

CARLOS GONÇALVES DE ANDRADE NETO

RESPONSABILIDADE CIVIL E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

RECIFE, JULHO DE 2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS GONÇALVES DE ANDRADE NETO

RESPONSABILIDADE CIVIL E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Dissertação de Mestrado,
orientada pelo Professor Doutor
Paulo Luiz Neto Lôbo, como
requisito parcial à obtenção do
Grau de Mestre em Direito pelo
Curso de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito
do Recife - Universidade Federal
de Pernambuco.

RECIFE, JULHO DE 2003.

A Frederica.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de todo o bem.

A minha esposa, sempre paciente e compreensiva diante das horas que
lhe furtei.

A meu orientador nesta empreitada, Professor Paulo Lôbo, cujo estilo
de exposição transcende em muito a retórica para mostrar a expressão
de um dom.

A meus professores da Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal de Pernambuco, em especial ao Professor João Maurício
Adeodato, pela iluminação tão necessária àqueles que ousam se
aventurar num trabalho de vertentes filosóficas.

Aos meus alunos amiúde, que continuam me ensinando.

“O bem é aquilo a que as coisas tendem.”
ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a função distributivista dos ônus sociais a ser desempenhada pelo instituto jurídico-civilista da responsabilidade civil. Para tanto aborda o tema no contexto da constitucionalização do Direito Civil, procurando fundamento constitucional no princípio da justiça distributiva para fundamentar a assertiva. A partir de uma abordagem histórica do instituto da responsabilidade civil, demonstra sua atual ineficácia para concretizar o princípio constitucional em tela, ao se verificar que sua atual concepção o faz indiferente à justa distribuição dos ônus sociais. Conclui afirmando que há possibilidade prática de eficácia do princípio eleito pela regra em comento com a alteração da última na novel legislação civilista, estendendo para além da medida do dano o montante a ser reparado.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO, CIVIL, RESPONSABILIDADE, PRINCÍPIO, JUSTIÇA, DISTRIBUTIVA, CÓDIGO, INDENIZAÇÃO, OBRIGAÇÃO.

ÍNDICE

Introdução - premissas e possibilidades.....	09
Inserção constitucional.....	10
Inserção histórica.....	12
Inserção dogmática.....	15
Unicidade do tema.....	19
Em busca de sentido.....	25
I - Princípios Constitucionais e sua eficácia no Direito Civil....	29
1.1 - Gênese e acepções do termo.....	29
1.2 - Notícia histórica dos Princípios.....	31
1.3 – Princípios e Constituição.....	37
1.3.1 - Princípios e regras - uma distinção.....	39
1.3.2 - Princípios e Constituição.....	43
1.4 – O papel dos Princípios constitucionais no contexto da constitucionalização do Direito Civil.....	45
II - Contextualização histórica da responsabilidade civil.....	51
2.1. A noção de Responsabilidade Civil.....	51
2.2 - Do indivíduo onipotente do liberalismo à responsabilidade civil subjetiva.....	54
2.2.1-Stuart Mill e o homem livre.....	58
2.2.1.1 - Liberdade como tensão entre indivíduo e coletividade.....	61
2.2.1.2 - Liberdade de pensamento e de expressão...	61
2.2.1.3 - Liberdade de conduta e natureza humana...	63
2.2.1.4 - Os limites da sociedade sobre a conduta do indivíduo.....	66
2.2.1.5 - Limitação à responsabilidade pelo dano.....	67
2.2.2 - O voluntarismo liberal e a responsabilidade civil subjetiva.....	68
2.2.2.1 - O papel da liberdade na idéia de culpa.....	69
2.2.2.2 - Outros pontos de contacto.....	77
2.3 - Do ser carente da modernidade à responsabilidade	

civil objetiva.....	81
2.3.1 - Sociedade e desigualdade na partilha dos ônus coletivos.....	83
III - Princípio constitucional da justiça distributiva e sua repercussão na reparação de danos.....	89
3.1 - Justiça distributiva - de Aristóteles a Rawls.....	90
3.2 - Justiça distributiva e responsabilidade civil.....	97
IV - Conclusão: a indenização para além do dano.....	105
4.1 - Instrumentos normativos.....	113
4.2 - A cláusula de reincidência.....	116
Bibliografia.....	128
Livros.....	128
Artigos.....	136

Introdução - premissas e possibilidades

A temática da responsabilidade civil constitui-se numa das mais empolgantes do labor jurídico. Tangencia a vida das pessoas, efetiva ou potencialmente, inúmeras vezes ao longo da vida. Implica perdas ou ganhos patrimoniais. Quebra empresas, faz avultar patrimônios, mexe profundamente na indústria de seguros e ocupa considerável parcela dos processos judiciais. A tendência, hoje facilmente verificável, de não se deixar sem ressarcimento a vítima de danos sobrecarrega os nossos pretórios de ações de indenização¹.

Responder pelos atos da vida, quando trazidos ao universo civilista, implica um dos mais importantes e antigos institutos jurídico-dogmáticos de que se tem notícia. O dano que demanda reparação é aspiração das mais antigas na História da Humanidade, desde a Lei de Talião até ao novíssimo Código Civil pátrio.

Tem o presente trabalho por proposta uma contribuição ao instituto da responsabilidade civil. Contribuição esta no sentido de torná-lo mais eficaz no papel que está reservado pela ordem constitucional de 1988. A necessidade exurge pela quase completa ausência de aplicação - ou mesmo de especulação - da responsabilidade civil como mediadora entre vários princípios constitucionais e os interesses lesados do homem comum.

¹ GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 1.

Partindo-se das premissas teóricas necessárias e da contextualização histórica do instituto, aprofunda-se o estudo na maneira pela qual a responsabilidade civil melhor realizará o *princípio constitucional da justiça distributiva*. Exibe-se a responsabilidade civil como um vetusto instrumento de justiça conservadora que pode ser utilizado para o direito progressista que redistribui os ônus e bônus da vida em patamares mais éticos e menos lotéricos.

Inserção constitucional

Vive-se hoje, em relação ao direito privado brasileiro, uma época de clivagem, com os esperados avanços e retrocessos. Tal ocorre devido aos entrechoques entre um velho sistema ideológico oitocentista que está sendo empurrado, com algum sucesso, pelo avanço do novo. As forças da nascente ordem constitucional ainda não foram, entretanto, concretizadas de modo generalizado por todo o microcosmos civilista. Entretanto já mexe com muitos paradigmas.

De dentro do sistema, o direito privado, outrora centro autônomo de regulação das condutas dos particulares, tornou-se doravante satélite do conjunto de referências trazidas pela Constituição do Estado Democrático de Direito. Entretanto algum tempo e labor teórico ainda serão necessários para que se faça crer que a realização constitucional do direito civil seja a efetiva concretização do universo de princípios constitucionais. Presentemente este já não mais pode

subsistir como um mundo à parte na consciência e na prática dos aplicadores do direito.

A questão axiológica é inafastável de qualquer discussão atual sobre o Direito². Esta questão desdobra-se na sua moderna inserção normativa, efetuada por intermédio dos princípios reconhecidos na Carta Magna, como dita a melhor doutrina constitucional. A principal porta de entrada da contribuição axiológica no ordenamento jurídico, sob o endosso da mais moderna doutrina, são os assim denominados princípios constitucionais.

Outrora sepultados em seu túmulo civilista, jazendo nalguma catacumba sem maior destaque ou função da Lei de Introdução ao Código Civil ou diluídos na codificação e legislação extravagante à espera de uma broca indutiva para evidenciá-los, os chamados princípios são hoje o centro das atenções dos publicistas e privatistas. São eles causa inicial e final da aplicação de toda a legislação que lhes é subordinada. Hodiernamente, não se faz Direito - e, a reboque do jogo de palavras, nem se faz direito - sem o enfrentamento da questão principiológica.

A obrigação de indenizar, ou mais precisamente, de reparar o dano³, em seus variados matizes, com especial, detida e

² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 251.

³ A expressão comporta espécies, tal como a reparação integral e a pecuniária, i.e., a indenização. O gênero toca mais precisamente a questão doutrinária doravante atacada, embora a terminologia nem sempre seja seguida pela legislação relacionada.

circunscrita atenção à responsabilidade civil aquiliana,⁴ pode - e deve - ser estudada a partir dos princípios constitucionais que concretiza.

Inserção histórica

Nos primórdios da humanidade, a obrigação de responder pelo dano nasce aparentemente desvinculada de qualquer consideração acerca da culpa do agente⁵, sendo até, em tempos mais antigos, incidente sobre bestas e plantas, bem como coletividades de algum modo ligadas ao causador do dano.

Tais fósseis jurídicos já foram sobejamente catalogados pela História como referências do caminho trilhado pela civilização ocidental na busca de um direito justo⁶. Entretanto a tanto não recuaremos o nosso refletir sobre o assunto, uma vez que temos por marcos inicial e final o Código Civil Brasileiro que ora sai de cena e o novo Código a substituí-lo.

No velho sistema liberal do Código de 1916, o *indivíduo*, a *vontade* e, por conseqüência, a *culpa* foram certamente as mais importantes referências ideológicas a conformarem obrigação de reparar o dano extracontratual. A culpa em matéria civil, vale lembrar,

⁴ Obrigação esta que, mesmo nos já não tão largos muros da codificação, não se exaure no prescrito sob a rubrica de obrigações por atos ilícitos, ocorrendo amiúde no direito contratual, nas relações de vizinhança, no âmbito do direito das coisas e assim por diante.

⁵ BRAGA, Fernando. *Da codificação à lei civil brasileira*, in: Revista de Informação Legislativa, a. 32. n. 126, Brasília: abr/jun., 1995, pp. 181-188.

⁶ O direito, como ademais a própria existência, consiste o mover no tempo: "A relatividade das coisas humanas e das instituições sociais é a mais evidenciada e fecunda das lições da história das sociedades." [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 20.]

era alcunhada como princípio. Por exemplo, no que se refere às doutrinas gerais dos delitos - fatos ilícitos, compreendidos, portanto, atos ilícitos, atos-fatos ilícitos e fatos ilícitos - há três princípios: o princípio da contrariedade ao direito, o princípio da culpa e o princípio do nexu causal.⁷

Como concepção de época, os princípios não tinham normatividade de *per se*, mas apenas por serem substrato das normas positivadas, obtidas por um mero mecanismo de abstração exercitado sobre a letra da lei.

Neste sentido, a culpa constituiu-se assim em um verdadeiro princípio da responsabilidade civil aquiliana⁸. Em verdade, embora sua conceituação como princípio seja um pouco diferente do que hoje se define como tal, teve a culpa similar função de conformar o instituto à realização de uma determinada valoração dos bens e interesses na sociedade. A culpa civilista de concepção liberal lá estava no suporte fático da cláusula geral de reparar o dano para assegurar a liberdade da vontade do indivíduo⁹ contra as ingerências da coletividade, i. e., na verdade, do Estado.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 47.

⁸ Embora não de modo absoluto: "Parece-me, porém, que essa noção de culpa não é complemento indispensável ao conceito de responsabilidade civil." [BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001, p. 367.]

⁹ Apenas, note-se, abrindo-se um parêntese no correr das idéias, o cuidado em utilizar um termo pleno de universalidade - o indivíduo - em vez de outro inquinado em sua moderna conotação jurídica pela influência ideológica de uma época: "...a revolução burguesa e o capitalismo amalgamaram ideologicamente, de modo estrutural e funcional, a acepção moderna do sujeito de direito." [CARNEIRO, Maria Francisca; PEREIRA, Potiguara Acácio. *Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados* in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. a. 30. n. 30. Curitiba: UFPR, 1998, p. 242.]

O princípio da culpa na responsabilidade civil tornou-se, no microcosmos do instituto, o desdobramento do axioma liberal da vontade livre que irrigava todo o macrocosmos do sistema codificado. No conceitualismo do velho Código, enquanto o contratante, o testador e o pai de família eram seres livres para firmar pactos, dispor de seus bens após a sua morte e cuidar de sua prole, o indivíduo livre era tanto mais culpado por ter usado seu livre-arbítrio voluntária ou desleixadamente¹⁰ em contrário ao direito, sem diligenciar previamente para evitar as conseqüências reprováveis de seus atos.

Partindo sempre da noção de culpa, a manualística majoritária ainda expõe a responsabilidade civil passando pelo suporte fático que a acolhe e desdobrando-se na doutrina do risco apenas como sucedâneo excepcional da velha construção subjetiva de moldes liberais. Certo autor, ao tratar da responsabilidade civil baseada no risco, assim se posiciona: “Reiteramos, contudo, que o princípio gravitador da responsabilidade extracontratual no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa, pois esta também é a regra geral traduzida no novo Código Civil, no *caput* do art. 927. Não nos parece, como apregoam alguns, que o novo

¹⁰ Culpa, presunção e o *average man* parecem ser ainda mais antigos que a moderna discussão sobre a responsabilidade civil subjetiva de moldes liberais: “Punimos igualmente as pessoas que ignoram quaisquer dispositivo das leis que devem conhecer, e podem conhecer facilmente, e da mesma forma no caso de qualquer outra proibição cuja ignorância seja presumivelmente devida à negligência; presumimos que estava ao alcance destas pessoas não ser ignorantes, pois elas teriam podido tomar precauções. Mas talvez se trate de pessoas do tipo das que não cuidam de precaver-se; mesmo estas, todavia, são responsáveis em conseqüência da vida descuidada que levam.”[ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, pp. 57-58.]

estatuto fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade por ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. [...] A teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral.”¹¹

Inserção dogmática

Desde longa data a responsabilidade civil tem se movido, em face da experiência jurisprudencial, doutrinária e legislativa, antes para a diversidade do que para a unidade.

Pontes de Miranda já desejava a sistematização do instituto, "a fim de que se afastassem distinções escolásticas, sutilezas e incertezas indestrutíveis... a fim de que se crie, sobre elas, mais solidamente, outro sistema, unitário, de reparação fundada na culpa ou em equilíbrio material de posições jurídicas."¹² Sábio como era, o doutrinador logo apontou sua esperança de que a experiência jurídica ditasse os rumos da mudança¹³, uma vez que as tentativas já empreendidas na construção de um edifício dogmático exaustivo para a matéria não lhe pareciam satisfatórias.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 15-16.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 184, 186.

¹³ "Mas, se isso pode ser esperado dos fatos, da evolução, não surgiu ainda nas construções unitárias artificiais." [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 186.]

Esta, entretanto, não tem sido a direção que os fatos imprimiram ao instituto, embora, pelo menos no plano da denominação, a expressão "direito de danos",¹⁴ melhor e de modo mais abrangente, enfeixa a idéia geral.

A diversidade se verifica já na superada categorização da matéria nas codificações, posto que a obrigação advinda de ato ilícito não mais corresponde - e em verdade jamais correspondeu - plenamente ao direito de ser indenizado em virtude de lesão a direito absoluto. Jamais correspondeu, diga-se desde logo, porque a classificação de obrigações oriundas de atos ilícitos possui brechas que minam sua razão de ser assim chamada.

A primeira, de ordem técnica, consiste no reconhecimento de ilícitos para além da restrita categoria dos atos: atos-fatos e até mesmo fatos, na terminologia primorosa do tratadista citado, são causa, i.e., elementos do suporte fático da obrigação de reparar o dano.

A segunda, pela ampliação do leque de atividades¹⁵ *lícitas* que, por sua natureza, geram riscos e causam danos indenizáveis.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* in: AJURIS, a. XXII, n. 63, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul: 1995, pp. 166-198.

¹⁵ "Atividade é o conjunto de atos teleologicamente orientados." [LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O princípio do auto-regramento da vontade em Pontes de Miranda* in: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXV, n. 60, janeiro/junho de 1995, pp. 55-62.]

A obrigação de reparar o dano transcenderia assim estas categorias jurídicas e clamaria, em verdade, por uma recolocação ordenada no sistema codificado. Reconhece-se que tanto fatos lícitos quanto ilícitos podem gerar obrigação de reparar o dano, evidenciando a falibilidade da classificação doutrinária, imprecisa a não mais poder, de obrigação de indenizar apenas por atos ilícitos.

A diversidade no plano dos fundamentos deve-se à já não tão nova convivência do princípio da culpa com a teoria do risco¹⁶. Se antes a segunda estava restrita a determinadas categorias estreitas de relações humanas, com o advento da nova Codificação Civil brasileira a responsabilidade pelo risco da atividade subtrai largos hectares de incidência da responsabilidade culposa. Assim, culpa e risco disputam espaço como fundamento, causa formal da obrigação de reparar o dano, consagrando um autêntico sistema dual¹⁷ de responsabilidade.

A diversidade está presente também nos bens tutelados, cingindo-se à distinção entre dano patrimonial e moral. O primeiro constitui-se na lesão sobre o conjunto de direitos reais e pessoais que fazem parte do patrimônio jurídico do indivíduo, excluídos os direitos de personalidade, objeto do segundo. O primeiro indenizado com a

¹⁶ “Pero el ordenamiento jurídico no se conforma con establecer la responsabilidad por conducta culpable y antijurídica. La convivencia humana hace exigible que el ordenamiento jurídico permita actividades a las que va unido un riesgo considerable. Cuando este riesgo acaece y otra persona resulta perjudicada, puede ser conforme a la equidad imponer en todo o en parte la responsabilidad en estos supuestos a aquella persona que originó la situación de riesgo o se sirvió de ella para su provecho, aunque no se le pueda acusar en absoluto de haber infringido la ley. En estos casos hablamos de ‘responsabilidad por riesgo’.”[LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 191.]

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 177.

finalidade de *reparação* do *status quo ante* do lesado, o segundo, a título de *compensação* em face de uma lesão sem medida pecuniária.

A diversidade também tem atingido, além das mudanças mencionadas *supra*, uma tendência para a coletivização da responsabilidade, gerando, por um lado, a adoção e desenvolvimento do seguro de responsabilidade¹⁸, expandindo-se para a seguridade social, e, por outro, a adoção crescente de responsabilidades grupais e, do lado dos lesados, a admissão de danos transindividuais¹⁹.

Já se vislumbra também outra fonte de fragmentação, consistente no alargamento do rol de finalidades da indenização, tradicionalmente realizadora de uma justiça comutativa, ou mais precisamente, retificativa ou corretiva²⁰. Assim, emerge a finalidade didática e repressiva da indenização, com o fito de onerar o risco. Tal tendência inequivocamente aponta para uma das conseqüências da justiça distributiva, já em face da influência do princípio constitucional do mesmo nome, sobre o direito privado.

Assim, o instituto da responsabilidade civil trata de situações existenciais tão díspares quanto a diminuição dos lucros de uma pessoa jurídica e as violações à intimidade e à vida privada, danos

¹⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 544.

¹⁹ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, in: Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 761, março 1999, pp. 31-44.

²⁰ Este último termo já ocorrente na discussão ética da filosofia antiga. Na *Ética a Nicômaco*, o filósofo de Estagira propõe ser a justiça corretiva a exercida pelo magistrado, propiciando o restabelecimento do equilíbrio violado pelo delito. cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p. 97.

materiais oriundos de acidentes de trânsito e lesões físicas irreversíveis advindas de erro médico, questionamentos sobre a culpa do agente e desnecessidade da culpa do agente, reparação e compensação de danos a indivíduos e a coletividades, responsabilidade de pessoas e de grupos.

Como conhecer sistematicamente um instituto que prima pela diversidade, ou melhor, como contribuir para a construção desta mesma visão unitária a partir de um leque tão diversificado de fundamentos e fins sob as vestes da obrigação de reparar o dano?

Unicidade do tema

O feixe unificador proposto no passado foi o da culpa. Como portadora de uma visão de justiça pertencente a outros tempos e matizes ideológicos, esta se tornou apenas parte - e cada vez menos importante - da doutrina da responsabilidade civil aquiliana, não servindo mais para unificar o estudo do instituto.

Há de se buscar, na nova fonte conformadora do direito civil - os princípios constitucionais -, novos fins para a tutela estatal em face do dano, tendo-se em mente as finalidades contidas nesses princípios.

O instituto não deve mais proteger o indivíduo livre das ingerências do Estado sobre sua "conduta irrepreensível", axioma do pensamento liberal: "O direito moderno, mercê da relevância sempre

crescente atribuída ao interesse coletivo, tem superado os tradicionais dogmas individualistas e voluntaristas"²¹. Deve antes desdobrar em práxis a justiça distributiva e a solidariedade social na medida em que tutela bens alcançados pelo infortúnio comum às intensas relações sociais ocorrentes na sociedade das massas, e na conjuntura do universo de hipossuficientes ante o jogo econômico, social e político dos titãs do Mercado e do Estado.

Se os princípios constitucionais são a luz que irradia direção nova aos institutos de direito privado, já não mais se compreende a culpa como eixo central da responsabilidade civil. Em contraposição ao individualismo exacerbado e à liberdade da vontade como valores máximos da vetusta codificação, levantam-se os princípios da justiça distributiva e da solidariedade social como inafastáveis na tarefa de dar nova forma à responsabilidade civil.

Tais princípios, "do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios

²¹ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *Evolução da responsabilidade civil e problemas modernos* in: Revista da Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 36, n. 144, out/dez 1999, p. 177-180.

objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social."²²

Em face desta mudança, a legislação e a jurisprudência referentes à responsabilidade civil desde o lançamento da pedra fundamental da culpa liberal até às arestas abertas pelos tribunais atestam que as experiências jurisprudencial e legislativa foram flexibilizando o dogma até não mais poder, por intermédio de uma hermenêutica criada pela jurisprudência e pela admissão, por parte do legislador imbuído do espírito do Estado interventor, da obrigação de reparar o dano, ainda que limitada a algumas atividades, sem o jargão subjetivista.

Nos limites e possibilidades da vetusta legislação, evidenciam-se os fundamentos do princípio subjetivo na responsabilidade civil. Ali, vê-se uma concepção individualista do direito, voltado antes a reprimir condutas consideradas ilícitas - com um forte cunho moralista²³ - na qual o indivíduo é pretensamente garante de seus atos.

Cioso de sua liberdade, ficticiamente livre de qualquer condicionamento exterior, o *indivíduo onipotente* concebido pelo

²² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 176.

²³ Assim, "toda la disciplina de la responsabilidad civil estaba encaminada, más bien, a moralizar conductas individuales que a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios que las víctimas hubieran sufrido." [PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, T. I, Barcelona: Bosch, 1989, p. 87.].

pensamento liberal e abraçado pelos doutrinadores subjetivistas podia sempre escolher o melhor caminho.

O não dito por estes mesmos doutrinadores talvez seja ainda mais elucidativo: a responsabilidade civil, como atratora da tutela do Estado, deveria ser legada apenas à conduta faltosa, imoral, já que a idéia de o liberal ser compulsoriamente obrigado pelo poder coletivo a fazer ou deixar de fazer algo constituía-se na maior das heresias. A culpa funcionava como uma válvula de controle desta mesma tutela sobre a possibilidade de intervenção estatal na vida dos indivíduos.

Deste modo, a culpa, na responsabilidade civil, teve por papel indireto manter o Estado o mais distante possível das relações entre indivíduos, pois somente o dano causado com culpa – levando-se em conta todas as dificuldades em apurá-la - traria a intervenção estatal compulsória na vida dos particulares.

Não obstante o viés liberal e individualista, traços de um direito à indenidade despida da sua relação necessária com a ilicitude da conduta humana exurgem ainda na velha ordem civilista, como a prenciar um senso de justiça transcendente à fria comutatividade ou ao moralismo de época.

A atenta observação do conteúdo codificado se nos evidencia como que um princípio de equilíbrio patrimonial entre os atores jurídicos que se desdobra na indenização particularmente

quando não há ilicitude comportamental, a exemplo do dano causado em estado de necessidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que definitivamente subtraiu ao Código Civil o papel de fonte - com pretensão de autosuficiência - axiológico-hermenêutica e integrativa dos problemas advindos da aplicação dos institutos do direito civil, tal mudança no instituto consolidou-se.

Os princípios e valores consagrados na Carta Magna passaram a irrigar toda a legislação infraconstitucional, demandando uma releitura destas normas de modo a que seu entendimento não contrariasse o ápice da pirâmide.

O direito civil não ficou imune às mudanças. De centro do universo civilista, sob a luz desta mudança no papel dos astros do direito privado, foi o Código Civil então igualado aos demais estatutos e leis de natureza civil no que diz respeito à eminência do papel de unificador e hermenêutico que doravante se irradia dos textos constitucionais.

A este fenômeno a doutrina logo alcunhou de *Constitucionalização do Direito Civil*, sendo, no entanto, impróprio pensar-se num direito civil adjetivado pela Constituição, consistindo antes mesmo na referida releitura do Código à luz da Carta Maior.

Se no dogma da liberdade se consolidou a teoria subjetivista, com o advento do *indivíduo carente* e na conseqüente busca da igualdade e da fraternidade a obrigação de reparar o dano fragmenta-se, do ponto de vista dogmático, para reconstruir-se, reordena-se para adequar-se ao advento do Estado Social e pela revisão conceitual em função revalorização da pessoa humana.

As mudanças no andar de cima - da Carta Magna e seu papel de norte de todo o sistema jurídico que dela tira sua validade - implicam, desta forma, um redesenho da técnica jurídica do instituto da responsabilidade civil aquiliana, direção na qual o novo Código parece ter investido.

Essa reforma dos conceitos supera, porém, esta estreita fronteira e passa necessariamente pela construção de um direito geral à indenidade, afastando definitivamente dos manuais o vício oitocentista de associação exclusiva (ou quase) entre culpa e reparação. Quiçá já se possa falar em função social da responsabilidade civil.

Redesenhar o instituto da responsabilidade civil implicará afastar a concepção de que o ato ilícito²⁴ é fonte exclusiva do dever de reparar o dano.

²⁴ “A ilicitude que, em doutrina, significa antijuridicidade, é, portanto, o caráter que tem um ato naquilo em que infringe ou viola direito objetivo, considerado este em sua totalidade.” [GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 134.]

A obrigação de reparar o dano não está, definitivamente, em crise, mas antes em franca reconstrução, como se reordenam os fragmentos de limalha de ferro ante a mudança de polaridade do magneto. A reconstrução do instituto, como sói de todo o direito privado, constitui-se numa das mais fascinantes jornadas jurídicas deste início de século e milênio.

Em busca de sentido

Valorar é ordenar seres e objetos no mundo, entes sob o correr do tempo, ato este que se identifica com o estabelecimento de finalidades: “ao falar em ordenação de coisas e de condutas, temos de considerar a referência a interesses e a ‘valores’, elementos que possibilitam a compreensão integral do próprio processo ordenativo. Entretanto a idéia de ordenação, e de modo especial a de ordenação de condutas, nos leva obviamente à idéia de norma (ou de regra). A ordenação situa preferências, elege valores, relaciona condutas: em tudo isto se acha presente a norma, e neste caso se dirá que – ao menos sob certo ângulo – toda ordenação é normação. Mesmo nas atividades ditas artísticas, bem como nas pedagógicas e científicas, se encontram as normas. Seria ocioso questionar se as *normas* criam a *ordem*, ou se a pressupõem. Na verdade são lados de uma só realidade, que é dinâmica, e não se imaginam normas sem referência a

uma ordenação, nem se tem uma ordem sem uma normaçoão que lhe seja correlata, ou que faça parte dela.”²⁵

Reconhecidamente, a nova constelação ideológica a cobrir com suas asas a ordem jurídica brasileira tem algumas finalidades bem claras, às quais devem se conformar os institutos jurídicos mediante o exercício de interpretação e aplicação do direito dado.

Uma vez que o direito busca uma sociedade materialmente igual, de pronto não se pode olvidar a contribuição do instituto da responsabilidade civil extracontratual em sede desta meta. O que a experiência assistemática dos tribunais já havia pressentido, a moderna doutrina enxerga claramente: sem a responsabilidade objetiva pelo risco não se está a falar em solidariedade social e justiça distributiva como desdobramentos da indenização. O princípio tem sede de dar forma ao mundo, imprimir ordem no turbilhão de pessoas e coisas injustamente arrumadas por casualidades do destino e perversidades do mercado.²⁶

Em outras palavras, a proposta deste trabalho é de contribuir para o pujante projeto de construção da *pólis* nacional brasileira, através do instituto da responsabilidade civil aquiliana, com sua nova face despojada de subjetivismos e aberta à sensibilidade

²⁵ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 159,160.

²⁶ “Se quiséssemos resumir em uma breve fórmula as razões pelas quais os homens não conseguem viver em paz no terreno da economia, poderíamos dizer que a economia é o reinado do eu, ou seja, do egoísmo. O terreno da economia é aquele no qual se encontram os diversos egoísmos, tanto dos homens quanto dos povos. Por isso, em si e por si, é o reinado da desordem”. [CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o Direito*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 17.]

social do caso concreto pelas preciosas penas da magistratura nacional renovada com o fôlego dos novos tempos doutrinários.

Tal papel, ao contrário de pretensamente desvirtuar o instrumento em tela, antes o dignifica, elevando-o a alturas além das imaginadas pelos aplicadores jusnaturalistas. A revolução na qual o direito em comento se faz mover vai além, muito além das fronteiras - talvez hoje equivocado termo - do privado, fazendo-se sentir no público e para cima, desde as alturas do meditar jusfilosófico até as filigranas do mais comezinho inciso legal.

O *corpus juris* da modernidade, manifesto nas principais linhas da principiologia constitucional, lega ao legislador e aplicador do direito terminar a obra magistralmente iniciada na Carta Magna. E a responsabilidade civil tem sua parcela de participação neste projeto totalizante do jurídico ao social.

Não obstante todas as mudanças observadas no instituto em respeito à nova matriz constitucional, um traço em comum entre o antigo e o novo instituto não pode ser olvidado: a indenização ainda faz jus ao seu caráter de justo retributivo-retificativo, noção que se contrapõe ao justo distributivo, precisamente a noção implícita no princípio constitucional referido *supra* e hábil a contribuir com a reconformação do velho instituto.

Assim, o presente trabalho visa a evidenciar o desdobramento da justiça distributiva naquele que sem dúvida é um

dos institutos de direito privado dos mais conservadores. Pelo seu caráter reorganizador, a justiça distributiva choca-se diretamente com a finalidade da responsabilidade civil que visa a restabelecer - conservando e nunca modificando - as posições jurídicas dos entes participantes do jogo normativo.

Desta assertiva e sua repercussão na extensão da indenização correspondente cuida a presente obra.

I – Princípios Constitucionais e sua eficácia no Direito Civil

A abordagem da temática principiológica constitui-se pressuposto da marcha a ser empreendida. Uma vez que se procura uma relação entre responsabilidade civil e justiça distributiva como princípio constitucional, restaria lacunosa a discussão sem um delongar da questão. Doravante estabelecido o estado da arte dos princípios na tecnologia jurídica, sua encarnação na letra da Carta Magna e suas modernas funções como fundamento e norte hermenêutico de toda a ordem jurídica infraconstitucional, fica claro o caminho a se seguir.

1.1 Gênese e acepções do termo

O mero uso coloquial do vocábulo já denota conteúdo e aplicações éticas. Assim se diz do homem de princípios, ou ainda dos princípios morais ou religiosos de determinado credo religioso ou filosófico.

Os ventos dos novos tempos reclamam por um ser humano pleno de 'porquês' para fundamentar sua conduta individual e coletiva que transcendam a mera submissão do cidadão ao império da lei sem levar em conta o conteúdo valorativo da ordem de mundo refletida pela norma que se proclama imperiosa.

O termo *princípio* é polissêmico. O vocábulo comporta dupla acepção: na primeira, de natureza moral ou ética, consistindo nas razões que fundamentam a conduta do indivíduo, e a segunda, de

natureza lógica, consistente "em verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade."²⁷

No evoluir doutrinário, os princípios tomaram variada denominação e conteúdo, razão pela qual se faz mister uma breve observação desta evolução. Esta divisão histórica da evolução dos princípios no Direito é tomada de empréstimo da pena de Paulo Bonavides, que reconhece de pronto sua natureza histórica²⁸, com preciosa contribuição também de Miguel Reale a nos fornecer os caracteres gerais de cada âmbito de pensamento, com especial destaque ao seu caráter normativo.

Atualmente é inafastável a construção do discurso jurídico afastado da questão dos princípios, mormente pelo papel que os tais assumiram, consistente, grosso modo, na iluminação prévia à solução das questões jurídicas dentro de um determinado sistema normativo, embora também apresente outras formas de eficácia.

De volta à origem do termo, aborda-se a seguir sua conotação e conteúdo ao longo das principais escolas jurídico-hermenêuticas a marcar a evolução do conceito.

²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 230.

1.2 Notícia Histórica dos Princípios

Nascida em total identificação com a própria moral, enquanto pressuposta do próprio direito, a principiologia jusnaturalista reconhecia, "por conseguinte, certos princípios gerais de conduta, como exigências imediatas e necessárias da racionalidade humana"²⁹.

Sob influência sobretudo do Renascimento, o jusnaturalismo adquiriu uma índole marcadamente racionalista, construindo-se explicitamente uma dicotomia entre o direito empírico, manifesto na experiência dos povos, e um Direito Natural, inerente à razão humana, constituído, segundo alguns, de "princípios inatos em todos os homens, outros, ao contrário, sustentam que não existem direitos inatos, mas apenas princípios universais que a razão elabora servindo-se dos elementos da experiência, transcendendo o plano da mera generalização"³⁰

Para o jusnaturalismo, seja pelo caminho idealista, seja pelo indutivo, a razão é considerada apta para encontrar, em oposição ao direito positivado e mutável da experiência humana, "um tipo ideal de valores jurídicos, como expressão daquilo que é constante,

²⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.629.

³⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.97.

universal na razão humana, sendo correspondente à natureza do homem em sua universalidade."³¹

Os princípios de direito, neste pensar, estariam, portanto, situados no plano superior do Direito Ideal da "ordem jurídica plena e perfeita"³², contrastando com as normas jurídicas, estas mutáveis e variáveis de acordo com o tempo e a sociedade em que vigora.

Assim, "os princípios habitam ainda a esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça."³³.

Decerto não havia, no estado da arte em que se encontrava a ciência do direito, as categorias necessárias para que se enxergasse, em sua plenitude, o dualismo entre o universo ético e o normativo. A lacuna teórico-instrumental obstava, por conseguinte, o desdobramento do tema para além dos limites teóricos da época.

A postura da principiologia jurídica jusnaturalista encontra-se destarte superada, visto que o progresso das letras jurídicas propiciou novos alongamentos do tema, ao passo que até o próprio pano de fundo teórico da abordagem em tela foi deixado de lado,

³¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.98.

³² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.482.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 232.

reputado que foi como uma mera ideologia,³⁴ portadora de uma visão de mundo estática e geradora de consequências históricas negativas³⁵ historicamente documentadas.

O positivismo jurídico veio para contrapor o seu predecessor - ora metafísico, ora racionalista - e despojar o Direito de especulações desta ordem. Assim como na ciência, nos termos da concepção Comteana, só se admitia como objeto do conhecimento os fatos³⁶, o positivismo jurídico nada mais conhecera senão a norma, estatuída na primorosa obra de Hans Kelsen. Assim, nada além da norma deveria ser o tema para as especulações do jurista.

Mas, se o positivismo nega o Direito Ideal ou Natural, qual a sua explicação para o fenômeno dos princípios? Contraposto ao idealismo *a priori* dos valores inatos do jusnaturalismo, o tratamento típico do positivismo parte do conhecimento científico - especialmente sociológico - como instrumento para demonstrar que tais conteúdos valorativos são meros frutos de um processo de adaptação da espécie

³⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47.

³⁵ De fato, apesar da imensa força retórica dos jusnaturalismos, posto que carregam as certezas de quem viu a luz e sabe separar claramente o ético do não-ético, um ceticismo tranqüilo quanto ao direito e a esse poder quase mágico da *juris dictio*, de diferenciar coercitivamente o lícito do ilícito, cabe também em uma abordagem empírica e juspositivista. Se a crença em um direito natural superior embasado em uma idéia de verdade e justiça pode impulsionar o direito positivo, segundo esta ou aquela concepção, para um aperfeiçoamento ético, como, por exemplo, na defesa da igualdade feita já nos primórdios do Cristianismo, não se deve esquecer que são também perspectivas jusnaturalistas que inspiram a intolerância religiosa, o racismo e assemelhados." [ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: por uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 199.]

³⁶ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Historia da Filosofia*. v. III. São Paulo: Paulus, 1991, p. 297.

humana, com o que fortemente corrobora Pontes de Miranda. O autor vê nos princípios jurídicos "simples expressões dos fatos da vida"³⁷.

Os princípios, como encarados pelo positivismo jurídico, que informavam o direito positivo e lhe serviam de fundamento, consistiam em conceitos de elevado grau de abstração e observância necessária pelo sistema em que se encontravam implícitos, cognoscíveis pela mera indução, tomando por base as próprias regras do direito positivo.

Seu valor, por assim dizer, seria derivado não mais de um Direito Ideal ou Natural, porém da própria norma que lhe deu à luz.³⁸ É neste contexto que se deve fazer a leitura da assertiva da época de que o princípio constitui-se no "pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo".³⁹

Não obstante, não se deve deixar de reconhecer como uma conquista dos positivistas a concepção dos princípios como categoria de normas jurídicas⁴⁰, embora, segundo estes, de formulação mais genérica.

³⁷ Em Pontes de Miranda, o Direito sofre uma abordagem que se propõe científica, daí sua perspectiva indutiva dos princípios jurídicos, em analogia às regras indutivamente obtidas através do método científico aplicado às ciências da natureza. cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. v. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, pp. 5-6.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 235.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 228.

⁴⁰ RAMOS, Carmen Lúcia Silveira da (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 11.

Ao longo de sua evolução histórica, nota-se a estreita proximidade entre o que usualmente se convencionou de princípios e o que sabidamente se conhece por valores. No meio da miopia jurídico-filosófica de cada época, os espíritos já vislumbravam a referida proximidade.

Não há como negar que, por exemplo, o jusnaturalismo, com sua concepção a-histórica de direito, não tenha contribuído para chamar a atenção ao aspecto valorativo do fenômeno jurídico.

Doutra parte, ao enfatizar os fenômenos, melhor dizendo, os fatos, o juspositivismo contribuiu para que se enxergasse também o aspecto histórico e sociológico dos princípios (embora, ressalte-se, o termo ainda comportava dubiedades). O pós-positivismo⁴¹, por sua vez, consolidou a normatividade dos princípios, tratando paralelamente da análise desta referida contigüidade.

Embora não se possa negar conteúdo axiológico em toda a ordem jurídica, na categoria dos princípios estes conteúdos não estão limitados pela moldura interpretativa que a categoria das regras apresenta nem pela exigência de validade das normas entre si. Os

⁴¹ “A expressão identifica um conjunto difuso de idéias que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. O pós-positivismo não surge com um ímpeto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Não se trata do abandono da lei, mas da reintrodução de idéias como justiça e legitimidade. A volta da discussão ética ao Direito. [Prefácio à obra: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira da (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.]

princípios, desta forma, apresentam características que herdaram de outra dimensão ontológica, a saber a axiológica.

Toda ordem normativa realiza valores, já que os valores e as finalidades (toda ordem é, de um certo modo, sentido a ser seguido) estão intrinsecamente ligados. Toda atividade voluntária é teleológica, mas como o ser humano só converte em meta de sua conduta o que lhe parecer valioso, esta atividade pressupõe um juízo positivo de valor daquilo a que se aspira.⁴² Quanto ao modo de ser dos valores, os filósofos se dividem em duas correntes principais. A primeira, denominada de subjetivismo axiológico, estatui que “as coisas não valem de *per se*, mas todo valor nasce do sujeito, que valoriza o objeto segundo lhe atraia ou repugne.”⁴³ A segunda linha mestra da teoria axiológica, denominada de objetivista, e tendo como principais expoentes Max Scheler e Nicolai Hartmann, vê nos valores uma existência independente de todo ato de estimação e conhecimento.⁴⁴ Os valores são portanto descobertos e não criados pelo espírito humano. A axiologia contemporânea ainda não formulou uma pauta de validade axiológica incontroversa e absoluta, mas isto de modo algum demonstra a impossibilidade desta descoberta.⁴⁵

⁴² MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofía Del Derecho*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 1974, p. 413.

⁴³ MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofía Del Derecho*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 1974, p. 420.

⁴⁴ MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofía Del Derecho*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 1974, p. 422.

⁴⁵ MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofía Del Derecho*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 1974, p. 436.

1.3 Princípios e Constituição

A título de esclarecimento, faz-se mister uma breve distinção entre princípios e valores, sob a visão deontológica, axiológica e antropológica. Os conceitos deontológicos são os de mandato, proibição, permissão e de direito a algo. Já os conceitos axiológicos são utilizados quando algo é catalogado como belo, seguro, econômico, econômico, democrático, social, liberal. Por último, os conceitos antropológicos são os da vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. A partir dos conceitos acima citados, é possível diferenciar o conceito de princípio do conceito de valor. Os princípios são mandatos de otimização, e os mandatos pertencem ao âmbito deontológico. Os valores são incluídos no âmbito axiológico. Em resumo, o modelo dos princípios e o dos valores tem mostrado ser igual no que diz respeito à estrutura, com a diferença de que um é reconhecido no âmbito deontológico (dever ser) e o outro no âmbito axiológico (o âmbito do bom)⁴⁶.

Torna-se visível esta contigüidade entre a teoria dos princípios com a dos valores, pois, enquanto nas regras se discute a validade, entre os princípios (jurídicos) a questão concreta se deslinda pelo peso de cada princípio em aplicação, isto é, seu valor.⁴⁷

⁴⁶ MOOR, Fernanda Stracke. *Liberdade Contratual como direito fundamental e seus limites*. In: Revista de Informação Legislativa. a. 38. n. 152. Brasília: out/dez. 2001., p. 282.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 251.

A argumentação baseada em princípios demanda por uma superação da discussão que se restringe apenas à validade e revogação entre normas⁴⁸, próprias de um modo de pensar puramente dedutivista - típico do jurista formado no ambiente do pensamento liberal - para um modo de pensar que não prescindia do caso concreto e dialogue com ele. A eficácia dos princípios na ordem jurídica é diversa da eficácia das regras, tendo a doutrina partido para esta construção com pouco material anterior e fortemente influenciada ainda pelo modo de pensar das regras.⁴⁹

Se os fatos eram meros receptáculos da luz da regra jurídica, sob a argumentação baseada em princípios, faz-se mister que haja um diálogo entre o ideal e o real para que se construam os juízos que vão produzir efeitos jurídicos, pois doravante "o sistema jurídico, ao contrário do axiomático-dedutivo, por conseguinte, é axiológico."⁵⁰

Atesta-se doravante o progresso das "tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo,

⁴⁸ Ao tratar do papel dos princípios no Código Civil Brasileiro, o jurista lusitano não poupa palavras: "Sem ficção, não podemos pretender que as regras, quer as expressas que as induzidas, bastem para resolver todos os problemas." [ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 481]

⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.80.

⁵⁰ FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. in: MORAIS, José Luis Bolzan de. [et. al.] *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 97.

preconceitualmente adversos à juridicidade dos princípios e, por isso mesmo, abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do direito."⁵¹

Entretanto, a melhor delimitação do termo 'princípio' pode ser obtida a partir de sua distinção para a regra, tomando-se por pressuposto que tanto um quanto o outro - princípio e regra - são de fato espécies do gênero norma jurídica.

1.3.1 Princípios e regras - uma distinção

Da constelação de pensadores a construir a modernidade do direito após a superação do positivismo, faz-se especial menção à contribuição do pensador anglo-saxônico Ronald Dworkin. Nele os princípios são objeto de detido estudo, sendo doravante classificados, juntamente com as demais regras, como espécies de normas. Sua crítica à miopia do positivismo pela atitude arredia em relação aos princípios e seu papel na ordem jurídica tem aderido fortemente à doutrina⁵².

A distinção primária entre princípios e regras está baseada na relação entre os entes de mesmo gênero. Se duas regras se contrapõem num mesmo sistema jurídico, a avaliação de validade das normas fatalmente fará uma prevalecer sobre outra, pois "se duas

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 238.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de se saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras."⁵³.

Com os princípios tal não ocorre. Dworkin enxerga nos princípios uma dimensão de peso ou importância, remetendo ao aplicador do direito a avaliação do peso de cada um na solução do conflito⁵⁴.

É bem verdade que a tese de Dworkin foi elaborada tendo-se em vista o continente jurídico do *common law* e suas peculiaridades, as quais propiciam ao aplicador do direito a inquirição de "normas" mais genéricas do que as apresentadas pelo sistema jurídico, que permitam a solução dos chamados *hard cases*. Entretanto, a funcionalidade dos princípios se apresenta análoga no *civil law*, embora estes apresentem-se doravante explicitamente positivados, não sendo necessário ao aplicador do direito lançar mão de sua broca indutiva e partir da multiplicidade de julgados pretéritos para solver o problema que ora se lhe apresenta. E, embora não haja unanimidade sobre a teoria do referido autor acerca mesmo da existência⁵⁵ destes princípios

⁵³E continua: " Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero." cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

⁵⁵ cf. ALEXANDER, Larry e KRESS, Kenneth. *Contra os princípios jurídicos* in: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e Interpretação - ensaios de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 491.

(jurídicos), tomamos por pressuposto sua opinião para dar continuidade à argumentação.

Segunda crucial distinção entre regra e princípio averba-se a partir do seu caráter de generalidade. Isto porque regra e princípio, apesar de compartilharem caráter geral, apresentam nesse atributo natureza distinta para cada um. A regra tem caráter de generalidade "porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. (...) Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações."⁵⁶

Para Alexy, a mera distinção formal entre princípio e regra não satisfaz. Distinguindo-os pela finalidade, os princípios seriam reputados como mandatos de otimização, cuja realização deveria se desdobrar na maior medida possível, ponderando-se as possibilidades jurídicas e reais existentes.⁵⁷

Numa tentativa não exaustiva de distinguir esta subcategoria normativa, diríamos que⁵⁸:

1 – Quanto ao conteúdo, os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, já as regras tem um conteúdo diversificado e não necessariamente moral;

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 102-3.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

⁵⁸ RAMOS, Carmen Lúcia Silveira da (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 47-52.

2 – Quanto à origem e validade, nos princípios a validade decorre de seu conteúdo, enquanto que as regras derivam sua validade de outras regras ou princípios;

3 – Historicamente, pretende-se que os princípios ascendam à categoria de universais, ao passo que as regras caracterizam-se justamente pela sua relatividade, dependendo do tempo e lugar;

4 – Quanto à função, os princípios desempenham o papel de explicadores e justificadores em relação às regras; sintéticos em relação ao conteúdo de determinado setor da ordem jurídica, a exemplo dos axiomas científicos, conferem-lhe unidade e coordenação;

5 – Estruturalmente, os princípios são mais abstratos do que as regras, não limitando a determinadas hipóteses fáticas a sua aplicação, como ocorre com as últimas;

6 – Na sua aplicação, a construção do aplicador entre o princípio e sua aplicação dá-se de modo muito mais livre do que na simples subsunção do caso concreto à regra;

7 – As regras aplicam-se segundo o modelo do “tudo ou nada”, ao passo que os princípios admitem colisão e conciliação entre os opostos por intermédio de uma ponderação.

1.3.2 Princípios e Constituição

Ao ascenderem ao Estatuto Constitucional, os princípios adquirem a funcionalidade, metaforicamente referida como "chave", sobre todo o sistema normativo que lhe é inferior,⁵⁹ pois "a Constituição é lei fundamental portadora de valores materiais. Essa ordem de valores, no momento constituinte, é proclamada de maneira formal, expressando-se nos princípios constitucionais."⁶⁰

O jurista toma o positivado como ponto de partida, sem esquecer do caráter valorativo nele contido. Não se trata mais do mecanismo obsoleto de deduzir soluções da letra fria da norma, mas nela enxergar os valores que lhe servem de fundamento⁶¹.

Estabelecido o marco teórico da sistemática dos princípios constitucionais, faz-se mister doravante contemplar-lhe a topologia no continente constitucional.

Enxerga-se, no texto constitucional, a distinção entre regra comum e regra-princípio, já que "as normas-princípios são a própria encarnação das idéias matrizes do sistema constitucional, ou

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 231.

⁶⁰ FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. in: MORAIS, José Luis Bolzan de. [et. al.] *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

⁶¹ "Os valores aos quais se deve fazer referência na difícil obra de construção, de destruição e de reconstrução do sistema são, portanto, aqueles jurídicos." [PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 30.]

dos valores humanos mais expressivamente ligados à cosmovisão político-jurídica da nacionalidade".⁶²

Segundo Bastos os princípios constitucionais expressos na norma têm por função oferecer um norte hermenêutico a todo o sistema, condicionando, por consequência, e de modo necessário, a interpretação e a aplicação dos demais preceitos normativos.

Estatui ainda que a rebelião contra os princípios é mais grave que a norma, pois os primeiros funcionam como alicerces de toda a ordem jurídica a este subjacente. Em face de sua posição no topo da pirâmide kelseniana, os princípios constitucionais contam ainda com uma "prevalência funcional"⁶³

Acertadamente, embora se utilizando de outra terminologia, reconhece o ser humano como a fonte axiológica proeminente dos princípios constitucionais, "isto é, direitos de afirmação e promoção integral do homem"⁶⁴. Por esta dimensão, o antropocentrismo revela-se como fonte primordial da tábua de valores da modernidade ocidental.

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 65.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 66.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 67.

Habitando o mesmo ambiente normativo, princípios e normas jurídicas sofrem, portanto, relações de alguma natureza na implementação funcional dos primeiros.

Em apertadas linhas, expressa-se a relação entre princípios e normas a nós trazida por J.J.Gomes Canotilho. Para o jurista lusitano, regras e princípios constituem-se, como já se afirmou, em duas espécies de normas.⁶⁵

Assim, como primorosa síntese do estado da arte da questão, "consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo."⁶⁶

1.4 O papel dos Princípios constitucionais no contexto da constitucionalização do Direito Civil

Com sua história milenar, as regras que regulam o trato entre os indivíduos da civilização romano-germânica pareciam não ser profundamente atacadas pelas vicissitudes da História, que já datava de tempos pré-cristãos. De base que remonta à era romana, a propriedade e a relação obrigacional, entre outros institutos, por tanto

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 166.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 171.

tempo reinaram absolutos que acertadamente foram considerados a "Constituição do homem comum"⁶⁷.

O advento das constituições liberais ainda mais evidenciou este papel de universo das relações privadas. As cartas estatais à época de nada tratavam em relação a tais temas, resumindo seu papel tão-somente à limitação da ingerência do Estado, em outras palavras, dos limites além dos quais o Estado não poderia transpor, em respeito ao mundo de liberdade total reconhecida ao indivíduo regulado pelas nascentes codificações, a reboque da influente obra da era napoleônica.⁶⁸

Desta forma, excepcionado o papel das Constituições, ficaram os Códigos no assoberbado papel de representar "uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica "⁶⁹, regulando assim todo o viver coletivo no que não se relacionasse às limitações impostas ao Estado, esse ator coadjuvante da vida civil à época.

Porém, como já é bem sabido e repisado, a práxis liberal foi o germe de sua própria desqualificação teórica. Assim, com a exploração do homem pelo homem, repercutindo, entre outras instâncias, na formação da legião dos desvalidos advindos do modo de

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil* in: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 33, n. 141., jan/mar. 1999. pp. 99-109.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

⁶⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p. 366.

produção industrializado, os movimentos sociais tomaram corpo e cuidaram de conduzir os legisladores amiúde ao reconhecimento de um papel interventivo do Estado na atividade econômica.⁷⁰

Timidamente, o Estado-legislador, na Europa do segundo cartel do século XIX e, a reboque, do Brasil do início do século XX, passa a intervir topicamente na atividade econômica através de leis extravagantes - tanto no nome quanto na concepção feitas para ser excepcionais - não se vislumbrando, ainda, a ruptura do sistema concebido pelo gênio jusnaturalista de uma época infelizmente já pretérita.

Mas o que era extravagante tornou-se avolumado de tal modo que já se poderia detectar, a partir da década de setenta⁷¹, a existência de outros astros relativamente independentes da gravidade do vetusto Código a habitar os céus dos regramentos privados.

Em tempo, com a abordagem multidisciplinar das novas leis, cada vez mais ficou difícil se satisfazer com as tradicionais distinções entre o espaço público e o privado, exceto pela necessidade didática.

A antiga concepção de estatuto unificado do homem comum atribuída à codificação sucumbira ante o trato de matérias

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil* in: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 33, n. 141., jan/mar. 1999. pp. 99-109.

inteiras relativas a temas anteriormente tratados pelo antigo sistema - família, locações, propriedade - feita de forma independente daquele e sob uma abordagem multidisciplinar.

Vale também destacar a mudança de atitude intrínseca da norma: em vez de garantir negativamente o espaço privado para que o indivíduo possa livremente estabelecer sua conduta a norma propõe fins e caminhos de comportamento, positivamente. É o Estado ditando o caminho do indivíduo dentro de sua própria arena privada.

Mas o golpe de misericórdia da falência do velho sistema consistiu na regulação impositiva da ordem econômica - privatista por excelência - sob a égide da Carta Política. Tal mudança é mais do que meramente técnico-normativa, expressando um paradigma legislativo derivado diretamente de um novo invólucro ideológico a léguas distinto da antiga matriz liberal.

O Estado Social, caracterizado pela intervenção da máquina pública na atividade econômica, já enterrara, no plano dos valores, o que ainda não havia sido reconhecido pelos doutrinadores civilistas. Estes, aferrados que eram ao dogma inconsciente do liberalismo implícito - e por vezes explícito - no texto da codificação, não de pronto começaram a reconhecer os novos pendores de mudança.

O desfecho deste processo pode ser com precisão designado como a assim chamada Constituição do Direito Civil,

"que significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito civil."⁷²

Os cacos do velho sistema fragmentado em satélites praticamente sem comunicação entre si, além de indesejáveis para a boa aplicação do direito, são ainda apenas um momento de olhar diante de uma nova película a correr diante dos olhos do jurista.

Pela convergência principiológica de tais normas e institutos na Constituição Federal, através de um exercício de integração hermenêutica, a unidade e a funcionalidade de todo o sistema são retomadas para prosseguir dirimindo as lides entre os particulares, recuperando-se, assim, "o universo desfeito, reunificando-se o sistema."⁷³

Por sua posição de hierarquia normativa, a Constituição passou a impor uma conformação aos institutos de direito privado anteriormente desconhecida. Em síntese genérica, é neste ponto que chegamos em nossa meditação sobre o tema.

O Direito Privado mesmo está em metamorfose. Preciosas e claras são as lições de Luiz Edson Fachin, enfatizando ainda o papel da principiologia na nova conformação do vetusto ramo jurídico: "Esse projeto de desenho jurídico não percebeu pronto e acabado. Doutrina, jurisprudência e legislação posterior importam em pleno

⁷² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 74.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13.

reconhecimento da crise e da superação do modelo clássico, incapaz de responder às demandas da contemporaneidade.[...] Daquela configuração clássica que abriu as portas do século, entronizando a codificação no santuário privado do reino secular dos dogmas, observa-se sensível décalage que se reconhece no redimensionamento da principiologia, da tópica e de um novo ou renovado Direito Civil."⁷⁴

⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda* in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. v.33. Porto Alegre: Síntese: 2000, pp. 91-7.

II - Contextualização histórica da responsabilidade civil

2.1 - A noção de Responsabilidade Civil

Na seara do direito obrigacional, vínculo jurídico mediante o qual alguém está sujeito a outrem com finalidade de adimplir uma prestação⁷⁵, é tratada parte substancial de todo o direito privado. Dele trata o Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002, sob a alcunha de Direito das Obrigações. Ora nascendo dos atos e negócios jurídicos lícitos, ora da própria lei, a obrigação também se faz valer através da lesão perpetrada aos bens jurídicos dos sujeitos de direito, ocasião em que exurge a denominada responsabilidade civil.

Sob a égide da expressão “responsabilidade civil” tem-se estritamente os efeitos dos atos, atos-fatos e fatos ilícitos de natureza extracontratual, i.e., violação a direito causadora do dano sem relação com algum vínculo contratual entre lesante e lesado. Entretanto, o uso da expressão a elevou a categoria geral, da qual emanam a responsabilidade civil aquiliana ou extranegocial e a negocial⁷⁶, conforme exista ou não vínculo convencional entre as partes.

⁷⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 1ª parte*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 11.

⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das Obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica:1999, p. 128.

Delimitada como a obrigação de indenizar em virtude de violação danosa a direito, a responsabilidade civil vem a ser tratada no Título IX do mesmo livro. Nítida e louvável a distinção em relação ao trato do ato ilícito e da responsabilidade civil em compartimentos distintos, ao contrário do Código anterior, que de pronto pugnava pela obrigação de indenizar já na parte geral, ao tratar de ato ilícito.

Louvável ainda, porque torna a indenização um gênero a partir da qual nascerá a espécie proveniente do ato ilícito, pois a dissociação entre ato ilícito e responsabilidade civil se faz necessária em virtude de outras hipóteses de obrigação de indenizar, tais como os atos-fatos ilícitos, os fatos ilícitos e mesmo a obrigação de indenizar por fato lícito (§ único do art. 927 da Lei 10.406/2002). Primorosa e precisa a nova disposição e o rearranjo das normas referentes à responsabilidade civil conforme trazida pelo novo Código.

Além da cláusula geral de indenizar (art. 927 da Lei 10.406/2002), traz o novo Código elenco de hipóteses específicas de indenização, tais como em exemplo a de danos causados pelo detentor de animal, dono de edifício ou construção e habitante de prédio, do credor que cobra dívida antes do vencimento, já paga, do homicida entre outros. Tais hipóteses, embora perfeitamente encaixáveis na cláusula geral de indenizar, são fruto da experiência jurídica e tem se consolidado como tipos legais específicos de inolvidável indenizabilidade. O sistema jurídico do *common law*, vale frisar, lança mão da experiência jurisprudencial para construir hipóteses de atos e fatos indenizáveis, analogamente aos tipos legais subscritos pelo

Código. Inegável, porém, a versatilidade da cláusula geral, em que pese a possibilidade de alguns inconvenientes, como por exemplo a possibilidade de indenizações diferentes para casos iguais em julgados distintos.

A legislação extravagante cuida também de hipóteses variadas de indenização, análogas às expressadas na legislação codificada. Assim, o Código do Consumidor cuida da responsabilidade do fornecedor por fato ou vício do produto ou serviço, bem como da responsabilidade dos profissionais liberais (arts. 12, 18 e art. 14 § 4º da Lei 8.078/90); a indenização por danos atividades nucleares (Lei 6.453/77); danos causados pelo Poder Público (art. 37 § 6º da Constituição Federal de 1988, art. 43 do Código Civil); danos ao patrimônio público para fins de enriquecimento ilícito (Lei 8.429/92); entre outras.

A doutrina tradicional elencava como elementos do suporte fático da responsabilidade civil o ato danoso, o dano, o nexo causal entre eles e o elemento subjetivo, a culpa. O último elemento vem perdendo espaço em virtude da admissão da doutrina do risco já largamente adotada, como se verá a seguir mais detalhadamente. Para que haja obrigação de indenizar, comum a todas as hipóteses legais, é mister haja um dano cuja causa seja um fato que a lei imputa a alguém para responsabilizá-lo. O elemento da culpa pode eventualmente ser utilizado para justificar a imputação, mas considerações de

solidariedade social e a necessidade de indenizar mais largamente os danos tem deixado de lado esta justificativa. Sequer se exclui o ato ou atividade lícita, apontando por isto a responsabilidade civil no sentido de se tornar uma obrigação cada vez menos associada ao ilícito, e no surgimento de um direito geral à indenidade baseado em considerações de equidade⁷⁷ e justiça corretiva.

2.2 - Do indivíduo onipotente do liberalismo à responsabilidade civil subjetiva

O futuro Código Civil brasileiro ainda mantém a culpa como elemento do suporte fático da obrigação de reparar o dano, em continuidade ao disposto no Código de 1916. É bem verdade que reduziu o universo de fatos sobre os quais aquela incide, alargando o espaço para a responsabilidade sem culpa.

Mas ainda tem, no elemento subjetivo, um de seus principais pilares. Em verdade, já se reconheceu alhures a existência de um sistema dualista⁷⁸ de responsabilidade civil, por sobre o qual a doutrina e a jurisprudência forçosamente laborariam.

Em comparação com o Código Civil Português, por exemplo, o novo Código brasileiro (Lei nº 10.406/2002) já representa um avanço em termos de responsabilidade civil objetiva.

⁷⁷ “Esta cláusula debería facultar al juez a imponer un deber de indemnización por un acto dañoso y contrario a derecho, siempre y en la medida en que, atendida la conducta entera de los interesados, su situación patrimonial y las demás circunstancias especiales de caso, estuviera de acuerdo con la equidad.” [ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. 3. ed. Vol. 2. Doctrina Especial. 2ª parte. Barcelona: Bosch, 1966, p. 1030.]

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 184.

Naquele, a culpa só não está presente nos casos de expressos em lei, vale dizer, *numerus clausus*, enquanto a proposta brasileira cria uma cláusula de maior generalidade⁷⁹, gerando obrigação de indenizar sem culpa em virtude do dano causado pela atividade normalmente desenvolvida.

A responsabilidade civil subjetiva, portanto, perde espaço a cada dia, embora ainda se mantenha de pé, como regra ao menos formalmente majoritária, nas legislações privatistas amiúde, como no exemplo exposto.

Para a compreensão da razão desta transformação, necessário se faz antes mostrar as raízes ideológicas do modelo anterior, ou seja, seus fundamentos valorativos e as conseqüências desta determinada visão do indivíduo e da sociedade que doravante denominamos de pensamento liberal.

Como se verá a seguir, fica claro que a responsabilidade civil dita subjetiva, embora não tendo nascida no seio do liberalismo, foi por este conformada e fundamentada para os fins colimados nas ordens jurídicas da época.

⁷⁹ Nunca é demais enfatizar que esta técnica tem prodigioso futuro no direito civil: "As cláusulas gerais, mais do que um 'caso' da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos elementares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo o uso do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo." [MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro* in: Revista de Informação Legislativa, v. 139, Brasília, 1998, pp. 5-22.]

As bases da culpa no pensamento jurídico de inspiração liberal ainda mais se evidenciam na pena dos doutrinadores quando do crítico momento em que os juristas europeus - e brasileiros a reboque - tiveram que enfrentar a questão da nascente sociedade de massas e a subsequente incompetência do modelo subjetivista em compor os conflitos decorrentes da reparação de danos que cresciam em escala exponencial no seio desta nova realidade.

Foi ainda esta sociedade nascente quem demandou por novos valores, como o da solidariedade social e da revalorização da pessoa humana⁸⁰ - em detrimento da hipervalorização dos bens, característica do liberalismo e que se refletiu fortemente nas legislações civilistas amiúde - impondo-se gradativamente sobre o vestusto formalismo e o frio patrimonialismo⁸¹ associados ao instituto da responsabilidade civil tradicional.

Para compreender esta trajetória e os fatores que para ela contribuíram, se faz necessário detido olhar sobre a culpa, seu papel no suporte fático da responsabilidade civil no contexto do Estado Liberal e suas limitações; em outras palavras, seu fundamento axiológico e sua incompatibilidade ante a evolução dos fatos.

⁸⁰ DESSAREGO, Carlos Fernández. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona* in: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, a. 20, n. 75, jan-mar/1996, pp. 5-16.

⁸¹ É sintomática a desproporcional preocupação com a conduta do lesante e a respectiva tutela do lesado: "La responsabilidad está basada en unas pocas disposiciones legales, la mayoría vinculadas a acciones humanas. Por ejemplo, el Código Civil francés dedicó cuatro artículos; el Código Civil argentino, dedica 40 artículos (desde el 1066 hasta el 1106). En todas estas codificaciones, la víctima está ausente." [LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* in: AJURIS, a. XXII, n. 63, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul: 1995, pp. 166-198.]

Em face disto, pode-se compreender as mudanças de interpretação e as subseqüentes inovações legislativas em matéria de responsabilidade civil ao longo da experiência jurisprudencial brasileira no Século XX. Sem um atento olhar para o passado, não se pode compreender o presente e, menos ainda, captar a chegada do futuro no perene devir do fenômeno jurídico.

Entrementes, uma vez derrribado o castelo em ruínas da culpa, é que se pode construir um novo edifício para o instituto, consoante, portanto, com a ascensão de novas valorações, de nova visão do ser humano e da sociedade, bem diversa da teoria florida e da prática perversa do liberalismo clássico, assim como seguir os passos que vão desde a nova plataforma axiológica às suas implicações para o instituto da responsabilidade civil.

Os institutos jurídicos, como as civilizações, são construídos e destruídos pelo avanço da História, senhora que é de ambos. Afigura-nos, por ora, mais um momento de clivagem, de destruição e reconstrução.

Um momento já não tão novo, tempo em que a culpa perde sua importância no instituto da responsabilidade civil, restando-lhe apenas servir de ornamento supérfluo para uma legislação que prima pela desatualização, o que se constitui, aliás, no destino de toda lei humana.

Um desfecho possível, porém improvável, para esta senda seria a conclusão de que a culpa deveria ser abolida do suporte fático da responsabilidade civil. No momento, entretanto, assim não parece ser o futuro próximo, não por algum sólido argumento doutrinário, mas pelas profundas raízes que a idéia de culpa possui na mentalidade jurídica brasileira. Nem bem a proposta alcançara os ouvidos de alguns, em sucinta exposição no contexto de um seminário apresentado aos colegas da pós-graduação, viu-se acalorada resistência. Colocando-se assim a questão, até parecia que o assunto já estava dogmaticamente resolvido e que toda oposição é passional. Que não pense o leitor ser igualmente dogmática a posição do missivista, uma vez que as idéias aqui propostas são fruto de estudo e observação, e, por isso mesmo, de modo dialético, susceptíveis à crítica.

Para além de tudo isso, inúmeras serão as facetas apenas tocadas e amplamente inexploradas, possibilidades vislumbradas ao longo da construção deste trabalho que, não obstante, foram aludidas apenas no que possuem de construtivo para seu eixo central.

2.2.1 - Stuart Mill e o homem livre

O pensamento liberal, que forneceu os valores que ordenavam o mundo ideal dos Códigos Civis do século XIX, a reboque do estatuto napoleônico, constituiu-se numa visão de mundo - do homem e da sociedade - que marcou época e pintou as cores da história ocidental e, até certo ponto, global.

Com o advento do Estado Social, fruto das mudanças sociais e econômicas e das convulsões e guerras experimentadas na Europa, o liberalismo foi, por longo tempo, posto de lado em face de sua inabilidade para as circunstâncias de um novo mundo - de massas, industrial e conflituoso - tendo voltado com força total após a derrocada das experiências socialistas do leste europeu, agora sob a alcunha de neoliberalismo.

Em um de seus expoentes, passamos a adentrar os intestinos deste modo de pensar, fonte dos pressupostos axiológicos da culpa civilista.

A civilização burguesa nascente colhera idéias do passado e delas fez uma releitura de modo a explicar a si mesma em relação ao mundo. Para ele, uma sociedade industrial nascente - uma sociedade que apenas estava começando a impelir para frente a produção em massa de produtos compostos de discretos componentes montados pela máquina - a idéia de um universo reunido, ele mesmo composto de componentes discretos, provavelmente era indispensável. Havia regras políticas e sociais, também, para a aceitação do modelo atômico de realidade. Quando a segunda onda se chocou com as velhas instituições da preexistente primeira onda, ela precisou libertar pessoas da família extensa, da poderosa igreja, da monarquia. O capitalismo industrial precisava de um fundamento lógico para o individualismo. Quando a velha civilização agrícola decaiu, quando o comércio se expandiu e as cidades se multiplicaram um século ou dois

antes do industrialismo, a nascente classe mercantil, exigindo liberdade para negociar, emprestar e expandir seus mercados, gerou uma nova concepção do indivíduo - a pessoa como átomo. A pessoa não era mais apenas um apêndice da tribo, da casta ou do clã, mas sim um indivíduo livre e autônomo. Cada indivíduo tinha o direito à sua propriedade, o direito de adquirir mercadorias, de cuidar de seus interesses, de prosperar ou morrer de fome de acordo com seus esforços ativos, com o correspondente direito de escolher uma religião e procurar a felicidade pessoal⁸².

A partir de Kant, a liberdade tomou um viés de não-impedimento, uma espécie de rompimento do ser humano com a causalidade natural, originando assim uma espécie de causalidade humana, autônoma.⁸³ Está aí assentada a base teórica para o mote básico e central do movimento ideológico liberal.

John Stuart Mill aparece, ao lado de Adam Smith e Jeremy Bentham, como um dos mais importantes expoentes do pensamento liberal. Em sua obra *On Liberty*, publicada em 1859, faz uma defesa apaixonada da dignidade humana, fundamentando nela o império da liberdade do indivíduo e conseqüentemente os limites de influência da coletividade e, mais além, do Estado.

⁸² TOFLER, Alvin. *A terceira onda*. 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 1992, p. 119.

⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O princípio do auto-regramento da vontade em Pontes de Miranda* in: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXV, n. 60, janeiro/junho de 1995, pp. 55-62.

No afã de compreender o contexto da responsabilidade civil no Estado Liberal, o autor em tela pode em muito esclarecer os fundamentos axiológicos sobre os quais tal responsabilização se dava e, como toda intervenção estatal, se delimitava.

2.2.1.1 - Liberdade como tensão entre indivíduo e coletividade

Divide-se a liberdade humana, segundo Stuart Mill⁸⁴, em duas principais linhas: primeiramente, a liberdade de consciência e de sua expressão, ambas tomadas em sentido absoluto, contra a tendência que a coletividade apresenta no sentido de uma uniformização destes atributos individuais; em seguida, a liberdade de ação do indivíduo e suas limitações em função do interesse coletivo.

2.2.1.2 - Liberdade de pensamento e de expressão

Nos dois primeiros capítulos, Mill defende as liberdades de pensamento (opinião) e a de sua expressão. Para isto traça a evolução destas liberdades, trazida pela vitória da razão sobre a moral religiosa, no bojo da ruptura entre a religião e o poder político, que induziu ao ceticismo sobre a validade de qualquer padrão moral de pensamento e conduta que se possa enunciar. Como consequência disto, resta ao indivíduo escolher as opiniões morais e religiosas que melhor lhe aprouverem, pois a tese contrária redundaria na volta a uma

⁸⁴ Doravante, todas as referências à obra de Stuart Mill são oriundas da versão eletrônica da obra citada, disponível gratuitamente na página <http://www.utilitarianism.org>.

experiência que historicamente se revelou fracassada. Mill é enfático nisto: afirma que os legatários desta liberdade não estabeleceram uma moral substituta à vigente, mas questionaram mesmo a existência de um dever do indivíduo em submeter-se aos gostos e aversões da sociedade.⁸⁵

À liberdade de opinião segue-se a de discussão, de expor livremente suas razões e as crenças em que se firma. Sua defesa da liberdade de discussão é primorosa e poderia, com grandes ganhos, ser leitura obrigatória nas nossas escolas, em face da riqueza de conteúdo em defesa da liberdade de pensar além dos lugares comuns estabelecidos pela sociedade.

Para Mill, entretanto, apesar desta importante descoberta da humanidade⁸⁶ a emergir da experiência, a tendência em se perder este princípio está sempre às portas, pela força com que a coletividade pressiona para que o indivíduo volte a mergulhar no todo. Note-se que, para Mill, não há nenhum determinismo que garanta ser a liberdade um bem que veio para ficar. Ao contrário, o Mill chega até a adotar um tom pessimista em algumas passagens sobre o futuro imediato destas liberdades. Evocando a natureza humana, declara que a tendência da humanidade em impor suas opiniões e inclinações sobre os indivíduos está apoiada nos melhores e nos piores sentimentos nesta ocorrentes,

⁸⁵ "They have occupied themselves rather in inquiring what society ought to like or dislike, than in questioning whether its likings or dislikings should be a law to individuals."

⁸⁶ Liberty, as a principle, has no application to any state of things anterior to the time when mankind have become capable of being improved by free and equal discussion."

notadamente relacionados ao desejo de poder. E como o poder do coletivo sobre o individual, em sua época, estava crescendo e não diminuindo, essa tendência, entende ele, deveria seguir crescendo, exceto se uma forte barreira de convicção moral fosse levantada contra isto.⁸⁷

Em várias oportunidades, Mill externa sua preocupação com a fragilidade do princípio da liberdade diante da titânica força da coletividade a contrapor-se.

2.2.1.3 - Liberdade de conduta e natureza humana

No que tange à liberdade de conduta, a fundamentação de Mill consiste, em um primeiro momento, em aplicar a falibilidade de julgamento moral desenvolvida nos dois primeiros capítulos para o plano dos atos. Não prega que a sociedade não possa eleger condutas indesejáveis e cercear assim a liberdade do indivíduo em alguns casos. Mas entende que a regulamentação total, diríamos holística do indivíduo, sem fazer uma distinção entre espaços público e privado, tolhe a espontaneidade e a originalidade que cada ser pode trazer ao mundo. Aqui o Mill lança mão do pensamento de Alexander Von Humboldt.

⁸⁷ ...and as the power is not declining, but growing, unless a strong barrier of moral conviction can be raised against the mischief, we must expect, in the present circumstances of the world, to see it increase."

Será, sem dúvida, o ponto mais crítico desta obra construir um critério entre a liberdade do indivíduo e a legitimidade da coletividade em cercear topicamente aquele.

Stuart Mill certamente não prescinde da influência das heranças coletivas (passado e contexto social, por exemplo) na construção do indivíduo. Porém descreve-o como exurgindo do contexto de um sono coletivista para a consciência amadurecida em que, pelo pleno exercício de suas faculdades, o homem usa e interpreta a experiência do seu próprio modo. O homem seria pleno quando, no meio dos determinantes coletivos, pode exercer a sua vontade de escolha, o seu livre arbítrio. E detrata o homem que, encontrando-se nesta estatura de vida, permite ao mundo que lhe dite um caminho a seguir, comparando-o a um animal irracional.⁸⁸

Mill reconhece detidamente o papel que a sociedade possui na construção do indivíduo. Recomenda ainda que a educação provida pela coletividade busque construir um indivíduo que desperte do sono coletivista pelo domínio dos desejos e uso da razão, no que se poderia perceber uma alusão indireta à formação do Estado ideal concebido na República de Platão.

Ele mesmo traz à luz seus fundamentos, em livre tradução: "há um ideal grego de auto-desenvolvimento, com o qual os ideais

⁸⁸ He who lets the world, or his own portion of it, choose his plan of life for him, has no need of any other faculty than the ape-like one of imitation."

platônico e cristão de auto-governo se misturaram."⁸⁹ Por sua proximidade histórica e aceitação geral à época, enfatize-se o papel do cristianismo, com sua doutrina de liberdade do indivíduo da escravidão da Lei mosaica.⁹⁰

Para Mill, a liberdade é o solo fértil de onde brotarão a riqueza e a variedade da existência humana, pela possibilidade de que cada um possa desenvolver a sua própria natureza. Numa linguagem mais condizente com a República, sua virtude, e em termos modernos, sua vocação.

Para o teórico liberal, o ideal da natureza humana livre para se desenvolver tem respaldo na experiência. Para ele, pessoas geniais tendem a ser mais individuais que as demais, por vezes vencendo até o ambiente de forte tom coletivista, pois não se pode impor ao Niágara o caminho dos canais holandeses. Pessoas assim, estatui Mill, possuem fortes "paixões", isto é, fortes desejos de alcançarem seus objetivos. Para Mill, a força do coletivismo modera, além do intelecto (opinião), também as "paixões". Por fim, declara que a decadência do Oriente é causada pela vitória do lugar-comum, isto é, do mecanismo de compressão e uniformização do indivíduo à

⁸⁹ "There is a Greek ideal of self-development, which the Platonic and Christian ideal of self-government blends with."

⁹⁰ ["Christianity was a self-consciously a doctrine of spiritual liberation from the law of the Old Testament. The New Testament was a rebirth into freedom of a people previously bound by the law of the Old Testament. Quite what this doctrine means, of course, is not an easy matter, and it has meant many different things to different people. But one consequence it certainly does have is to take risks with social and political order by making that order depend in part on the discretions of the ordered individuals themselves. [...] Correspondingly, atheistic doctrines of collectivism may be understood as attempts to block off this wide moral horizon, and restrict the considerabilities of action to who gets what in the here and now."] MINOGUE, kenneth. *The Christian Roots of a Free Society* in: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV Serie - LXXIII - 1996, pp. 639-650.

sociedade. Tem em mente a civilização chinesa. Para Mill, novamente fundado em Humboldt, a liberdade e a diversidade são sadias à aparição dos gênios. Apresentando um triste retrato da sua época, atesta que esta diversidade estava sumindo na Inglaterra.

A liberdade, por assim dizer, está fundamentada no indivíduo como centro valorativo de onde emerge a ordem das coisas, relações e do todo social, e não o inverso. Assim, "se o homem, como indivíduo for um valor, então podemos lhe dar a liberdade, para que se desenvolva, para que floresça e se realize. Se tal não ocorrer, teremos que procurar este valor - no Todo, ou num absoluto qualquer - como humanidade, raça, Estado, etc."⁹¹

2.2.1.4 - Os limites da sociedade sobre a conduta do indivíduo

O critério eleito por Stuart Mill para legitimar a tópica limitação da conduta do indivíduo pela sociedade é o interesse. Assim, o interesse individual demarcaria a liberdade do indivíduo, e o interesse alheio demarcaria o intervencionismo coletivo.

Evocando a dignidade humana de origem greco-cristã, entende que ninguém tem o direito de dizer a uma pessoa adulta e moderadamente educada o que ela deve fazer ou não fazer com a sua vida, entretanto, no trato entre as pessoas, há necessidade de

⁹¹ TELES, Antônio Xavier. *Uma fundamentação axiológica do liberalismo* in: Revista Brasileira de Filosofia - v. XLI. fasc. 172, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, Out/dez-1993, p. 387.

determinadas regras de conduta que devem ser observadas para que as pessoas saibam o que esperar de seus comportamentos.

A seguir, e de modo primoroso, estatui que o único fundamento para o cerceamento da liberdade do indivíduo é o dano ou ameaça de dano ao próximo, tanto na forma de punição quanto na de proibição.

2.2.1.5 - Limitação à responsabilidade pelo dano

No capítulo final, Stuart Mill estatui as duas assertivas mais importantes do seu trabalho: no que concerne só ao indivíduo, este não tem de prestar contas de seus atos à sociedade; no que, entretanto, tal conduta ferir os interesses dos outros, o indivíduo deve prestar contas dos seus atos, tanto por punições legais quanto sociais⁹².

Entretanto, entende que nem todo dano pode justificar a interferência da sociedade sobre a conduta do indivíduo. Dá alguns exemplos, como a vitória profissional de um que é feita às custas da derrota de outros. Tal proposição é apresentada como regra, sendo afastada em caráter excepcional apenas quando meios prejudiciais à coletividade forem empregados.

⁹² La noción de autorresponsabilidad, y la exaltación del individuo responsable de sus acciones, resultan coherentes con la etapa de acumulación de riqueza. Responder por la propia culpa incita a la actuación diligente en la vida social; es coherente con el modelo del hombre emprendedor y protestante del capitalismo temprano." [LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* in: AJURIS, a. XXII, n. 63, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: 1995, pp. 166-198.]

Não fica claro se Mill admite a possibilidade de haver dano sem a correspondente responsabilidade nas situações em que o indivíduo conduziu-se sem vontade de causar dano a outrem, mas o texto é bastante indicativo da relação entre responsabilidade pelo dano e vontade. A regra é a de ocorrer dano sem responsabilidade, que só é afastada pela eleição de meios danosos.

2.2.2 - O voluntarismo liberal e a responsabilidade civil subjetiva

Em face da fundamentação liberal, exurge o arquétipo do *indivíduo onipotente*, "o produto mais acabado da razão humana, que se encerrava em si mesmo; o sujeito hipoteticamente livre e senhor de sua circunstância goza de formal dignidade jurídica. Sob seu jugo, o objeto, as coisas e a própria Natureza."⁹³

Uma visão panorâmica do papel da culpa na responsabilidade civil se faz necessária para que se evidencie sua íntima relação com o elemento de vontade do indivíduo e sua liberdade em face da intervenção estatal, típicos do pensamento liberal⁹⁴. Com efeito, "a autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do

⁹³ FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil* in: Jurisprudência brasileira, v. 172, Curitiba: Juruá, 1994, p. 48.

⁹⁴ "La limitación en principio de la responsabilidad a los casos de daños causados culposamente, estaba de acuerdo con las concepciones individualistas y liberales que, en tiempos de la elaboración del Código c. Dominaban el régimen jurídico y económico." [ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. 2. ed. Doctrina Especial, 2ª. Parte. Barcelona: Bosch, 1966, p. 1023.]

Estado Liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade,"⁹⁵.

Como se verá, a culpa, no contexto do liberalismo, decorre de um desvio da vontade - do livre arbítrio - em estreita conotação com a concepção cristã de pecado⁹⁶. Com efeito, Agostinho falava da maldade como "uma perversão da vontade"⁹⁷. Por esta e só por esta o homem poderia ser responsabilizado - a obrigação de reparar o dano possuía uma forte conotação de penalidade - num contexto moralista que em verdade funcionava, de uma certa forma, como freio para a mediação estatal pelos danos ocorridos no contexto da convivência dos indivíduos.

2.2.2.1 - O papel da liberdade na idéia de culpa

No direito civil, ainda se fala da culpa como a regra na obrigação de reparar o dano. Serpa Lopes, por exemplo, faz menção da imputabilidade como responsabilidade do autor do prejuízo e afirma que esta, *em regra*, se concretiza, através do dolo ou culpa.⁹⁸

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda* in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. v.33. Porto Alegre: Síntese: 2000, pp. 91-7.

⁹⁶ El ascendiente de la moral y los problemas éticos en general son muy acusados en el período medieval por influencia del cristianismo. La doctrina participa de la idea de que la responsabilidad es un problema moral, es la sanción de una conducta reprochable. [LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* in: AJURIS, a. XXII, n. 63, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: 1995, pp. 166-198.]

⁹⁷ AGOSTINHO, Santo. Confissões. 8. ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1975, p. 174.

⁹⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 385.

Quem primeiro nos traz um conceito de culpa é o jurista Pontes de Miranda. Para ele, "a culpa consiste na ligação, no nexo causal, psicofísico, entre o fato externo, contrário ao direito, ou não, e o sujeito. Supõe-se, como essencial, a voluntas, o ter-se querido, ou ter-se procedido sem o cuidado necessário, para que o fato não se desse."⁹⁹

Embora trate mais da técnica jurídica do que das considerações axiológicas prévias a ela, Miranda é exato ao entrever a *voluntas* como núcleo da culpa, isto é, elemento de sua natureza essencial, ou, como afirmara outro autor, o elemento intencional é decisivo¹⁰⁰. A ontologia, por assim dizer, da culpa, passa necessariamente pelo elemento de vontade, de livre escolha entre dois ou mais caminhos possíveis, da faculdade do livre arbítrio que presumivelmente todo homem médio possui, de um estado de ânimo que, em relação a um determinado dano, é reprovável, um estado de ânimo que se pode exigir de uma pessoa comum para que esta evitasse o dano¹⁰¹. Esse núcleo de vontade, entretanto, desdobra-se, segundo Miranda, tanto no ter querido, uma manifestação plena da culpa, quanto na vontade desligada de uma paralela atitude responsável, em outras palavras, no dolo e na culpa em senso estrito. Fala-se e fato doloso, ou segundo a intenção, quando um certo evento é resultado previsto e

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 48.

¹⁰⁰ CAMMAROTA, Antonio. *Responsabilidad Extracontratual. Hechos y actos ilícitos*. t. 1. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947, p. 41.

¹⁰¹ DE CUPIS, Adriano. *Il Dano. Teoria Generale della Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1954, p. 63.

querido pelo agente; mas se verificada a negligência, imprudência ou imperícia, ou a inobservância de lei, regulamento, ordenação ou código disciplinar, tem-se fato culposos.¹⁰²

A esta última modalidade de culpa a doutrina alemã descrevia como "a falta de ajustamento da consciência às circunstâncias em que nos achamos"¹⁰³, associando-a ainda às distrações que são, na maioria dos casos, a causa dos acidentes.

Para Pontes de Miranda, a vontade tem ligação indissociável com a responsabilidade, pois "quando se fala de ato ilícito, pensa-se no ato humano controlável pela vontade do agente, de jeito que se lhe impute a atividade e, pois, eficazmente, a responsabilidade."¹⁰⁴, deixando claro ser sua opinião que o ser humano, no pleno gozo de sua liberdade de agir se torna pressuposto da possibilidade de existência de culpa.

Para Miranda esta vontade é a causa de uma cadeia que começa na psique e desce aos fatos, numa continuidade por ele definida como nexos psicofísicos. Fazendo da vontade o centro da culpa, o autor excluiria, num primeiro momento, todos os danos causados pelos incapazes (convém lembrar que a discussão da culpa

¹⁰² TORRENTE, Andréa., *Manuale di Diritto Privato*. 7. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1968, p. 613.

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 113.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 211.

empreendida pelo autor citado se situa no contexto das obrigações de reparar o dano por fatos ilícitos).

Sabe-se que o Código Civil atribui responsabilidade a terceiros pelos fatos danosos de incapazes, animais e coisas, redundando também nesses casos a responsabilidade decorrente do suposto nexó psicofísico do responsável que não procedeu à devida guarda e vigilância dos referidos entes e o dano por estes causados.

Sem embargo da evidente artificialidade do modelo, deve-se levar em conta que a construção doutrinária da época não permitia notáveis avanços em direção da responsabilidade sem concorrência de culpa, razão pela qual tais malabarismos interpretativos convinham ao contexto de então. Miranda não parece ceder, por um só instante, ao advento de uma hermenêutica que admitisse a dicotomia, já à época teorizada, entre responsabilidade subjetiva e objetiva.¹⁰⁵

O conceito de nexó causal de Miranda ainda não incorporava a distinção entre este e a imputabilidade, considerando atrelados os dois aspectos. Novas situações que a jurisprudência enfrentou, e a doutrina pôs-se a meditar, demandaram a cisão dos dois, inconfundíveis conceitos igualmente essenciais ao instituto da responsabilidade civil. Assim, "no Direito tradicional e na responsabilidade com culpa, a culpa é requisito imprescindível da

¹⁰⁵ E pontifica: "porque a responsabilidade objetiva, sem essa explicação, *que a nega*, seria monstruosa, fora da linha histórica do pensamento jurídico." [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 49.]

imputabilidade, ou seja, imputável, ou responsável, é o culpado."¹⁰⁶ Digno de nota, embora fuja ao escopo do presente trabalho, são também a construção ponteana sobre a indenizabilidade do dano de natureza extrapatrimonial e a tutela dos direitos de personalidade.

Pressuposto lógico do homem culpado por decisão ou falta de diligência é a concepção abstrata do *bonus pater familias*, entidade ideal que goza do livre arbítrio. O próprio Pontes reconhece a vaguidade do conceito de bom pai de família, por isto procura delineá-lo, como fez a doutrina alemã, em termos objetivos, reputando como digna deste ser ideal a conduta que usualmente se espera na situação através da qual, pela conduta não-usual, nasceu o dano. Se o causador do dano se conduziu pelo uso comum e boa diligência, culpa não terá pelo dano ocorrido por se ter conduzido de acordo com o paradigma. Assim, "é o uso - e não a mentalidade do pai de família (conceito assaz vago) - que realmente decide da culpa."¹⁰⁷

Grosso modo, na perspectiva de Pontes de Miranda, a responsabilidade culposa pressupõe o ser humano adulto como livre para conduzir-se como bom pai de família, conforme os usos e diligência comuns a todos, incorrendo em culpa todas as vezes que deixar sua vontade agredir deliberadamente o direito ou descuidar de atos e fatos que se configurem ilícitos. A culpa apresentada pelo eminente tratadista tem como seu eixo a liberdade da vontade - em que

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito das Obrigações. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 136.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 118.

pesem as dificuldades já à época levantadas por esta posição apriorística, como a ginástica da culpa presumida - numa clara alusão à concepção liberal do ser humano, posto que à época "o indivíduo e sua vontade livre passaram a ser o centro da destinação do Direito"¹⁰⁸.

Deixando a abordagem técnica - por ele denominada científica - e antevendo o movimento histórico da responsabilidade civil, Miranda já reconhecia que a teoria da responsabilidade tinha de mudar para adequar-se às novas necessidades gnoseológicas, econômicas e políticas, mais de acordo com o momento histórico vivido. Para Miranda, o individualismo, o atomismo social, a autonomia da vontade e a culpa extracontratual explicam as teorias clássicas da responsabilidade civil.¹⁰⁹

Outro autor nacional digno de destaque no estudo da responsabilidade civil é José de Aguiar Dias. Em sua obra, *Da responsabilidade civil*, Dias vislumbra dois elementos na culpa, o objetivo, consistente na iliceidade, e o subjetivo, consistente na conduta reprovável, desdobrado no dolo e na culpa propriamente dita, sendo esta última o núcleo subjetivo.¹¹⁰

Em precisa monografia, Dias também faz precisa coletânea dos conceitos de culpa como cristalizados pela doutrina

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O princípio do auto-regramento da vontade em Pontes de Miranda* in: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ano XXV. N. 60. Janeiro/junho de 1995., p. 62.

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 57.

¹¹⁰ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. T. I. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p.119.

francesa e alemã, aos quais Silvio Rodrigues faz menção de passagem¹¹¹. Para os primeiros, a exemplo de Savatier, a *faute* tem relação com um dever prévio de conduta¹¹² passível de conhecimento e observância¹¹³. Mazeaud et Mazeaud, Colin et Capitant, Geny e outros chegam a prescindir da noção de dever.¹¹⁴ Para os germânicos, a culpa dispensa o elemento de dever, sendo absorvida como fenômeno exclusivamente moral, do conhecimento e vontade, incluindo o dolo e a culpa propriamente dita.¹¹⁵ Para os juristas alemães, o critério de aferição de culpa evoluiu da noção subjetiva para o aspecto objetivo, aderindo ao "critério justiniano do bonus pater familias".

Assim, desviando-se da conduta normal, nasce a culpa, consistente num "difeto della intelligenza, isto é, na cognição imperfeita ou incompleta, na previsão deficiente, na ausência de previsão que está sempre presente ao homem normal."¹¹⁶ Dias também reconhece na doutrina a inafastabilidade do elemento de vontade.¹¹⁷

Para os irmãos Mazeaud, a culpa seria um erro de conduta. Aqui os autores cindir-se-iam as opiniões entre os que aferem

¹¹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. V. IV. Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 159-160.

¹¹² Pois "el acto requiere rectitud en la integración y prudencia en la ejecución." [PEREZ, Guillermo Montoya. *De la culpa en el campo del acto jurídico* in: Revista de la Faculdade de Derecho y Ciencias Políticas. Mendellin: n. 94, 1994, pp.57-71.]

¹¹³ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p.121.

¹¹⁴ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p.122.

¹¹⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p.122.

¹¹⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p.123.

¹¹⁷ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p.124.

este erro em face de um modelo objetivo, a exemplo do *bonus pater familias*, e os que advogam a apreciação da culpa *in concreto*, em relação à consciência do agente. Concluem os doutrinadores em tela por uma apreciação concreta da culpa, comparando a conduta causadora do dano com a de uma pessoa "colocada nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano."¹¹⁸

A experiência do direito anglo-saxônico evoluiu para a admissão de uma objetivação do conceito de culpa, pois "discute-se no Common Law se a culpa (negligence) é um estado de espírito ou uma conduta. (...) se define culpa como sendo uma conduta e não aquilo que pode ter causado uma conduta."¹¹⁹

Para Trabucchi, a idéia de ato culpável é indissociável do processo volitivo precedente.¹²⁰ Nesse, como nos demais autores citados, refletindo a opinião consolidada dos doutrinadores sobre o tema, há uma convergência por acentuar o papel central que a vontade - expressão da faculdade de livre escolha entre duas ou mais ações - tem na concepção da culpa.

De tal modo a liberdade de escolha está associada à possibilidade de culpar alguém que já se chegou a afirmar que os

¹¹⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p.131.

¹¹⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Conceito de culpa* in: Revista dos Tribunais. a. 88. n. 770. São Paulo: RT, dez/1999, p. 117-22.

¹²⁰ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 221.

danos oriundos da ação de um enfermo mental, uma criança ou uma pessoa empurrada por terceiro que derruba outra em sua queda e lhe causa lesão corporal não implicam a existência de culpa alguma.¹²¹

Vê-se que, em face da contemplação panorâmica do conceito de culpa, conforme esposado por alguns dos mais eminentes doutrinadores civilistas, esta tem por seu pressuposto básico a vontade, a qual, por inspiração cristã, tem que ser essencialmente livre.

2.2.2.2 - Outros pontos de contacto

Do indivíduo livre para determinar seu caminho longe da intervenção coletiva (leia-se estatal) decorre a conveniência da culpa como elemento de responsabilidade civil. Esta relação evidencia-se fortemente na defesa que os civilistas tradicionais fizeram à culpa, justamente no momento em que sua hegemonia sofria clivagem pela ascendência da teoria objetiva como fundamento da responsabilidade civil nas relações massificadas (acidentes de trabalho, danos causados por ferrovias, etc).

¹²¹ HEDEMANN, J. W. *Derecho de Obligaciones*. Vol. III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 116.

No parecer dos irmãos Mazeaud , após o qual "torna-se desnecessário compulsar a literatura adversa à teoria objetiva"¹²², muita luz foi trazida na mais requintada defesa da subjetividade.

Nele podemos encontrar evidente elemento identificador entre as plataformas filosófica e jurídica do liberalismo, consistente na necessidade do provimento de máxima liberdade ao indivíduo¹²³ como pressuposto do seu desenvolvimento.

Também o ideal greco-cristão mostra-se presente na acusação que os eminentes doutrinadores fazem da teoria objetiva. Para os Mazeaud, o abandono da responsabilidade culposa nada mais era do que arrematado materialismo.¹²⁴ A admissão da culpa como elemento da obrigação de reparar o dano, como abraçada pela civilização ocidental, seria um indício de sua evolução espiritual: "A mentalidade primitiva não exigia o elemento moral de culpa. Ela figura como um índice do progresso jurídico e um sinal de espiritualização do direito."¹²⁵

¹²² AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p.72.

¹²³ "no siempre consiste el interés social en proteger a las víctimas; puede ser el de asegurar la libre actividad de los individuos, el de no paralizarlos haciendo que pese sobre ellos la amenaza de una responsabilidad susceptible de alcanzarlos incluso cuando su conducta sea irreproachable" [MAZEAUD, Henri y Lèon; MAZEAUD, M. Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. V. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 88.]

¹²⁴ Segundo eles, "cabe destacar algunas tendencias e orden filosófico, traducciones, en la espera jurídica, del positivismo y del materialismo, del que Saleilles fue el campeón. Es necesario, escribía Saleilles, 'materializar el derecho civil', 'arrojar por la borda el lado psicológico del derecho.' [MAZEAUD, Henri y Lèon; MAZEAUD, M. Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. V. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p.87.]

¹²⁵ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. 3. Parte Geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 324.

Remetendo à moral cristã, também um dos pilares do pensamento liberal, a exemplo da doutrina de Agostinho, que imputa o mal concebido aos seres dotados de vontade, os Mazeaud vêem, na responsabilidade sem exame da qualificação moral do ato (se culpável ou inocente), um inaceitável despojamento de toda a moral e de toda a justiça.¹²⁶ Ripert aponta na mesma linha, quando categoricamente afirma que a teoria do risco “tira à responsabilidade civil o elemento moral de que este princípio extrai a sua força e regula sua limitação.”¹²⁷

Concluem afirmando que não se deve inquietar “aquele cujo procedimento é irrepreensível”¹²⁸. Esta última assertiva é particularmente esclarecedora. Pressupõe que o indivíduo pode, ao conduzir-se irrepreensivelmente, afastar a incidência da responsabilidade civil pelos danos causados, como já indicara Stuart Mill. Em outras palavras, o exercício irrepreensível da vontade de acordo com os ditames da moral e diligência (da época) afastaria a intervenção do Estado em razão de sua conduta danosa.

Admitir, ao reverso, o afastamento da culpa implicaria, portanto, a admissão da possibilidade de intervenção estatal causada pela conduta do indivíduo que tudo fez para afastá-la, contrariando o primevo ideal do liberalismo, que é a liberdade do indivíduo para determinar seu modo de vida com a mínima interferência da

¹²⁶ MAZEAUD, Henri y Léon; MAZEAUD, M. Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. V. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p.91.

¹²⁷ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 215.

¹²⁸ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944, p. 75.

coletividade¹²⁹. Excluir a culpa, neste contexto, seria excluir a liberdade, pois “se a responsabilidade pudesse derivar simplesmente do fato danoso ou prejudicial, o homem se reduziria – já observou alguém – a uma inatividade perfeita e a uma imobilidade de estátua.”¹³⁰

Assim, o indivíduo liberal apresentado por Stuart Mill é substancialmente o mesmo evocado pelos Mazeaud na defesa da responsabilidade subjetiva. A fundamentação da culpa como elemento do suporte fático da obrigação de reparar o dano é a proteção do exercício da liberdade do indivíduo - liberdade de querer - limitado, ora por um moralismo exacerbado, ora pelos lugares-comuns da diligência usual.

Exurge aí a noção de *indivíduo onipotente*, perspicaz, sempre hábil a escolher o bem e evitar o mal, exceto por decisão premeditada ou falta de um espírito pronto e alerta. Esta liberdade do indivíduo em face da tutela estatal é princípio valorativo imposto pela ideologia da época e influenciou a construção dos demais institutos e regramentos do Código Civil de 1916.

¹²⁹ A Análise Econômica do Direito, vertente neoliberal no direito norte-americano, muito tem feito para ressuscitar o paradigma de que o Estado deve manter-se afastado ao máximo das relações individuais. O argumento de momento é o custo social da justiça: "Some economists have found evidence that nations with large numbers of lawyers have lower rates of economic growth." [CROSS, Frank. *Lawyers, the economy, and society* in: American Business Law Journal, v. 35/4, summer 1998, pp. 477-514.]

¹³⁰ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. 3. Parte Geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 323.

2.3 - Do ser carente da modernidade à responsabilidade civil objetiva

Ontem, como hoje, o ideal de justiça ilumina os espíritos humanos que, em contacto com a sua própria realidade histórica, procuram implementar no tempo aquele ideal que tem atravessado os milênios¹³¹ em busca de quem o enxergue na sua plenitude e o pratique na sua integridade.

Como as visões aladas da alma no trajeto platônico rumo ao mundo supra-sensível¹³², tal se revelam os juspensadores de todas as épocas que conseguiram enxergar para além dos seus horizontes imediatos¹³³ e contribuir para o avanço civilizatório do homem do seu tempo.

Das altitudes filosóficas ao prado da aplicação do direito, por tempo demais prevaleceu o universo axiológico liberal a irrigá-lo.

Num viés claudicante pela miopia, fez-se depender a liberdade apenas da não-ingerência do Estado nos negócios, no comportamento e na vida dos particulares. Foi no homem valioso que se fundava o homem livre, cuja esfera de liberdade e direitos expelle o

¹³¹ A continuidade histórica da temática da justiça distributiva afia as mais argutas mentes. cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 33.

¹³² cf. REALE, Giovanni. *História da Filosofia Antiga*. v. II. São Paulo: Loyola, 1994, p. 200-1.

¹³³ "Toda teoria, mesmo que circunstancializada, supera os elementos que a condicionam à morte dentro das fronteiras espaço-temporais em que se produziu, deixando seus rastros e contribuições intertemporais como sinais do exercício de uma faculdade que invariavelmente é comum a todos os homens: a razão." [BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 56.]

espaço de influência estatal, numa evidente descrição de ordens antagônicas.¹³⁴

Liberdade e justiça, entretanto, nem sempre caminham na mesma direção, já que "o fim primeiro e fundamental da justiça não se acha na idéia de liberdade, mas na de ordem, de tal sorte que aquela apenas se justifica na medida em que serve à realização desta."¹³⁵

Tal não deve ser a meta do legislador atual. Da ênfase unilateral na liberdade do indivíduo, as vicissitudes históricas levaram o Ocidente a valorizar a igualdade, a ponto de esta impregnar as cartas constitucionais explícita ou implicitamente, destarte a ascensão em importância dos princípios constitucionais na moderna técnica legislativa.

Esta nova demanda pela velha justiça, agora em vestes pós-modernas, nada mais é do que o reflexo da constatação evidente de que "se a população do mundo vive, em sua maioria, em tão horrendo quadro, isto se deve a uma prática social desvinculada de qualquer critério de justiça na distribuição dos bens."¹³⁶

¹³⁴ O liberalismo não olvida considerações valorativas, mas parte de premissa de que o indivíduo concreto de mais nada precisa do que de liberdade (é esta a sua necessidade primeira e, destarte, única) para a realização de uma digna existência: "Para ficar de acordo com os direitos individuais, o único Estado possível é o mínimo." (TELES, Antônio Xavier. *Uma fundamentação axiológica do Liberalismo*. in: Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XLI, Fasc. 172. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia. Out-dez/1993. p. 380.)

¹³⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 23.

¹³⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 34.

2.3.1 - Sociedade e desigualdade na partilha dos ônus coletivos

O direito civil, como hoje o conhecemos e ainda o aplicamos, é de inspiração no Estado e pensamento liberais. Na separação entre o público e o privado, o Código Civil, sua mais importante referência legislativa, fazia o papel de verdadeira "constituição privada", ou, como queiram outros, "constituição do homem comum". Concebido para uma sociedade agrária e mercantil, tomava como corolário da igualdade formal a autonomia da vontade.

Não é de hoje que o conviver humano milita, se não refreado por barreiras ético-político-normativas, em direção à injusta distribuição de ônus e bônus entre os atores sociais: "as atividades sociais se fazem mediante o intercâmbio de produtos, valores, serviços e bens de diversas naturezas, dadas as múltiplas, e multiplicáveis, aptidões individuais, que fundam *teknei* diferenciadas, do que decorre a interdependência subjetiva, razão de subsistência da própria sociedade, sendo esta esfera de sinalagmáticas implicações recíprocas uma fonte de litígios e desigualdades na medida em que a patologia negocial engendra contextos situacionais em que um benefício suplanta um prejuízo fundando-se num ato de injustiça."¹³⁷

¹³⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 64.

O industrialismo, entre outros fatores, tratou de invalidar, na prática das relações sociais, a tese da igualdade liberal.

Os tempos modernos, com suas máquinas, sua produção em massa de bens e seu domínio tecnológico sobre a natureza, trouxeram uma nova característica para a sociedade¹³⁸ humana. Não bastasse a preexistente loteria da vida expressa na doença, no desastre, no infortúnio, na perda de bens, colheitas e parentes, aprouve ao homem, para o bem do progresso, acrescentar à jornada humana novos riscos¹³⁹ à vida, à saúde, à incolumidade do ser humano e do meio ambiente¹⁴⁰.

Os riscos e danos oriundos do progresso a qualquer preço não são mais considerados como fantasias catastrofistas de uma meia dúzia de cientistas sensacionalistas ou fundamentalistas ecológicos. Afetam a própria economia, numa perversa retroalimentação que já faz com que o lucro de uns roube de outros precioso naco do desejado objeto.

¹³⁸ “A fronteira entre os tempos modernos e o passado demarcou-se a partir do domínio do risco, isto é, da noção de que o futuro é mais que um capricho dos deuses, e homens e mulheres não são seres meramente passivos ante a natureza. [...] Não obstante, a perspectiva do risco constitui uma referência fundamental na descrição da sociedade moderna. A nossa sociedade é uma sociedade de risco, em razão da velocidade de desenvolvimento tecnológico em esferas que são cientificamente de competência da física, da química e da biologia.” [HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 39,40-41]

¹³⁹ DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas* in: Revista do Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. a. 18. v. 67. São Paulo: RT, jan/mar, 1994, pp. 28-50.

¹⁴⁰ “Nos dias de hoje, muitos já não têm consciência dos perigos que pairam sobre a humanidade por causa do desenvolvimento tecnológico.” [REALE, Giovanni. *O saber dos antigos: terapia para os dias atuais*. São Paulo: Loyola, 1999, p. 81.]

Assim, exemplificadamente, pode-se trazer à lume a grita da indústria de seguros contra a inércia do mundo industrializado para com a excessiva emissão de gases contribuintes do efeito estufa, cujo crescimento constante tem sido apontado como um dos principais responsáveis - descontado o emergente medo do terrorismo religioso - pela trajetória crescente de custos da referida atividade empresarial: "apesar da contínua resistência por parte das indústrias de combustíveis fósseis, um ramo de negócios tem dado passos significativos para levar a sério o aquecimento global - as companhias de seguro. Tempestades violentas e outros extremos do clima que são provocados pelo efeito estufa, enchentes, secas, e assim por diante, poderiam 'levar a indústria à bancarrota', diz o presidente da Associação de Resseguros Norte-americana."¹⁴¹

A reboque destas sombrias perspectivas, cite-se também a gravíssima questão da energia nuclear, cujos custos ambientais e a potencialidade de danos em muito superam qualquer vantagem macroeconômica em sua utilização¹⁴².

Paradoxalmente, o risco e o dano atomizados também manifestaram exercer uma função 'distributiva' dos ônus e bônus na sociedade. Perversa e injusta, vale dizer, pois assim, "a partir da

¹⁴¹ SAGAN, Carl. *Bilhões e bilhões: reflexões sobre a vida e a morte na virada do milênio*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 148.

¹⁴² "...torna-se evidente que o uso de energia nuclear como fonte energética é absoluta loucura. Ultrapassa o impacto ecológico da produção de energia em grande escala a partir do carvão, impacto este que já é devastador, em vários graus, e ameaça envenenar não apenas nosso meio ambiente natural por milhares de anos, mas até mesmo extinguir toda a espécie humana." [CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 232.]

Revolução Industrial, com a introdução da fábrica no seio da comunidade, cresceu vertiginosamente o número de pessoas acidentadas no trabalho nas indústrias, criando uma situação paradoxal em que de um lado o empresário enriquecia com o empreendimento e de outro, os operários se acidentavam no trabalho, passando a viver à míngua, sem proteção e impossibilitados de continuar no exercício de qualquer atividade laborativa."¹⁴³ Ao detentor do capital os bônus sociais, ao pobre os ônus e riscos da modernidade. Que belo quadro de justiça distributiva!

A responsabilidade civil subjetiva tornou-se quase que obsoleta¹⁴⁴, ante o progresso das situações lesivas e do direito a buscar reparação. Não se discute mais, portanto, que a permanência da culpa como único suporte da obrigação de reparar o dano desfavorece este progresso, pois, "baseada na imputação culposa se assemelha a um edifício dotado de portas difíceis de serem abertas: somente quem demonstre a culpa pode obter a reparação. Deste modo, há um importante custo de acesso: necessita-se procurar um advogado,

¹⁴³ E prossegue, desdobrando as novas fontes de risco: "Também as estradas de ferro introduziram no seio comunitário uma grande potencialidade perigosa, pelos acidentes nas linhas férreas ou pelos danos às propriedades vizinhas. A navegação e a aviação igualmente oferecem inúmeros perigos. O mesmo ocorreu com a exploração mineral e a energia elétrica, pois, não obstante as vantagens decorrentes, o perigo específico destas atividades é uma preocupação e um problema para todos. Mais proximamente, a exploração nuclear criou uma potencialidade perigosa jamais imaginada pelo homem, não se podendo esquecer, também, do perigo que decorre das atividades cósmicas, notadamente quando acontece o retorno à Terra de equipamentos lançados ao espaço." [DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas* in: Revista do Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. a. 18. v. 67. São Paulo: RT, jan/mar, 1994, pp. 28-50.]

¹⁴⁴ Esta rara clarividência merece destaque: "Em definitiva, al margen de la reparación como sanción al daño causado por una conducta ilícito-culposa, existen otra serie de situaciones en las que se impone esta obligación de reparar el daño causado por conductas lícitas, no para sancionar o para proteger una víctima, sino para lograr una interrelación de interés, conforme a las pautas que surgen de la justicia distributiva, lo que implica asignar proporcionalmente a los miembros de la sociedad los beneficios y las cargas dimanantes del bien común." [CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas* in: Revista dos Tribunais, a. 85, v. 726, São Paulo: abril/1996, pp.11-23].

provas, e estar frente a danos que resultem de condutas suscetíveis de um juízo condenatório."¹⁴⁵ A culpa, de princípio defensor do indivíduo livre, passou a entrave da reparação, sendo, portanto, sob a perspectiva da justiça distributiva, profundamente injusta.

Noronha é explícito ao dizer que "a exigência de uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade não se coaduna com aspiração social no sentido da reparação de todos os danos causados por outrem."¹⁴⁶ Por conseguinte, o dano, e não a culpa, agora centraliza as atenções e estudos acerca da responsabilidade civil¹⁴⁷, em substituição da despropositada atenção à reprovabilidade da conduta do seu causador.

A reboque dos tribunais, os juspensadores perceberam a mudança de paradigma e trataram de erigir a teoria da responsabilidade civil objetiva, a princípio, sob máscara de presunções de culpa e outros artifícios. Mas a mudança já estava em curso, alimentada pelas novas demandas carentes de tutela indenizatória.

Essa clivagem, vale a pena enfatizar, é técnico-normativa apenas por consequência, pois consiste essencialmente numa mudança de conteúdos axiológicos, já que "percebe-se, destarte, que os valores

¹⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 96.

¹⁴⁶ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, in: Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 761, março 1999, pp. 31-44.

¹⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. *El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* in: AJURIS, a. XXII, n. 63, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: 1995, pp. 166-198.

desta sociedade não são mais aqueles pregados pelo direito civil do Estado Liberal. Ao invés da autonomia da vontade e da igualdade formal, sobrepõem-se os interesses de proteção de uma população que aguarda providências e prestações estatais"¹⁴⁸.

Tais interesses redistributivos, plenamente aplicáveis em matéria de responsabilidade civil, encontram-se incrustados nos princípios constitucionais da *solidariedade social*¹⁴⁹ e da *justiça distributiva*, segundo preciosa lição de Gustavo Tepedino¹⁵⁰. Elegendo este último como tema de reflexão, reiteramos sua consistência e suas implicações hermenêuticas para o instituto como o objeto do restante do trabalho.

¹⁴⁸ FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. in: MORAIS, José Luis Bolzan de. [et. al.] *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

¹⁴⁹ Por solidariedade social entenda-se "la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil." [GARCÍA, Luciano Barrientos. *Esquema del sistema general de riesgos profesionales* in: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, n. 97, Medellín: 1996, pp. 135-155.] Inolvidável, entretanto, uma breve nota acerca do outro norte constitucional aqui ainda não abordado. Embora ineludivelmente indescutível do princípio da justiça distributiva, por ora se nos abstermos de aprofundar tão interessante tema por amor à metodologia.

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 175 .

III - Princípio constitucional da justiça distributiva e sua repercussão na reparação de danos

A justiça constitui-se num dos balizamentos principais daquilo que chamamos sociedade, já que "todas as sociedades humanas precisam criar algum modo de ordem social, e tal ordem social é precariamente alcançada, sempre à beira de cair na anarquia. Por esta razão a maioria dos grupos sociais devem criar uma imagem normativa da ordem justa, e requerer que seus membros conformem-se a ela: há uma função a ser cumprida pelo governante, padre, esposa, irmã, artesão e assim por diante. "¹⁵¹

Do ponto de vista liberal, a exemplo de Nozick, justiça implica igualdade de oportunidades¹⁵² para que todos os átomos sociais - indivíduos - busquem a felicidade a seu modo. Nenhum pensamento em prol do coletivo, posto que a liberdade, corolário principal do indivíduo valioso, é a única causa final para o projeto de sociedade ora posto. Na orbis liberal, os atores são apenas o indivíduo e o Estado. Como já sobejamente abordado, diversa é a perspectiva aqui adotada.

Na busca da plena utilidade do instituto da responsabilidade civil, encontram-se, como se verá, os princípios

¹⁵¹ ["...all human societies must create some kind of social order, and such a social order is a precarious achievement, always on the edge of sliding into anarchy. This is why most social groups create a normative image of a just order, and demand that their members conform to it: there is a function to be performed by ruler, priest, wife, daughter, craftsman, peasant and so on."] MINOGUE, kenneth. *The Christian Roots of a Free Society* in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, IV Serie - LXXIII - 1996, pp. 639-650.

¹⁵² TELES, Antônio Xavier. *Uma fundamentação axiológica do Liberalismo*. in: Revista Brasileira de Filosofia. Vol. XLI, Fasc. 172. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia. Out-dez/1993. p. 389.

constitucionais da dignidade humana, da justiça distributiva e da solidariedade social.

O primeiro, vale dizer, relaciona-se com o papel tutelar do instituto, assegurando que a esfera patrimonial¹⁵³ do indivíduo seja recomposta, caso não haja razão para permanecer diminuída pela conduta alheia.

Mas é nos dois últimos, inseparáveis, que focamos atento olhar. Isto porque a responsabilidade civil tem largo potencial para ser um mecanismo de redistribuição social de bens, mediante a indenização, papel este pouco explorado pela doutrina.

3.1 - Justiça Distributiva - de Aristóteles a Rawls

Definir justiça, mormente na sua modalidade distributiva, é uma obra perenemente inacabada. Há até quem a enxergue como uma ilusão cuja busca não faz sentido e cujas melhores propostas têm sido idênticas ao desejado conteúdo de um cofre vazio.¹⁵⁴

¹⁵³ Ao largo das diversas definições econômicas do patrimônio, tomamos emprestadas as palavras sobre o mínimo a que pode se reduzir a esfera de interesses do ser humano: "Demais disso, neste estudo, a definição de patrimônio mínimo compreende uma titularidade geral sobre bens ou coisas, não necessariamente fundada na apropriação formal ou registral como tradicionalmente prevista nas codificações civis, a exemplo do artigo 524 do Código Civil brasileiro. Por isso, propõe-se uma dimensão própria do patrimônio e uma compreensão semântica específica do que pode ser personalíssimo, compreendendo modos de satisfação plena das aspirações elementares do ser humano. Valora-se, pois, a substância desse direito e não apenas a forma de configuração abstrata." [FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-4.]

¹⁵⁴ Assim se expressa o eminente juspositivista: "Se o bem - ou a justiça - é um segredo inexprimível, não pode haver nada mais discutível do que aquilo que Platão busca em seus diálogos mais importantes: uma teoria ético-política. E tal busca, nada mais significando do que a tentativa de exprimir o inexprimível, pode apenas conduzir às definições inteiramente vazias de conteúdo nas quais viceja todo tipo de irracionalismo, e especialmente o político." KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 492.

Entretanto não se pode afastar a inquirição sobre o conteúdo da expressão para a correta compreensão de sua inserção jurídico-normativa. Inolvidável, portanto, o encarar da questão¹⁵⁵.

O enfrentamento do tema esbarra no aparente obstáculo da plurivocidade semântica do termo justiça¹⁵⁶ e seus derivados. Para os limitados fins desta obra, persigamos um sentido limitado porém útil ao deslinde das idéias que doravante dissecamos.

O marco filosófico que freqüentemente se toma como inicial no estudo da justiça descansa sobre o Livro V da *Ética a Nicômaco*, mas a temática paralelamente tangenciada pelo filósofo estagirista em suas obras outras, a saber, a *Política* e a *Retórica*. Para Aristóteles, a justiça está enquadrada na dimensão ética da existência humana, consistente esta nada mais do que o conjunto de questões advindas da "práxis da conduta humana em sociedade, elegendo ações e deliberando sobre o útil e sobre o injusto nos limites das circunstâncias práticas em que se inserem as individualidades."¹⁵⁷

O filósofo grego, com precisão lógica que lhe é peculiar, disseca o conceito partindo de uma visão omniabrangente para caminhar até às aplicações particulares do justo. Desta forma, procura de logo estabelecer um conceito ampliadíssimo de justiça, uma *justiça*

¹⁵⁵ "O interesse de se discutir a questão da justiça filosoficamente toca a sociólogos, filósofos do direito, operadores e aplicadores das normas jurídicas, assim como aos demais interesses nas áreas de estudo de caráter essencialmente humanístico." [BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 55].

¹⁵⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 53.

¹⁵⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 57.

total, como sendo, sinteticamente, a virtude que impregna a dimensão social ou coletiva do viver humano¹⁵⁸. A terminologia de Bittar não deve ofuscar o brilho original das palavras do filósofo: "Então a justiça neste sentido é a excelência moral perfeita."¹⁵⁹

Não obstante, tal acepção do termo justiça não lhe exaure a temática, a ponto de se poder daí destacar outras dimensões do vocábulo, agora na esfera da relação dos homens individualmente: a justiça em particular¹⁶⁰.

Deixando de lado a dimensão do todo social, pode-se vislumbrar em detalhes a atuação do ente ideal. A assim chamada justiça particular compreende a acepção do justo e do injusto tomando-se sujeitos isolados da tessitura da coletividade, dividindo-se esta em justiça distributiva e justiça corretiva¹⁶¹. Aristóteles eficazmente preleciona: "É evidente, então, que existe mais de uma espécie de justiça, e uma delas se distingue da virtude no pleno sentido da palavra."¹⁶²

¹⁵⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 59.

¹⁵⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p. 93.

¹⁶⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 60.

¹⁶¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, pp. 95,97.

¹⁶² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p. 94.

Por justiça distributiva entenda-se uma espécie de justiça particular vinculada à distribuição dos benefícios sociais¹⁶³.

Seu caráter geométrico advém do tratamento tomado como igual aos iguais e desigual aos desiguais, decorrente da eleição de um critério de mérito capaz de medir a proporção entre os indivíduos. Tal critério é arbitrário, podendo-se dizer que cada sistema político implicará, portanto, um critério diferente de se distribuírem os bens e encargos sociais entre os indivíduos.¹⁶⁴

Observe-se aqui a disjunção entre a concepção clássica de justiça distributiva e o igualitarismo¹⁶⁵, uma vez que o mérito ou outro critério avaliador dos indivíduos os desiguala, ainda que eventualmente busque algum critério de igualdade. Formalmente portanto a justiça distributiva não tem identificação essencial com a igualdade, sendo tal alinhamento uma opção a se fazer em determinada sociedade e segundo critérios mais ou menos arbitrários.

Mas esta ordenação imposta pela justiça distributiva pode ser violada, já que as esferas de existência dos indivíduos se transmutam continuamente.

¹⁶³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p.95.

¹⁶⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 61.

¹⁶⁵ "A justiça distributiva, neste sentido, rompe os limites da tradicional falácia da *reciprocidade*, para a qual *igualitarismo* é o cerne do sistema social. Antes de propugnar pelo igualitarismo, a noção de justiça distributiva proporcional ao mérito de cada indivíduo ressalta a relatividade da justiça, que deve obedecer ao princípio do igual aos iguais e do desigual aos desiguais." [BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997, p. 62].

Necessita-se, aqui, de uma justiça posterior, capaz de suprir no *a posteriori* o equilíbrio violado e inicialmente concebido, razão pela qual se lança mão da justiça corretiva,¹⁶⁶ que consiste essencialmente numa espécie de justiça particular daqueles que se desigualaram de modo injusto. Para esta espécie de justiça particular, ao contrário da primeira, fortemente dependente do legislador, o papel do magistrado é central e inolvidável¹⁶⁷.

Esta novel categoria de justiça particular, dependendo da causa da desigualdade entre os particulares, vai fundar a divisão entre a justiça comutativa e a corretiva, consistindo a primeira na justiça demandada na interação voluntária entre os indivíduos, e a segunda, no seu viés involuntário.¹⁶⁸

Outros desdobramentos do justo encontram reflexão pelo estagirista, porém é na justiça distributiva que aplicaremos mais atenção.

Nas preciosas lições de Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, que procura conceituar a justiça distributiva como a "distribuição das honras, riquezas e demais bens susceptíveis de

¹⁶⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p.97.

¹⁶⁷ "Sendo portanto esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade[...] o sofrimento e a ação estão mal distribuídos, e o juiz tenta igualizar as coisas por meio da penalidade, subtraindo do ofensor o excesso de ganho." ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p. 97.

¹⁶⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p. 97.

serem repartidos entre os membros da comunidade política"¹⁶⁹, parte-se de exemplos bem simples para construir-se uma concepção minimamente compreensível do que consistiria a referida justiça.

Assim, partindo dos quatro termos mínimos: duas pessoas e duas coisas, estas últimas a partilhar entre as referidas pessoas, realizar justiça distributiva neste microcosmo seria repartir igualmente (com todas as possibilidades implícitas a este vocábulo) tais bens entre tais pessoas. Dependendo de como se repute tais seres, se iguais ou desiguais e em que medida, tal será a justa repartição dos aludidos bens.¹⁷⁰

A justiça distributiva tem por função repartir os bônus - e os ônus - da vida aos membros da comunidade social. Entretanto o que se entende por igualdade, critério de repartição dos ônus e bônus sociais, não se expressa de forma alguma por um consenso, mas depende da concepção de Estado e sociedade - vale dizer, do projeto de pólis - de quem o procura.

O próprio Aristóteles já vislumbrava a dissidência em torno da questão¹⁷¹, cuja atualização à moderna discussão poder-se-ia

¹⁶⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 25.

¹⁷⁰ cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 26.

¹⁷¹ "põem-se de acordo quanto à igualdade das coisas, mas não mais se entendem quando se trata da igualdade das pessoas." AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 29

sintetizar na divergência entre a igualdade de oportunidade dos liberais versus a igualdade de resultados dos socialistas.

Embora aparentemente não seja parte do cerne do presente trabalho, cumpre-nos mencionar a querela distinguidora do público e do privado na especulação do Estagirista acerca da justiça. Esta dicotomia, em vias de superação, entre domínio público e espaço privado, espelha-se destarte também no *eidos* pelo qual a justiça é abraçada como causa final do viver coletivo. Por esta espécie de justo, a saber, a justiça distributiva, tem-se a distribuição dos bens susceptíveis de serem repartidos entre os membros da comunidade política, ao passo que a justiça dita corretiva traduz o ideal do justo nas relações privadas, distinção esta que remonta a Aristóteles¹⁷².

A justiça distributiva tem por causa final a igualdade¹⁷³, ainda que reste insolúvel o referido embate entre a defesa da igualdade de chances *versus* igualdade de resultados.

John Rawls retoma a discussão aristotélica da justiça no contexto social, a partir da qual desenvolve sua teoria da justiça fundada na retomada do contrato social de Rousseau¹⁷⁴. Não é aqui o espaço adequado para uma larga abordagem da referida teoria, mas

¹⁷² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 25.

¹⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. *Justiça distributiva: social, política e fiscal*. in: Revista de Direito Renovar - v.1 (jan./abr/1995) - Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 101.

¹⁷⁴ "Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant." [Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.]

dele tomamos emprestados algumas noções básicas essenciais à moderna compreensão da problemática.

Tomando-se a justiça social¹⁷⁵ como atributo do justo implícito em uma sociedade que *distribui* bens utilizando-se ao máximo de critérios éticos¹⁷⁶, sob os auspícios de uma *solidariedade* coletivamente aceita¹⁷⁷, temos o ponto de partida para implementar os referidos princípios no mecanismo de reparação de danos.

3.2 - Justiça distributiva e responsabilidade civil

A justiça distributiva traduzida no mandamento constitucional está igualmente apta para efetivar a repartição social tanto dos bônus quanto dos ônus do viver coletivo. "A justiça distributiva tem por objeto, diretamente, a repartição dos bens sociais. E, só indiretamente, a dos encargos. Ela distribui os encargos, enquanto essa repartição é, de certa forma, um bem para os membros da comunidade."¹⁷⁸

Enneccerus pontifica que é necessário distinguir que determinadas categorias de danos, equivalentes aos oriundos de risco

¹⁷⁵ Não nos é isto taxativamente afirmado, embora esteja expresso implicitamente no decorrer da exposição de sua teoria contratualista da justiça: "Nosso tópico, todavia, é o da justiça social. Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. [Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 7-8.] Vale dizer que a justiça social, como topos do pensamento jurídico brasileiro, no papel de princípio pelo qual se busca a diminuição das desigualdades, somente se realiza mediante a justiça distributiva.

¹⁷⁶ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

¹⁷⁷ Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112.

¹⁷⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 188.

da atividade, devem ter uma repartição de prejuízos guiado pela idéia de justiça distributiva, ao contrário dos danos antijurídicos que, segundo ele, devem permanecer sob a égide de um postulado de justiça comutativa.¹⁷⁹

Elencam-se, exemplificadamente, a aplicação da justiça distributiva "na fixação de impostos, na prestação do serviço militar, no chamado *munus* público (serviço de jurado, prestação de assistência judiciária pelo advogado), no dever de socorro e assistência, no pagamento de dívidas e encargos da herança em proporção à parte de cada herdeiro, na participação dos sócios nas perdas e dívidas sociais proporcionalmente à sua entrada para a sociedade etc."¹⁸⁰ Ao que acrescentamos uma proposta de aplicação da responsabilidade civil especialmente projetada para a realização desta singular espécie de justiça.

Admitindo-se, portanto, o princípio constitucional da justiça distributiva como norte orientador do instituto do dever de reparar o dano em matéria civil, se está por consequência a afirmar e firmar em fortes tintas, tanto a caminhada em direção à superação da aludida dicotomia quanto o desenraizar do apego estrito ao pretenso caráter tão-somente comutativo (e, portanto, estritamente privatista) do instituto.

¹⁷⁹ ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. 2. ed. Doctrina Especial, 2ª. Parte. Barcelona: Bosch, 1966, p. 1024.

¹⁸⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 188-9.

Tal reflexão tem eminente importância para o desenvolvimento das idéias a seguir descritas, uma vez que, elidindo-se a clássica dicotomia, se servirão os institutos jurídicos categorizados como privados para a consecução de um projeto de bem comum público e desenraizado da tutela apenas dos indivíduos tomados isoladamente. E a isto pretende alcançar a obra vertente.

Embora não confessado, ineludivelmente não se tem consolidada a nova visão de que a economia da indenização tem hoje papel maior na textura social do que meramente propiciar o acerto de contas entre os interesses dos particulares. Repara-se hoje o dano, como sempre, para realizar a justiça: a indenização há de realizá-la hodiernamente para além dos estritos limites do equilíbrio patrimonial sobejamente (e equivocadamente) propalado como razão final da indenização.

Segundo hodiernamente se pode propor, repara-se o dano porque há uma ordem social a se realizar, uma redistribuição igualitária de ônus que a casualidade ou a mão humana se encarregou de desequilibrar. *Repara-se o dano, portanto, para efetivar a realização do princípio constitucional da justiça distributiva.* A justiça social (também positivada na Carta Magna) conforme modernamente concebida como o justo atribuído ao todo social, torna imprescindível uma redistribuição dos ônus e bônus da vida em sociedade para engrenar o mecanismo de transformação do real em busca do ideal.

Remontando-se a Aristóteles, pode se dizer que a justiça distributiva, entendida como a espécie de justiça particular que visa a distribuir os bens e os ônus da vida entre os indivíduos, lança mão da instância corretiva para alcançar suas finalidades. Sob uma certa perspectiva, é visível o caráter complementar de ambas as concepções.

Tendo a responsabilidade civil caráter eminentemente repartidor dos ônus coletivos, veja-se em que perspectiva o princípio constitucional em tela pode traduzir-se no instituto aludido.

Sobre quem, portanto, distributivamente, deve a responsabilidade civil impor os ônus do viver coletivo? A repartição social dos riscos, através e tão-somente do Estado, já se demonstrou faticamente limitada. O Estado Social que dilui o ônus da vida humana parece não ser mais o paradigma para onde ruma toda a evolução do direito de danos.¹⁸¹

O indivíduo onipotente do vetusto ideal liberal não mais existe. Os sopros existencialistas trataram de redesenhar a imagem que o homem moderno tem de si mesmo, sozinho e sem proteção na floresta petrificada dos novos tempos. O indivíduo onipotente do liberalismo afigurava-se num arquétipo com pouca ou nenhuma

¹⁸¹ O doutrinador não titubeia em afirmar que "la seguridad social ha entrado en una crisis que pareciera haber debilitado las esperanzas que se tenían en ella como herramienta sustitutiva de la responsabilidad por daños. Hay un riesgo cierto de que la responsabilidad se constituya en un escenario declamativo, en el que muchos derechos sean reconocidos y pocos aplicados, siendo finalmente ineficaz. O bien en virtud de un reparto excesivo a través de la seguridad social, que vacíe los contenidos sancionatorios y preventivos. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* in: AJURIS, a. XXII, n. 63, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul: 1995, pp. 166-198.)

ressonância com a realidade dos indivíduos concretos que visa a representar.

Indivíduo liberal é o que tem propriedade, dela goza e dispõe como bem lhe aprouver. Deter patrimônio se configura o fim de sua existência, a razão de sua identidade jurídica e o ápice de sua realização. O indivíduo assim concebido é excludente por definição, já que "aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra e vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do direito civil; para os demais o limbo."¹⁸²

Para o limbo, felizmente, voltam-se as serôdias nuvens da atenção jurídica, senão por outro critério, que seja por conter esta categoria a maioria dos tutelados pela legislação privada. Neste compasso, afigura-se assim o Código Civil como uma legislação por demais voltada para os ricos, enquanto a tutela penal prevalece na atividade jurisdicional que trava contato com a maioria desprivilegiada.

Neste contexto, de inimigo, o Estado tornou-se o seu único aliado. O mercado, outrora concebido como a praça de trocas da vida, afigurou-se feroz como o crocodilo - monstro bíblico da mitologia hebraica expresso no livro de Jó - arquétipo da feroz necessidade e dos instintos que dão forma à batalha darwiniana pela vida que a todos traga nestes fluxos e refluxos das marés do liberalismo.

¹⁸² FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil* in: Jurisprudência brasileira, v. 172, Curitiba: Juruá, 1994, p. 48.

Que fazer este indivíduo que não conta mais com a Providência cristã para protegê-lo? Entrega-se aos braços do Leviatã, análogo personagem da mitologia hebraica, fera traiçoeira que já deu mostras, nos Estados Totalitários experimentados no curto e - de um certo modo de ver - horroroso século XX, de sua capacidade de engolir a todos nós.

No entanto, sem ilusões idealistas sobre a capacidade do Estado de nos impingir o mal, a ele devemos recorrer para evitar que a barbárie social se instale por completo, destruindo a multimilenar construção - ainda mais ideal do que propriamente concreta - lembramos uma república platônica - mediante a qual a comunidade humana viverá a justiça em sua plenitude.

O direito, esta espada modernamente monopolizada pelo aparelho estatal, apresenta-se como hábil instrumento protetor do novo indivíduo humilhado pela arrogância liberalizante. Outrora servindo justamente a esta ordem de coisas que presentemente se tenta expurgar, pode e deve, mediante a aplicação aqui defendida do instituto da responsabilidade civil, desonerar a existência do indivíduo tomado como sujeito mais fraco da competição pela vida social moderna.

Ao lançar o custo dos riscos sobre os seus geradores, a uma oblitera a dignidade humana de ser atingida pelos jogos dos titãs do mercado e retroalimenta um círculo de prevenção e desenvolvimento

técnico que vise à diminuição dos acidentes, à redução dos danos anônimos e lesões difusas e coletivas.

Para alcançar tal magnitude funcional, é mister transcender o caráter meramente retributivo-privatista do instituto. A exemplo do que se tem em matéria de direito ambiental, o papel preventivo¹⁸³ da responsabilidade civil faz-se mais útil à consecução de seus fins mediatos do que à mera determinação do valor do dano e à restituição do *status quo ante* o lesado¹⁸⁴.

Se ao lesante compensa sofrer a pena civil em face do montante de lucros que auferi, evidencia-se que a mera comutatividade imediatista da concepção tradicional de responsabilidade civil presta antes um desserviço à sociedade. O 'princípio'¹⁸⁵ da retribuição deve ser descartado e a casca do instituto novamente revestida com novas pinceladas.

O ônus, por consequência, deve ser tal que, para além de "retribuir" o lesado pelo dano topicamente considerado, inflija um

¹⁸³ "No fim do último século, novos danos surgiram ou ameaçavam, com amplitude e natureza até então desconhecidas. Eles tornam necessária uma evolução do regime de responsabilidade, suscetível de conduzir a uma responsabilidade sem prejuízo, mas preventiva, não mais apenas preocupada em reparar danos ocorridos, mas visando igualmente a evitar outros, graves e irreversíveis, para os quais a reparação perde o seu sentido, como os ecológicos e à saúde. A este propósito, sustenta que a responsabilidade (...) deve, neste século, bifurcar-se na responsabilidade curativa, voltada para o passado, e na responsabilidade preventiva, dirigida a afastar o risco de danos graves e irreversíveis, na perspectiva do futuro." [GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Tendências atuais da responsabilidade civil* in: Revista Brasileira de Direito Comparado. n. 6. 1º. sem/94, pp. 95-101.]

¹⁸⁴ Assim, "um princípio importante em matéria de responsabilidade civil é o princípio da prevenção. A reparação, qualquer que seja, não deve conter, no seu conteúdo, aspectos penais, como sucede, p. ex., com 'exemplary damages' da *common law*. Mas a medida da indenização detém, por igual, a função de elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina de princípio da prevenção." [COUTO E SILVA, Clovis V. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio-1991, pp. 7-17.]

¹⁸⁵ Vocábulo aqui usado sem respeito à precisão técnica que o termo exige.

incentivo ao causador do dano a que mude seus métodos e aperfeiçoe sua atividade no fito de evitar as próximas lesões. *Quando a aplicação da norma não mais atinge os fins sociais a que se propôs, faz-se mister revisá-la*, e é nesta direção que o desfecho a seguir aponta e propõe desdobramentos.

IV - Conclusão: a indenização para além do dano

A vida cotidiana da sociedade brasileira tornou-se majoritariamente urbana e industrializada, há muito afastada do modo de produção agrário de riquezas, tais “fatores econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral vieram precipitar a evolução da responsabilidade civil extracontratual.”¹⁸⁶ Esta padeceu sob os auspícios do *ancient code*, na seara dos danos, de necessidades de tutela estatal semelhantes às de populações de grandes eixos econômicos, sem embargo das dessemelhanças no nível de vida material das populações.

Com propriedade, já se afirmou que “a teoria da responsabilidade delitual talvez seja um dos ramos do direito civil que permite as mais construtivas comparações a serem feitas entre diferentes leis nacionais. Crê-se ser esta menos influenciada que a organização da família ou o direito de propriedade pelas tradições jurídicas locais; os problemas a serem resolvidos são os mesmos em todos os lugares, e com freqüência os resultados práticos são praticamente idênticos em todos os países.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 16.

¹⁸⁷ “the theory of delictual responsibility is perhaps one of the branches of civil law which allows the most constructive comparisons to be made between the different national laws. It is believed to be less influenced than family organization or the law of ownership by local juridical traditions; the problems to be solved are the same everywhere, and frequently the practical results are almost identical in every country.” Outro ponto digno de nota é que a missivista nos traz a interessante experiência de que, com a industrialização da Lousianna, os magistrados passaram a mover suas decisões no sentido de objetivar a responsabilidade civil, deixando-nos ver que as respostas do homem a semelhantes conflitos oriundos da Revolução Industrial são análogas, não importando o sistema jurídico em que estão imersos [V. V. Palmer, *The Fate of the General Clause in a Cross-Cultural Setting: The Tort Experience of Lousiana*, vol. 5.2 ELETRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (May 2001), <<http://law.kub.nl/ejcl/52/art52-1.html>> ISSN 1387-3091.]

Em virtude da onipresença do modo de produção industrializado, os mesmos problemas parecem globalizar-se, demandando as mesmas respostas do Estado para questões como a economia oligopolizada por gigantescas empresas multinacionais, bem como a multiplicação dos danos pela crescente ingerência, regulamentação e intervenção do Estado na convivência dos indivíduos¹⁸⁸.

Esta realidade afigura-se um duelo de titãs (Estado e Mercado), no meio do qual o indivíduo, outrora concebido como ser livre e autônomo, agora se vê como mero brinquedo sacudido pelos ventos da modernidade, oprimido pelo poder econômico e sujeito aos danos causados pelo Estado onipresente, este último criado e financiado justamente para protegê-lo.

Este indivíduo, verdadeiro centro valorativo do direito atual¹⁸⁹, tem necessidades que não são mais atendidas pela constelação valorativa liberal. Não prescinde da liberdade, mas reconhece a efemeridade da que possui na sociedade moderna. Já não vê mais o Estado como um mal necessário, mas como um instrumento imperfeito porém imprescindível para a convivência humana.

¹⁸⁸ Que não pensem alguns estatólatras que o Estado deva esmagar o indivíduo à pólis: "A crise do Estado surge toda vez que há um desequilíbrio entre os seus elementos componentes, ora prevalecendo o indivíduo todo-poderoso, em detrimento dos valores coletivos, ora predominando este, com espezinhamento dos indivíduos." [REALE, Miguel. *Crise do capitalismo e crise do Estado*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000, p. 67]

¹⁸⁹ Que o indivíduo, ou melhor, que a pessoa passa a constituir-se no centro das atenções do direito moderno, a doutrina toma por pressuposto. Lorenzetti é categórico ao afirmar que "nos dias atuais o arquétipo é a pessoa, como o admite a doutrina unanimemente" [LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 146], não sendo este o caso de uma volta ao liberalismo que defendia a liberdade humana como verniz ideológico a defender apenas e tão-somente os valores patrimoniais.

No que concerne especificamente à responsabilidade civil, o Estado¹⁹⁰ não pode mais furtar-se atrás da culpa liberal, pois "a revolução industrial agravou enormemente os riscos a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles."¹⁹¹ E mesmo as mudanças do instituto, na direção da objetivação da responsabilidade, foram insuficientes para cumprir o papel que está reservado para a indenização, papel este paralelamente alargado pelo influxo dos princípios constitucionais sobre o ordenamento jurídico como um todo, e em especial ao longo do Direito Civil.

Por baixo - ou por cima - portanto, do caráter aparentemente técnico da discussão do papel da culpa da responsabilidade civil, ocultava-se um conflito maior, mais largo e mais profundo, consistente no embate ideológico entre o enraizado liberalismo e o inescapável pensamento social, produto histórico de uma civilização em constante evolução, impulsionada pelas experiências sociais que, nos últimos dois séculos, imprimiram mudanças inapagáveis nos espíritos do presente.

¹⁹⁰ Em matéria de responsabilidade civil do Estado, aliás, a resistência à admissão da tese objetiva teve suas próprias resistências. Quando *the King does no wrong*, o súdito fica desprotegido. Felizmente a consciência de que a atividade estatal deve ser encarada como qualquer outra - geradora de riscos para os indivíduos - de longa data mereceu guarida no ordenamento pátrio. cf. SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 2. ed., p. 137-9.

¹⁹¹ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, in: Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 761, março 1999, pp. 31-44. E prossegue: "Foi assim que a revolução industrial operou profunda transformação na sociedade. No âmbito da responsabilidade civil, ela está na origem do crescimento do que designamos de responsabilidade civil em sentido estrito. Este acontece à medida que a economia agrícola é progressivamente substituída pela indústria e no mesmo passo em que a população deixa o campo para criar as grandes concentrações urbanas da atualidade".

Não obstante o progresso do direito em direção aos clamores sociais de indenização, *há mais sobre o que avançar*.

A culpa ainda vicia em muito a mentalidade de aplicadores do direito, a ponto de inquirir de equívocos sentenças e acórdãos amiúde. É ainda incipiente a consciência jurídica em torno do estado da arte da responsabilidade civil. Quiçá se veja no futuro próximo o eclipse do paradigma subjetivista pela consciência de que a vida mesma é uma atividade de risco, e que alguém deve responder pelos danos causados por esta atividade.

Entretanto o avanço não está restrito apenas às consciências do presente sobre o já conquistado. O instituto alcançou potenciais teóricos outrora pouco explorados, mas que bem podem fazer avançar a realização de suas finalidades na prática do presente.

A indenização pelo risco, em que pese sua posição de vantagem em relação ao paradigma subjetivista, da atividade não tem demonstrado senão eficácia parcial como desestimulante¹⁹² da conduta de risco e estimulante da procura de alternativas com menor potencial para o dano por parte dos entes jurídicos no desenvolver de suas atividades no seio social. Isto porque, pela lógica de mercado, se o lucro compensa os prejuízos - mesmo que seja um expressivo e indecoroso passivo indenizatório pelos danos causados num contexto

¹⁹² “Em cambio, el C. c. ha descuidado o poco menos la tercera de las misiones que en este campo debía proponerse, la de evitar en lo posible los daños que amenazan (fin de prevención).” [ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. 2. ed. Doctrina Especial, 2ª. Parte. Barcelona: Bosch, 1966, p. 1021.]

de atividade arriscada -, a conduta não deverá sofrer mudanças. Tal estado de coisas afigura-se indiscutivelmente distante de uma concepção de convivência social justa, pois o lucro de uns implica o dano de outros¹⁹³.

É mister revisitem-se os fundamentos da obrigação de reparar o dano, a efeito do que foi procedido quando da adoção da teoria do risco, no sentido de ajustar o mecanismo indenizatório a uma sintonia fina eficaz, hábil a desestimular a conduta de risco, superando mesmo a lógica de mercado, ou ainda melhor, jogando mesmo com ela. Nunca é demais lembrar que o Direito é constituído de princípios eternos e inatacáveis a descansar no Olimpo do Código Napoleônico, mas numa técnica de solução de conflitos cuja adaptação contínua é imprescindível à sua utilidade.

As soluções possíveis partem do plano ético e da opção por um projeto de coletividade que se desdobrará na superação destes problemas. Certamente refoge do cerne deste trabalho a reflexão sobre que paradigma ético *deve ser* tomado como ponto de partida para a sociedade global do século XXI, já que por ora se toma aqui como dado o referencial antropocêntrico expresso no princípio constitucional da dignidade humana, centro valorativo ao qual devem todas as normas submeter-se. No entanto, e atento ao evoluir do pensamento moderno,

¹⁹³ "As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e, (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis para todos." [RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64 - grifo nosso.]

não se pode olvidar a crítica que os ecologistas dos mais variados matizes fazem deste paradigma, enfatizando a necessidade de se descolar o homem do centro de valores e inspiração das condutas, e centrar-se a natureza¹⁹⁴ - no sentido total do termo - como fonte inspiradora da dignidade e da ética, também humana. Indiscutível reconhecer-se o mover da reflexão jusfilosófica futura nesta direção.

O sistema constitucional exige que seus princípios positivados se desdobrem nas diversas normas que dele retiram validade. Hodiernamente, deve se procurar, nos princípios constitucionais, a justificativa para a permanência ou mudança dos institutos e regras de Direito Civil. A constitucionalização do Direito Civil assim impõe.

O constituinte, atento aos fatos e aos valores do presente, não descuidou de assentar determinados princípios constitucionais aptos a, segundo a melhor doutrina, remodelar o sistema jurídico infraconstitucional para atender às necessidades dos membros da pólis brasileira. Os valores, pela mediação do legislador, como que tendem a conformar¹⁹⁵ a realidade em direção da idealidade do justo. Para redistribuir - justiça distributiva - os bens da vida injustamente repartidos ao sabor das desigualdades do poder social e econômico, o

¹⁹⁴ A natureza como sujeito de direito, que inovação poderia ser mais expressiva dessa guinada jurídico-ecológica? "Retomando a partir da fundamentação do *deep ecology*, apresentaremos a proposta de Michel Serres em sua obra *O contrato natural*. É relevante notar aqui a importância que o autor confere à questão jurídica, sempre a partir de uma definição dos direitos relativos à natureza, de que ela é algo vivo, e um sujeito que interage, sujeito de direito, pleiteia ele." [PELIZZOLI, M. L. *A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 33.]

¹⁹⁵ cf. ADEODATO, João Mauricio. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142.

Direito Constitucional veio gradativamente lançando sua influência sobre o Direito Civil.

No que concerne ao instituto da responsabilidade civil aquiliana, não se concebe mais a solene ignorância do papel da justiça distributiva e da solidariedade social como firmes alicerces de uma hermenêutica sintonizada com o seu contexto. Para os que a isto se opuserem - neo-fundamentalistas jurídicos - , valem as palavras do conhecido rabino que dizia, em provável tom de fina ironia, mas certamente de profunda sabedoria: "o sábado foi estabelecido por causa do homem, e não o homem por causa do sábado."¹⁹⁶

O ser humano que vive a aventura e as desventuras da modernidade, ou melhor, da pós-modernidade, exige mais Estado, mais tutela, mais reparação.

Os princípios - a nosso ver mutuamente complementares - da justiça distributiva e da solidariedade social impõem ao sistema da responsabilidade civil uma nova ótica de fins. Se anteriormente o indivíduo escorado na ausência de culpa enxotava qualquer diluição dos danos no tecido social, agravando as desigualdades fáticas em virtude do infortúnio inerente a determinadas atividades típicas da sociedade industrial e tecnológica, tal ordem das coisas não se compatibiliza com a atual constelação valorativa de fonte constitucional.

¹⁹⁶ Evangelho segundo S. Marcos, II, 27.

É à coletividade que deve mirar a norma de responsabilização em tela, considerando-se o efeito acumulado da multiplicidade de casos reiteradamente resolvidos pela regra estatuída. A lei responsabilizadora deve *concretizar a solidariedade social*, diluindo os custos da existência moderna gerados pelos riscos inerentes às atividades potencial ou efetivamente perigosas, *distribuindo* desta forma a satisfação das necessidades dos indivíduos geradas pelos danos. Deste modo, "pode-se reconhecer que o Direito Privado começa a perceber o efeito distributivo das normas jurídicas e como este efeito gravita na hora das decisões. A resolução de aumentar a pensão da aposentadoria é considerada em função do impacto que produzirá no restante do sistema; a imputação da responsabilidade civil baseia-se em critérios de fracionamento e difusão dos custos, claramente distributivos."¹⁹⁷ A concretização dos princípios constitucionais ligados à idéia de justiça são as portas e as janelas da realização da justiça distributiva.¹⁹⁸

O aplicador do direito tem papel essencial na ligação entre o mundo ideal das normas e princípios e a realidade concreta dos fatos que teimam em qualificar o nosso mundo como profundamente injusto. Assim, "é imperioso que o jurista que quiser ser digno desse nome reflita sobre tais dados, pensando a realidade e o Direito como

¹⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 226.

¹⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Justiça distributiva: social, política e fiscal*. in: Revista de Direito Renovar - v.1 (jan./abr/1995) - Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 105.

sistemas abertos, sem resumir sua atividade à dogmática jurídica, mas reconhecendo-a como instrumento de formalização da vida social."¹⁹⁹

A responsabilidade civil como instituto de direito privado participa, portanto, da realização de uma sociedade moldada pela justiça distributiva, cuja finalidade é a concretização do ideal revolucionário de igualdade, mediante a redistribuição dos ônus sociais sobre os que da própria coletividade auferem seus lucros individualistas.

4.1 - Instrumentos normativos

As repercussões normativas são, segundo a doutrina, das mais diversas, num elenco que, de modo algum, pode ser considerado exaustivo. De pronto, o destaque para o afastamento da culpa numa cláusula geral de responsabilidade, nos precisos moldes do novo Código Civil Brasileiro, pois "a imputação objetiva amplia o campo de reparação, de vez que não só aqueles que demonstrem a culpa podem obtê-la, mas também aqueles que não estejam em condições seja por insuficiência de meios, ou porque tenham sido prejudicados por coisas ou atividades perigosas."²⁰⁰

A técnica de inversão do ônus da prova, largamente utilizada nas demandas em virtude das relações de consumo, também

¹⁹⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 46-7.

²⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 96.

tem o condão de facilitar a implementação do direito de danos e concretizar os seus fundamentos valorativos constitucionais, pois "também a carga probatória e do nexo causal tem efeitos de abertura e fechamento no sentido antes mencionado, e isso ficou evidenciado pela doutrina, ao dar crescente relevância ao enfoque da prova, no âmbito do Direito material. Se presunções de culpa e causalidade são admitidas, não há dúvida de que se permite uma maior facilidade no processo."²⁰¹

A própria teoria do risco, consagrada em vários ditames legais referentes à responsabilidade civil, já exercem um papel distributivo dos ônus e bônus do viver em sociedade.²⁰²

Avançando neste mister, muito tem a contribuir a hermenêutica construtiva, que vai além de deduzir à norma a solução do caso concreto, mas transcender a norma para, paradoxalmente, realizá-la. Não mais se pode tomar o Código Civil como um edifício sólido, mas flexibilizá-lo mediante uma "hermenêutica crítica e construtiva"²⁰³.

Visto, sob este ângulo, a demanda por uma unificação técnica do instituto da responsabilidade civil aquiliana, no atual estado

²⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 97.

²⁰² "a imputação pelo risco transfere o esforço causado por determinados danos para a esfera da pessoa que, independentemente de comportamento ilícito, utilizava, em seu proveito, o elemento causador do dano." [CORDEIRO, António Meneses. *Direito das Obrigações*. v. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, p. 369-370.]

²⁰³ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 141.

da arte, torna-se desnecessária, senão mesmo indesejável. Fruto do fetiche do Código como instrumento normativo capaz de categorizar a realidade das relações privadas em algumas centenas de artigos exaustivamente sistematizados, tal abordagem lógico-dedutivista, já superada, é quem dá causa a esta demanda. Na diversidade dos regramentos sobre a obrigação de reparar o dano, abarcando, como já foi dito, os mais diversos matizes existenciais e relacionais da complexíssima realidade moderna, a unidade valorativa, e não técnico-dogmática, avulta-se como realmente importante.

Não se veja aqui a expectativa escatológica de uma plena realização dos valores constitucionais no âmbito da responsabilidade civil, mas as linhas gerais de um programa a ser perseguido, pois "entre a possibilidade e a concretização do que se proclama há, não raro, uma clivagem. Entre o direito e a sua própria efetividade, em temas como igualdade e liberdade, dúvida não há que condições materiais se apresentam para separar o que unido deveria estar: o discurso formal e a prática real."²⁰⁴

Destarte, não tanto pela sistematização do instituto ou pelo esmero em se trazer à ordem jurídica nacional um novo Código se vai contribuir para o aperfeiçoamento do tema, mas pela via hermenêutico-construtiva do magistrado, integrando a totalidade

²⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 261.

valorativa²⁰⁵ constitucional com a complexa realidade concreta; pela habilidade do legislador em implementar a legislação infraconstitucional com os instrumentos que facilitem a atuação jurisdicional neste sentido; pela pena dos doutrinadores, ao contemplar a luz eterna da justiça a iluminar o devir histórico dos fatos e serem capazes de traduzir seus reflexos.

4.2 - A cláusula de reincidência

Contudo a contribuição central deste trabalho para a concretização do princípio constitucional da justiça distributiva através da aplicação da responsabilidade civil tem a seguir o seu desfecho, consistente em reconhecer a prevalência da justiça distributiva de origem constitucional sobre o princípio civilista da equivalência, corolário da justiça retificativa, para daí desdobrar seus efeitos sobre o *quantum* indenizatório, nos termos em que se seguem.

Inegável, destarte, o caráter comutativo e a finalidade conservativa da responsabilidade civil. O princípio civilista da equivalência, que tem por um de seus corolários normativos a indenização pelo dano²⁰⁶, projeta a concepção de um mundo idealmente justo pela conservação das posições jurídicas de seus entes. É clara

²⁰⁵ Apenas para lembrar que não há alternativa a este caminho: "A sentença do juiz, em qualquer situação, tem conteúdo axiológico, subjetivo, político." [HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82.]

²⁰⁶ "Serviço e remuneração, dano e prestação do equivalente, crime e pena são elementos assaz conhecidos e que, por isso mesmo, nos dispensam de longas considerações sobre o princípio da equivalência." [PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 14.]

aqui a manifestação da *justiça comutativa*²⁰⁷ ou *retificativa*²⁰⁸, característica do magistrado, em contraponto à *justiça distributiva* inerente ao exercício legislativo²⁰⁹.

Tal princípio concretiza-se, na responsabilidade civil aquiliana, pela correlação estrita entre a extensão do dano e da indenização, sob pena de, havendo excedente da segunda em relação à primeira, configurar-se o denominado enriquecimento ilícito²¹⁰.

Falar de concretização do princípio constitucional da justiça distributiva, no âmbito da responsabilidade civil e, paralelamente, apegar-se a este caráter retificativo do instituto, é incorrer em contradição de finalidades.

Claro está que a justiça corretiva nada mais faz do que manter o *status quo* dos entes que habitam o universo jurídico,

²⁰⁷ "La obligación de indemnización de daños tiende a proporcionar una compensación a aquel que en virtud de ciertos hechos ha sufrido un daño o un menoscabo económico en sus bienes. Tal compensación representa en este supuesto una exigencia de la justicia conmutativa (justitia conmutativa, a diferencia de la justicia distributiva, justitia distributiva) cuando una persona distinta al perjudicado puede ser declarada responsable del acontecimiento dañoso." [LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 190-191.]

²⁰⁸ Quando o tema é a justiça e suas nuances - *in casu* retificativa - Aristóteles forçosamente desponta como marco teórico, do que testemunha Plauto Faraco de Azevedo: "(...) toda vez que uma pessoa causar dano a outrem, cabe ao juiz restabelecer a igualdade rompida, retirando o ganho advindo da prática do ato ilícito mediante a determinação do pagamento à vítima da indenização no caso cabível. Assim processando, o juiz reporá as pessoas 'no estado de igualdade em que naturalmente se acham'." [AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1983, p. 56.]

²⁰⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983, p. 57.

²¹⁰ A admissão do caráter preventivo da responsabilidade civil implica rompimento com o paradigma clássico de vedação do enriquecimento ilícito: "Esse ressarcimento é de cariz tão-somente indenizatório e não preventivo ou punitivo, motivo pelo qual jamais deve se tornar um meio de enriquecimento ilícito." [FONTES, André. *Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos* in: Revista Brasileira de Direito Comparado. N. 16. 1 sem/1999, p. 177-189.]

excluindo-se, portanto, totalmente de intervir nesta ordem para modificá-la.

Em contraponto, ao se pensar em justiça distributiva, caminhamos no sentido da mudança na realidade dos entes jurídicos, alteração das posições jurídicas entre pessoas e bens, a qual impõe uma quebra no mundo real e concreto, no concreto como se apresenta, com o fito de se implementar nesta uma ordem ideal. Com este caráter *progressista* não se coaduna o clássico caráter *conservador* do instituto em tela, sendo antes sua própria antítese.

Por conseqüência, se o princípio constitucional da justiça distributiva vai concretizar-se através do instituto da responsabilidade civil, faz-se mister entender que, sob determinadas condições e para específicos fins coadunantes com este mesmo princípio, a indenização não poderá ficar limitada tão-somente à extensão do dano.

Reparar pelo dano e tão-só na sua medida é simplesmente traduzir, no plano concreto, o ideal da justiça retificativa na sua pureza original, recolocando os entes do mundo jurídico no seu primitivo lugar que ocupavam antes da ocorrência do dano.

Mas, como toda sólida tradição, esta também tem seu poder inercial, e sua relativização não se fará sem algum esforço. Violar o princípio da equivalência não se impõe sem claros fundamentos, sob pena de se perder de vista o imperativo de justiça que é inerente mesmo ao instituto.

Estabelecida a realidade da convivência entre a justiça retificativa e a justiça distributiva imposta pela Constituição, repercutindo na extensão da indenização, concretamente que critérios e fundamentos justificariam esta excepcionalidade à multimilenar tradição conservadora da responsabilidade civil?

Uma primeira questão deve ser de pronto respondida: por que da dissociação a extensão da indenização constitui-se numa concretização do princípio constitucional da justiça distributiva no tema em tela?

A tutela judicial indenizatória também pode - e deve - alcançar fins sociais para além dos interesses dos particulares em litígio, conforme a boa exegese do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Para tal, deve servir de desestímulo à atividade geradora de riscos. Na prática, principalmente nos entes jurídicos que lidam na seara do coletivo, empresas e entes governamentais, a vantagem auferida pela conduta de risco mais do que supera os custos do perigo de danos e de um eventual passivo indenizatório.

Se, por exemplo, ao prestador de serviços compensa a defeituosa prestação do referido serviço pela lucratividade majorada em face da conduta imprópria e geradora de risco (v.g., uso de peças usadas quando se deveria usar novas, aumentando o risco de acidentes com o carro consertado), mesmo diante do previsível passivo

indenizatório, a manutenção deste risco que lesa terceiros mais que motiva a manutenção da conduta arriscada do seu agente.

Exemplo disto é que, mesmo sendo freqüentemente condenadas em juízo por cobranças de encargos abusivos, instituições bancárias, de crédito, ou ainda concessionárias de serviços públicos amiúde continuam nesta prática, pois o lucro da abusividade, (v.g., das cobranças indevidas por "erro do sistema") compensa os prejuízos causados pelas eventuais pretensões indenizatórias. Se assim não fosse, a lógica pragmática do mercado já teria imposto a mudança de conduta, porque empresa que dá prejuízo não sobrevive no mundo dos negócios.

Diante de um instituto que, no auge de seu conservadorismo, premia a conservação da atividade danosa, há que se reconhecer sua obsolescência ante o novo quadro social em que risco e lucro têm casamento garantido. Na prática, a justiça *conservadora* refletida no princípio civilista da equivalência só consegue dar a cada um o que lhe é devido num universo limitadíssimo em relação ao conjunto dos lesados, conjunto este que, principalmente em face das relações de consumo, atinge, por vezes, proporções planetárias. Longe daqui qualquer função social em sua aplicação, quando não já se pode enxergar um evidente desserviço à mesma sociedade que deveria proteger.

Para colimar fins sociais, é preciso que o instituto da responsabilidade civil *transcenda* o seu caráter meramente retificativo e atinja um caráter efetivamente didático e preventivo da atividade de risco, desestimulando-o. Do conceito de justiça retributiva tomamos a noção de repartição dos ônus.

Certamente como o desestímulo à atividade geradora de risco e danos implica, por consequência, uma redistribuição dos ônus sociais, minimizando-os dos ombros dos lesados e forçando a busca - geralmente mais onerosa e menos lucrativa para os agentes, num primeiro momento - de alternativas à conduta de risco na atividade empreendida.

Onerar o risco através da responsabilidade civil, num contexto em que sua clássica concepção retificadora faz compensar a atividade arriscada, implica estender a indenização para além dos parcos limites da extensão do dano ao lesado individualizado, em frontal desobediência ao disposto no caput do artigo 944 da Lei 10.406/2002, que determina explicitamente este atrelamento, ao declarar que a indenização se mede pela extensão do dano. Esta explícita violação é a proposta prática deste trabalho.

Todo avanço da teoria para a superação de problemas inexoravelmente implicará a descoberta de novos pontos de estrangulamento, aporias das quais não se pode fugir. Assim, perguntas emergem da afirmação estatuída supra, tais como: Qual o

critério de majoração da indenização para além da extensão do dano ? Em que situações seria esta majoração aplicada ? Tal majoração, a título de indenização, não implicaria um enriquecimento ilícito por parte do lesado ?

Sem embargo da possibilidade do surgimento de outras questões, faz-se mister enfrentar prioritariamente as ventiladas supra, sob pena de deixar incompleta a assertiva nuclear deste trabalho, a qual pretende concretizar o princípio constitucional da justiça distributiva no instituto da responsabilidade civil nos termos já expostos.

A primeira é talvez a de mais difícil determinação. Há que se atribuir elevado grau de discricionariedade ao magistrado para saber qual a boa medida de indenização apta a onerar a atividade danosa de risco. Ainda assim, alguns critérios, noções abertas ao preenchimento pela análise do caso concreto podem ser sugeridos.

Sugerimos que a reincidência do agente como figurante do pólo passivo de pleito indenizatório relacionado à sua atividade perigosa é indício, *senão evidência*, de que o risco da atividade, não obstante o passivo indenizatório existente, compensa os prejuízos causados, em conformidade com a mais comezinha lógica do mercado. A contumaz reincidência, configurada pela pluralidade de casos, queixas e processos contra o mesmo agente sob a mesma alegação, reforça a verossimilhança do pressuposto.

Bastaria, por exemplo, a demonstração, por parte do patrocinador do autor da causa, da inércia do agente causador do dano em limitar os riscos de sua atividade comprovada pelas múltiplas demandas em outros juízos e tribunais, e estaria aclarada a evidência da lucratividade do risco e da inocuidade da indenização meramente atrelada à extensão do dano.

Diante de tal constatação, outra alternativa não poderia ter o magistrado do que concretizar o princípio constitucional do justo distributivo por sobre o justo conservador do princípio privatista da equivalência, estendendo, com certo grau de razoabilidade, o *quantum* indenizatório para além da extensão do dano.

Diante da dificuldade de se determinar o real acréscimo lucrativo de cujo binômio risco-dano é subproduto, tem-se que depender menos das determinações apriorísticas e mais da experiência jurisprudencial.

A segunda pergunta já foi parcialmente respondida. O indício da reincidência na geração de passivos indenizatórios mais do que sobejamente apontará para a inocuidade da aplicação da condenação retificativa do lesante e abrirá as portas para a aplicação do princípio constitucional da justiça distributiva no caso em tela.

Trata-se evidentemente de aplicação destinada à atividade geradora de risco e não ao ato ilícito, uma vez que a lógica de risco-lucro não se aplica diretamente à conduta de indivíduos

isolada de uma certa habitualidade. Aqui um ponto digno de ulteriores desenvolvimentos, mas que para o fundamento apresentado no presente trabalho transcende o eixo central da linha argumentativa apresentada.

A terceira pergunta tem uma resposta simples, porque tornou-se uma questão sem sentido. Ao admitir-se a justiça distributiva em *locus* da justiça retificativa, solapou-se na origem o fundamento mesmo da noção de enriquecimento ilícito, consistente no acréscimo patrimonial do indivíduo sem causa que lhe valesse a comutatividade.

Se a evidência parece curta demais para justificar o argumento, tem-se ainda uma outra razão: ao devolver à sociedade parte dos lucros retirados pela atividade qualificada pelo risco-dano, estão se redistribuindo, de alguma forma, os bônus sociais, seja de uns poucos que lucraram para alguns dos muitos que perderam.

Se esta divisão não tem uma formulação elegante, ao menos está um nível acima da flagrante iniquidade propiciada pela exploração da atividade que gera danos à coletividade. O direito, dir-se-ia, precisa contentar-se com soluções práticas, provisórias e imperfeitas para ser um direito minimamente aplicável.

Alternativamente, a exemplo do que faz o Código de Proteção e Defesa do Consumidor no seu artigo 57 (Lei 8.078/1990), ao reverter para um fundo de proteção do consumidor as multas aplicadas em decorrência da lesão aos direitos dos consumidores, o excedente

de indenização poderia ser analogamente destinado ao Fundo de Combate à Pobreza do Governo Federal ou assemelhado, de modo a contribuir para a diminuição das desigualdades, dando desdobramento à finalidade distributiva da proposta.

Desta forma, delimitado o *locus* normativo objeto de sua aplicação, pode-se incluir todas os pleitos indenizatórios oriundos das relações de consumo e os largos hectares do suporte fático previsto pelo parágrafo único do artigo 927 do novo Código, sem embargo da legislação extravagante que trata de atividades específicas, tais como os danos ambientais e nucleares.

Cumulando todo o exposto no presente trabalho, não se poderia deixar de traduzir a proposta deste trabalho em termos normativos. Teoria sem prática são meras palavras ao vento, e seus praticantes são fulminados pelo dizer irônico de Aristóteles, quando "refugiam-se em teorias e pensam que estão sendo filósofos e assim se tornarão bons, de certo modo como enfermos que ouvem atentamente os seus médicos, mas nada fazem do que lhes é prescrito."²¹¹

A tradução normativa da contribuição distributivista proposta ao instituto da responsabilidade civil bem poderia ser expressa numa alteração feita ao texto da Lei 10.406/2002 (novo Código Civil Brasileiro), com a finalidade de propiciar fundamento

²¹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001, p. 40.

normativo ao que implicitamente, como demonstrado, já encontra permissivo no contexto dos princípios constitucionais. Ao se numerar o parágrafo único do artigo 944 da lei em tela, ter-se-ia o acréscimo como se segue:

"Art. 944 § 2º :Em caso de dano relacionado a risco da atividade normalmente desenvolvida (art. 927 § único), *constatando-se a reincidência do seu causador*, poderá o juiz estabelecer indenização superior ao limite estatuído no caput, cujo excedente será destinado a fundo de combate às desigualdades sociais designado pelo Governo Federal." [sem destaques]

Por fecho, verifica-se que a responsabilidade civil hodiernamente possui potencial para exercer, ao lado do contrato e da propriedade, uma verdadeira função social. Esta expressão, a *função social da responsabilidade civil*, bem que poderia passar a habitar nas sentenças e acórdãos que muito se ufanam e pouco praticam a justiça dos desprotegidos²¹².

De antiquado instrumento de justiça conservadora, o instituto reparador dos danos tem diante de si, no jovem milênio, a possibilidade de alcançar novamente a límpida tradução de justiça que

²¹² Há algo de mais sofisticado aqui do que a proposta retórica de uso alternativo do direito. Por que apressadamente romper com o sistema se, na maioria dos casos, e de modo menos traumático, se pode lançar mão de portas e janelas pelas quais se pode arejar o ambiente do bolor liberal com influxos de um pensamento voltado para a coletividade?

Ihe tem guiado ao longo das eras, e que ora expressa com maior vigor seu aspecto social.

Bibliografia

Livros

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: por uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica a verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. 8. ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1975.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1944.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 4. ed., 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça Distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1983.

- BARCELLOS**, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASTOS**, Celso Ribeiro; **BRITTO**, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BEVILAQUA**, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- CAMMAROTA**, Antonio. *Responsabilidad Extracontratual. Hechos y actos ilícitos*. t. 1. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947.
- CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPRA**, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.
- CARNELUTTI**, Francesco. *Como nasce o Direito*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- CORDEIRO**, António Meneses. *Direito das Obrigações*. v. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

DE CUPIS, Adriano. *Il Dano. Teoria Generale della Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1954.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. 3. ed. Vol. 2. Doctrina Especial. 2ª parte. Barcelona: Bosch, 1966.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HEDEMANN, J. W. *Derecho de Obligaciones*. Vol. III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. t. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das Obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARMOR, Andrei (org.). *Direito e Interpretação - ensaios de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- MÁYNEZ**, Eduardo García. *Filosofía Del Derecho*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa, 1974.
- MAZEAUD**, Henri y Lèon; **MAZEAUD**, M. Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda*. V. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.
- MONTEIRO**, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 1ª parte*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MONTORO**, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAIS**, José Luis Bolzan de. [et. al.] *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- NADER**, Paulo. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PASCUAL ESTEVILL**, Luis. *Hacia un concepto actual de responsabilidad civil*, T. I, Barcelona: Bosch, 1989.
- PELIZZOLI**, M. L. *A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXI*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- PERLINGIERI**, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira da (org.) et al. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Giovanni; **ANTISERI**, Dario. *Historia da Filosofia*. v. III. São Paulo: Paulus, 1991. *tiga*. v. II. São Paulo: Loyola, 1994.

REALE, Giovanni. *História da Filosofia Antiga*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

REALE, Giovanni. *O saber dos antigos: terapia para os dias atuais*. São Paulo: Loyola, 1999.

REALE, Miguel. *Crise do capitalismo e crise do Estado*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. IV. *Responsabilidade Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SAGAN, Carl. *Bilhões e bilhões: reflexões sobre a vida e a morte na virada do milênio*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. 3. Parte Geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 2. ed.

STUART MILL, John. *On liberty*.
<http://www.utilitarianism.com/ol/one.htm>. 20/11/2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOFLER, Alvin. *A terceira onda*. 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 1992.

TORRENTE, Andréa. *Manuale di Diritto Privato*. 7. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1968.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed.
São Paulo: Atlas, 2003.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa:
Calouste Gulbenkian, 1967.

Artigos

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A teoria aristotélica da justiça* in: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v 92, 1997.

BRAGA, Fernando. *Da codificação à lei civil brasileira*, in: Revista de Informação Legislativa, a. 32. n. 126, Brasília: abr/jun., 1995, pp. 181-188.

CARNEIRO, Maria Francisca; **PEREIRA**, Potiguara Acácio. *Considerações sobre o sujeito de direito: problema de conhecimento, objeto e predicados* in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. a. 30. n. 30. Curitiba: UFPR, 1998, pp. 235-256.

CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas* in: Revista dos Tribunais, a. 85, v. 726, São Paulo: abril/1996, pp.11-23.

COUTO E SILVA, Clóvis V. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio-1991, pp. 7-17.

CROSS, Frank. *Lawyers, the economy, and society* in: American Business Law Journal, v. 35/4, summer 1998, pp. 477-514.

- DESSAREGO**, Carlos Fernández. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona* in: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: RT, a. 20, n. 75, jan-mar/1996, pp. 5-16.
- DIAS**, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil nas atividades perigosas* in: Revista do Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. a. 18. v. 67. São Paulo: RT, jan/mar, 1994, pp. 28-50.
- FACHIN**, Luiz Edson. *Dos atos não negociais à superação do trânsito jurídico clássico em Pontes de Miranda* in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. v.33. Porto Alegre: Síntese: 2000, pp. 91-7.
- FACHIN**, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil* in: Jurisprudência brasileira, v. 172, Curitiba: Juruá, 1994, p. 48.
- FONTES**, André. *Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos* in: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 16. 1 sem/1999, p. 177-189.
- FRADERA**, Vera Maria Jacob de. *Conceito de culpa* in: Revista dos Tribunais. a. 88. n. 770. São Paulo: RT, dez/1999, p. 117-22.
- GARCÍA**, Luciano Barrientos. *Esquema del sistema general de riesgos profesionales* in: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, n. 97, Medellín: 1996, pp. 135-155.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Tendências atuais da responsabilidade civil* in: Revista Brasileira de Direito Comparado. n.4, 1º.sem/1994, pp. 95-101.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil* in: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 33, n. 141., jan/mar. 1999. pp. 99-109.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O princípio do auto-regramento da vontade em Pontes de Miranda* in: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXV, n. 60, janeiro/junho de 1995, pp. 55-62.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?* in: AJURIS, a. XXII, n. 63, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul: 1995, pp. 166-198.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro* in: Revista de Informação Legislativa, v. 139, Brasília, 1998, pp. 5-22.

MINOGUE, kenneth. *The Christian Roots of a Free Society* in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, IV Serie - LXXIII - 1996, pp. 639-650.

MOOR, Fernanda Stracke. *Liberdade Contratual como direito fundamental e seus limites*. In: Revista de Informação Legislativa. a. 38. n. 152. Brasília: out/dez. 2001, pp. 275-299.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, in: Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 761, março 1999, pp. 31-44.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *Evolução da responsabilidade civil e problemas modernos* in: Revista da Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 36, n. 144, out/dez 1999, p. 177-180.

PALMER, V. V. *The Fate of the General Clause in a Cross-Cultural Setting: The Tort Experience of Louisiana*, vol. 5.2 ELETTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (May 2001), <<http://law.kub.nl/ejcl/52/art52-1.html>> ISSN 1387-3091. 20/02/2002.

PEREZ, Guillermo Montoya. *De la culpa en el campo del acto jurídico* in: Revista de la Faculdade de Derecho y Ciencias Políticas. Mendellin: n. 94, 1994, pp.57-71.

TELES, Antônio Xavier. *Uma fundamentação axiológica do liberalismo* in: Revista Brasileira de Filosofia - v. XLI. fasc. 172, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, Out/dez-1993, pp. 379-395.

TORRES, Ricardo Lobo. *Justiça distributiva: social, política e fiscal*. in:
Revista de Direito Renovar - v.1 (jan./abr/1995) - Rio de Janeiro:
Renovar, 1995, p. 105.