneficia do empreendimento, representa um avanço na direção da socialização dos resultados dos avanços da humanidade, de modo que todos, de algum modo, não somente deles se beneficiem, mas arquem com as suas consequências.

Acresce que a reconfiguração da responsabilidade civil, para incluir dentre seus requisitos o dever de prevenção, sinaliza também em direção ao compromisso com a adequação em direção a efetividade das normas fundamentais.

Há assim um novo papel constitucional da responsabilidade, decorrente do inevitável reconhecimento da alteridade e da consideração do outro na vida em sociedade.

Os efeitos dessa repaginação ensejam, dentre outras consequências, a fixação de um dever de reparação que não se limite à reposição do status anterior, e que inclua a obrigação de uma tutela preventiva do bem jurídico considerado importante para a sociedade.

Também decorrente desse liame constitucional da responsabilidade civil, seus efeitos se fazem sentir ainda em situações de normalidade, podendo ensejar sua aplicação, mesmo que decorrente de atividade lícita.

O desaparecimento da tradicional dualidade lícito – ilícito assenta-se primordialmente na superação do ato jurídico como ação do sujeito individualmente considerado. O eixo de incidência da norma se desloca da ação do sujeito para a complexidade dos efeitos dessa ação. E esse enredamento traz ao cenário os interesses contrapostos, difusos, cuja titularidade, por vezes ultrapassa o individual, sinalizado também aqui uma mudança paradigmática.

A pós-modernidade é uma condição histórica, e portanto ínsita de contradições, o que não tem o condão de condenar a sociedade humana que nela vive ao fracasso. O mundo já experimentou situações de crise tão ou mais dramáticas, e as superou através da repactuação de seus valores, nos quais

inscreveu a precaução para impedir aquele caos.

Não será diferente nesse momento. E portanto, é possível crer no caminhar dessa pactuação, desta feita com vista à superação das dificuldades que agora se apresentam. A esperança comparece como um ingrediente que afronta a contabilidade e se impõe à frente da marca da renovação.

As relações sociais experimentadas na chamada sociedade complexa, caracterizadas por sua superficialidade, rapidez, anonimato, sinalizam para o que Ost (1999) chama *tempo metamórfico*, conduzido segundo ele pelo direito e portador de uma fecundidade típica dos momentos de transformação.

A sociedade complexa se apresenta multifacetada, dividida em inúmeras instâncias, composta de diversos grupos. Sua sobrevivência passa necessariamente pelo reconhecimento do outro, e da consciência que faz do homem, um valor em si mesmo.

Se pretende sobreviver, essa sociedade há que celebrar um pacto de convivência, assentando não mais na unidade de ideias, mas na garantia do respeito pela diversidade e na confiança nas regras de solução de seus conflitos, o que reclama por firmes ajustes de costura ética.

Para além da sobrevivência, o pacto reclama pelo ingrediente da esperança, que alimenta a crença de que há um verdadeiro sentido na vida humana. Não mais lastreado no deus único do passado ou na ideia de uma justiça anterior à formação social. O pacto de convivência se renova também ele, e, incorporando em suas cláusulas a esperança, converte-se num infindável pacto de renovação.

REFERÊNCIAS

- ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. rev. Buenos Ayres: Abeledo-Perrot, 1997.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001
- ASIS, Rafael de. *Sobre el conceptoy el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson, 2001
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v.9, 2002
- BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 1977.
- BALBINOTTO NETO, Giacomio. Justiça distributiva e as alocações livres de invejas (envy free). In: ENCONTRO DE ECONOMISTA DE LINGUA PORTUGUESA, 6, 2006, Luanda. *Palestra*. Luanda: Universidade Lusíada de Angola- ULA, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelon: Paidós, 2006.
- BITAR, C. A. Reparação civil. apud MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- _____. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992
- _____. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: EDUNB, 1994.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicol; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. EDUNB: 1986.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000,
- BRANDÃO, Adelino. *Os direitos humanos: antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy Ed., 2001
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direitos Humanos, Cidadania, Trabalho*.

- _____. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: Ltr, 2004.
- CÁARCOVA, Carlos Maria. *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Ayres: LexisNexis, 2007.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Liv. Almedina, 1992.
- CAPELLA, Juan Ramon. *Sobre a extinção do direito e a supressão dos juristas*. Coimbra: Centelha, 1977.
- CARRIO, Genaro R. *Los derechos humanos y su proteccion: distintos tipos de problemas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CUNHA, P.Ferreira. *O Ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001. apud MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007.
- DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da personalidade*. São Paulo: Liv. Moraes, 1961.
- DI GIOGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flavia (Coord.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.2.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, 8. ed. Madrid: Tecnos, 1993.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A construção social do sentido da constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- DRUCKER, Peter. *Sociedade pós-capitalista*. São Paulo: Pioneira, 1999.
- DUARTE, José Florentino. *O Direito como fato social*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

- _____. *Missão social do jurista*. Paraíba: Ed. UFPB, 1983.
- DUGUIT, L. Les transformations du droit prive depuis de code napoléon. 2.ed. Paris: F. Alcan, 920, *apud* FARIAS, José Fernando de Castro. A Origem do Direito de Solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.137.
- DULCE, Maria José Farinas. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*. Madrid: Dykinson, 1997.
- DWORKIN, Ronald O *Império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.
- _____. *Estatuto jurídico do patrimonio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- _____. *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERREIRA Antonio Carlos. *Responsabilidade civil por atos da administração pública*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2002.
- GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 2. ed. CEDAM: Padova, 1983.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Responsabilidad por riesgo*. 2. ed. Hammulabi, Buenos Ayres, 1997
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *O Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trota, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. *Verdade e Justificação*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Loyola, 2008.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introduccion histórico-dogmática*. Madrid: Ariel, 1987.
- HERRERA, Edgardo Lopes. *Los daños punitivos*. Buenos Ayres: Abeledo Perrot, 2008.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S A Fabris, 1991.
- JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Cultrix, 1973.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.2.
- LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 1998.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MARSHALL. T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p.77

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *La dignidade de la persona desde la filosofia del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2003. Parte 1.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003

MORAES, Guilherme Braga Pena. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel; Guerra, Isabela; Nascimento, Firly (Orgs.). *Os Princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Benedito. *Filosofia contemporânea*. Belém: EDUFPA, 2004.

NUNES, Rizzato. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA FILHO, João. *Origem cristã dos direitos fundamentais do homem*. São Paulo: Forense, 1989.

OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: Edusc, 1999.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislavovitch. *A Teoria geral do direito e o marxismo*. Coimbra: Centelha, 1977.

PEIXINHO, Manoel; GUERRA, Isabela; NASCIMENTO, Firly (Orgs.). *Os Princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001

PEPE, Albano Marcos Bastos. Kant e modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Liv. Advogado.2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: CASCAJO CASTRO, José; CASTRO CID, Benito; GÓMEZ TORRES, Carmelo. *Los derechos humanos, significacion, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidade de Sevilla, 1979.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERROT, Michelle (Org.). *Historia da vida privada: da revolução francesa à primeira guerra*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

PICO, Giovani. *A Dignidade do homem*. Campo Grande: Solivros/Uniderp, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 1991.

QUEIROGA, Antonio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo código civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. 2.ed. Buenos Ayres: Astra, 1989. apud MORAES, Guilherme Braga Pena. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Advogado Ed., 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, Américo Luís da Silva. *O Dano moral e sua reparação civil: evolução histórica do dano moral – o dano moral no direito comparado – danos morais e o direito brasileiro – reparação do dano moral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 46-47.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: paradigma racionalista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOLON, Arimarcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: S. Fabris, 2006.

SOUZA, Luiz Eduardo de. *Direito à liberdade: sentidos negativos e positivos*. Porto Alegre: S. Fabris, 2007.

STOCO, Rui, *Tratado de responsabilidade civil*, 6.ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Liv. do

Advogado. 2009,

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 34.ed. Padova: CEDAM, 1992

TRIMARCHI, Pietro. *Instituzion di diritto privato*. 9.ed. Milano: Giuffré Ed., 1991.

VAN LOON, Hendrik Willen. *A história da humanidade*. São Paulo: M. Fontes, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*. 7.ed. Coimbra: Almedinha, 1993. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.