

Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação.

Por Luiz Edson Fachin, Professor Titular de Direito Civil da UFPR.

A responsabilidade civil, como se sabe, não é apenas uma expressão vernacular ou um nome que designa figura de direito ou instituto jurídico; trata-se de uma qualificação que indica e traduz a natureza do que nela se contém, projetando-se, ora como luz, ora como sombra, de um conjunto de valores dominantes e normas vigentes que numa dada sociedade compõem a escultura sistemática do Direito. É um fenômeno jurídico que perfaz uma relevante mediação entre certas práticas sociais e a sua respectiva proteção ou reprovação jurídica, e que, por isso mesmo, invariavelmente se localiza no centro de intempestivas discussões.

Para contribuir com o debate de tal elemento jurídico, trata o presente texto de um discurso que intenta uma aproximação atual sobre o tema da responsabilidade civil no âmbito das relações interprivadas à luz do Direito brasileiro contemporâneo.

E o faz com dois objetivos: de uma parte, busca apanhar, no presente, a outra ponta do arco histórico que principiou no tempo moderno da responsabilidade civil tradicionalmente assentada na proteção do direito de propriedade e outros direitos subjetivos patrimoniais, e de outra, perquire aquilo que se projeta, nos dias atuais, para a tutela da dignidade da pessoa humana e para o sistema jurídico formado em torno do dever de ressarcir centrado na vítima¹.

Numa oração, o presente estudo tem como marco exploratório o que, já em 1980, o professor Orlando Gomes, ao estudar as tendências do direito de danos, cunhou de *giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto*². Assim, uma vez delimitado, por razões didáticas conjunturais, o singelo tempo inicial desta reflexão a partir de uma época recente, aquela dos ícones oitocentistas das codificações civis, somente alguns dos aspectos sobre o *modo* e o *porquê* tal circuito se disseminou na racionalidade do discurso jurídico de Direito Privado brasileiro serão os motores dessa inquietação a ser exposta.

¹ A propósito, v. Tepedino, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 194.

² Gomes, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 293. Sobre o tema, amplamente, v.: Bodin de Moraes, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana; estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2010, p.317 e seguintes.

Nada obstante tal preocupação, uma precisão contextual cabe desde logo proceder e que é a seguinte: soa correto dizer que, de um lado, o presente, também nesse assunto, não elide o transcurso pretérito nem os modelos que, em abstrato, poderiam ser considerados ultrapassados, e de outro, que inexistente, no Brasil, uma “escola”, no estilo dos filósofos gregos, que tenha encontrado a *verdade última* de tal fenômeno. Tampouco, aliás, tanto o pensamento crítico do Direito Civil brasileiro quanto a vertente consolidada do Direito Civil Constitucional a isso se propuseram. O intento foi (e continua sendo) problematizar os limites e as possibilidades da responsabilidade civil, asseverando, de início, sem medo de equivocidade, que se mostra ainda acanhada a propalada “grande revolução silenciosa” que o tema teria operado no Brasil.

Para que seja possível fazer, com tais preocupações em mente, esse itinerário crítico e construtivo, impende principiar pelo percurso que a responsabilidade civil, em termos gerais, sulcou nos palcos da literatura jurídica em nosso País.

1. Percurso

Para que se aporte naquilo que, atualmente, se designa como certa “reprogramação da obrigação de indenizar”³, cumpre reconhecer que o Brasil do pretérito, do tempo da codificação liberal de 1916, extraída dos modelos oitocentistas, tomou como cerne do trânsito jurídico a plena autonomia da vontade, sob a luz das formulações contratualistas, e dele projetou-se o dever de indenizar. Liberdade formal⁴ e responsabilidade comungaram dessa base liberal.

Os pressupostos eram claros e seguros: a responsabilidade, naquele estatuto, indicava precipuamente a punição do ofensor. Como expressão da propriedade, o prejuízo se ressarcia ao repor-se o patrimônio lesado. Ainda mais: em tal contexto de então, responder pressupunha fundamentalmente ser culpado.

³ Mullholland, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro : GZ Ed., 2009. O estudo aqui mencionado aporta para a literatura jurídica brasileira uma das mais expressivas contribuições recentes sobre o tema, explorando, com ímpar zelo e acutíssimo senso de problematização, obras e autores, especialmente Rodotà.

⁴ V. a propósito, por todos, a tese de doutoramento recentemente publicada de Pianovski Ruzyk, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais de direito civil; repensando a dimensão funcional da família, da propriedade e do contrato*. Rio de Janeiro : GZ, 2011. O texto, fruto de ampla e acutíssima pesquisa realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e também, em parte, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob o acolhimento dos professores doutores António José Avelãs Nunes e Joaquim de Sousa Ribeiro, traduz uma importante problematização sobre a *funcionalização* dos institutos de base do Direito Civil contemporâneo e aponta para um passo adiante, necessário e imprescindível para o discurso e a práxis jurídica, ao indicar os diversos sentidos da expressão concreta da *liberdade*.

Tais circunstâncias se alteram.

Décadas de debates na jurisprudência e na literatura jurídica brasileiras, fizeram emergir um viés progressivo de solidarismo social e a socialização dos riscos veio cancelar a responsabilidade sem culpa já no começo do século XX.

Indo para mais além disso, constroem-se as bases da lesão existencial que demanda reparação de bens imateriais: para o dano patrimonial o regime da reparação e para o dano à pessoa o regime da compensação. Simultaneamente, as mudanças no modo de ser e de estar, especialmente com a massificação de bens e serviços, torna presente o regulamento jurídico securitário como forma de arrostar os crescentes desafios da responsabilidade civil.

Demais disso, os meandros que a conformam se transpersonalização, alcançando outros sujeitos que se situam fora do quadro tradicional da relação clássica de causa e efeito. Ainda mais: no terreno da responsabilidade civil, se firmam os fundamentos teóricos da responsabilidade pré-contratual, descortinando novos elementos para a estrutura e a função da indenização e do dano.

Os desafios mais recentes se socorrem, inclusive, dos discutíveis postulados da análise econômica do direito, tornando, nesse campo, a eficiência o mote prioritário das atuações jurídicas⁵.

A análise econômica do direito voltada para o tema da culpa traduz por indiferente os pressupostos da culpa e do risco, eis que o cálculo toma o risco como produto da probabilidade do dano, remetendo-se ao rigor matemático da magnitude respectiva, tempo e lugar.

Há, por conseguinte, como brevemente sugerido nesse sucinto percurso, uma transformação da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, apontando para direções várias e díspares.

Os pressupostos não são mais claros nem seguros. O tempo presente, saído de uma formação antropocêntrica exacerbada faz do sujeito um ser multifacetado pelo consumo que almeja, também, atender desejos paradoxais, como incolumidade a qualquer preço e

⁵ Como escreveu Paulo da Mota Pinto: “Um contrato pelo qual uma pessoa se coloque numa situação de escravidão para sustentar a si e à sua família não é certamente justificável juridicamente por uma hipotética racionalidade econômica, mesmo a longo prazo, de uma tal escolha”, à p. 172 do estudo “Sobre a alegação *superação* do direito pela análise econômica”; separata da obra “O direito e o futuro; o futuro do direito”. Coimbra : Almedina, 2008.

plenitude de responsabilidade, especialmente aquela que se projeta para fora de sua própria esfera, recaindo sobre o Outro e mesmo sobre o Estado, em sentido amplo.

Mais liberdade e menos responsabilidade para si, mais responsabilidade e menos liberdade para o Outro: eis o desenho contemporâneo de um sujeito atomizado que quer, “tout court”, o sonho impossível: todo dano merece integral responsabilização, até mesmo a perda ou o abandono, inclusive os sonhos não realizados, eis que podem configurar responsabilidade pela perda de uma chance.

Como chegamos a esse ponto? Essa pergunta remete ao segundo passo da presente reflexão, qual seja, os ganhos que a responsabilidade civil, já tendo migrado para os pressupostos do direito de danos, trouxe com outros dados de certa ética cultural da pessoa humana que se direcionou para o direito.

Tratemos, agora, dessas conquistas.

2. A pessoa como o epicentro dos epicentros

A pessoa humana foi, com justa causa, elevada ao patamar de *epicentros dos epicentros*. Como conseqüência, na responsabilidade civil, o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo o direito de danos como governo jurídico de proteção à vítima. Consolida-se a idéia de compensação pelo sofrimento. O direito civil, por isso, passa a “inquietar-se com a vítima”⁶.

Mais que isso: abre-se aí espaço para os princípios da precaução e da prevenção.

Despatrimonializa-se progressivamente a responsabilidade civil⁷ bem como se destaca da base de seu conceito a exigência da ilicitude. Solidariedade social e análise causal presumida são exemplos de novos paradigmas desse avanço no giro conceitual antes referido por Orlando Gomes e que, superando o limite do ilícito, se assenta no dano injusto. Acima e para além da tipicidade dos atos ilícitos, a responsabilidade, por meio de cláusulas gerais e da incidência normativa vinculante de uma principiologia axiológica de índole constitucional, apreende um manto elástico de proteção, como o dano pela perda de uma chance, o dano moral puro, e o debate em aberto sobre o dano decorrente da vida em relação.

⁶ Facchini Neto, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003, p. 155.

⁷ Schreiber, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 22, jul./set. 2005, p. 65.

O novo desenho da culpa a eleva ao patamar de culpa normativa, “associadas à objetiva desconformidade com o padrão de conduta esperado para a hipótese concreta”⁸. Isso se dá de tal como que o juízo de responsabilidade mira uma “objetivação do fato”⁹.

Beneplacita-se, com inteireza, a responsabilidade assentada no risco, de natureza objetiva; o art. 927 do Código Civil brasileiro acolhe essa distância entre responsabilidade e culpa, nomeadamente ao se referir à atividade perigosa.

Sem afastar-se de certos elementos da concepção subjetiva da culpa, o *estado da arte* no direito civil brasileiro apreende, no plano legislativo, transição entre a culpa e o risco. Há uma *objetivação da culpa* como também, em numerosas hipóteses, há responsabilidade sem culpa.

Tais caminhos são relevantes e atraentes, porém, alguns deles podem se revelar falsos ao se afastarem de uma necessária e imprescindível metodologia de investigação.

Ocorre que como fim da *imobilidade dos modernos*, tudo é móvel, incerto, e raso de verdade; a explosão tecnológica, inclusive com intervenção na gênese da própria vida, traduz contrastes sociais gritantes, ausência de referências políticas e mesmo ideológicas sólidas; o presente gelatinoso introduz novos cultos a velhos individualismos.

A responsabilidade civil, mesmo com todos esses e tantos outros avanços, revela-se testemunha da plasticidade das formas jurídicas, e se reedificada plasmada por uma sede voraz de justiça, a qualquer custo ou preço. No dano moral, por exemplo, passa a ser um instrumento da razão jurídica para o fim de racionalizar, quantificando, até mesmo aquilo que não seria, a rigor, suscetível de ser submetido ao campo do objeto da própria razão. Viver torna-se mesmo uma questão de valor.

Eis que, assim, chegamos ao terceiro passo de nossa reflexão, qual seja, a fundamento daquilo que oferece hoje o estatuto da responsabilidade civil tomado pela sua nervura e não apenas para fachada do verniz que expõe a vitrine da literatura jurídica de consumo imediato. Tratemos, então, dos desafios do direito de danos para a vida mundana.

⁸ Tepedino, Gustavo. Prefácio da obra: Calixto, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. A obra prefaciada constitui uma das importantes contribuições recentes das pesquisas levadas a efeito em exemplares programas de Pós-Graduação em Direito (a exemplo da UERJ).

⁹ Rodotà, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milão : Giuffrè, 1967, p. 108. A obra do Rodotà, quer a citada aqui, quer outras correlatas à temática da pessoa, seus direitos e respectivas problematizações, tem sido marco teórico de relevantes investigações científicas no Brasil.

3. A responsabilidade civil do tempo em que tudo é móvel.

O dano expõe *uma falta* e o estatuto da responsabilidade intenta colmatá-la. Tal objetivo legítimo tem como desafio discutir os limites e as possibilidades do suprimento dessa lacuna derivada da tragédia humana. A responsabilidade civil sem tais baldrames se põe como fator de sublimação do inatingível, tal como Dante, na Divina Comédia, à procura de Beatriz inclusive no Paraíso.

A *divina comédia*, tomada no sentido aristotélico, parte dessa busca do ente querido que morreu, e Dante Alighieri, o florentino genial, valeu-se de uma racionalidade geométrica-matemática para expor o binômio punição – expiação, projetando a correspondência entre a pena e o pecado mediada pela proporção do bem.

Ocorre que para ele, e todos aqueles que, invariavelmente, se encontram “nel mezzo Del camin di nostra vita”, a passagem pelo Inferno e pelo Purgatório não traduz, necessariamente, aquele binômio (punição-expiação) para o binômio dano – reparação.

É que as vítimas, a rigor, numa sociedade excludente e desigual, são todos os asselvajados por acidentes, pelos riscos, e pelas carências expostas, aqueles mesmos desumanizados como sobrantes, os assim denominados “expendables”, muito vistos na Europa que deporta e na América que não abriga.

Esse leiaute pode demandar outro olhar sobre a responsabilidade civil.

4. Por outro repertório da responsabilidade civil no âmbito do Direito Civil brasileiro contemporâneo

É, então, hora de concluir, esperando que, em breve, outro seja o repertório da responsabilidade civil.

Pelo exposto, resulta mesmo dessas idéias uma singela aproximação, traços de uma investigação atual para propor e contribuir com o debate sobre os limites e as possibilidades da responsabilidade. E o fazemos sem o dogmatismo que pode ser, realmente, o *suicídio do pensamento*.

Há, em suma, preocupações e enaltecimentos.

Dentre os aspectos a enaltecer, o porvir vem batendo às portas com a reparação que relativiza o nexo de causalidade na perspectiva de proteção da vítima ou do ofendido; por igual, quiçá deixar-se-á de excluir a responsabilidade do agente por risco do desenvolvimento do bem ou serviço.

Impende, ainda, altear a passagem da responsabilidade civil ao direito de danos, mais focado na vítima e menos no causador ou na reprovação de sua conduta. O dano ao projeto de vida é outro exemplo de compensação relevante que a racionalidade jurídica vai abrigando. A própria idéia decorrente do princípio da precaução que pode conduzir à indenizabilidade da ameaça de dano, representa um interesse, ainda que paradoxal, passo à frente ao expor a responsabilidade sem dano.

Contudo, há desassossegos para nos fazerem pensar.

Dentre eles, a lógica que está imantada no desenvolvimento da responsabilidade civil no predomínio dos valores decorrentes das relações de mercado sobre os valores decorrentes das relações pessoais que estejam informadas por direitos constitucionalmente assegurados. Isto porque a literatura jurídica ainda se mantém fiel à idéia segundo a qual, dentre duas, apenas uma das seguintes hipóteses se firma: ou o dano deve ser suscetível de apreciação pecuniária, ou surge, pelo ataque (direto ou reflexo) a bens imateriais, um crédito indenizatório. De um patrimônio real migrou para um patrimônio moral, e isso não se mostra suficiente.

Ademais, ainda perduram os dilemas desse redutor pecuniário ou patrimonial, especialmente na seara da quantificação de certos danos, como o dano estético ou à imagem, bem como o dano pela perda dos prazeres de viver, decorrente da impossibilidade ou dificuldade em praticar certas ações da vida quotidiana.

Em verdade, parece que o campo atual da responsabilidade civil é plural e heterogêneo, aberto a desenvolvimentos e interrogações.

Vimos do modelo tradicional, segundo o qual não havia responsabilidade sem culpa, passamos por um padrão intermediário de acordo com o qual a responsabilidade civil gira em favor da vítima (é a plenitude do direito de danos), alargando os interesses tutelados, incluindo o dano da vida em relação, o dano biológico, entre outros, e chegamos ao tempo

atual, para indicarmos, nos dias presentes, as possibilidades inquietantes de um modelo que tem, em seu perfil, o controle, quer das atividades, quer das limitações de reparação ou compensação. A responsabilidade civil, em síntese, ambiciona a autoridade de emitir a última palavra sobre os danos reparáveis ou compensáveis. Parece-nos demais para o discurso jurídico.

Ainda mais: se no modelo oitocentista se tomou como cerne do trânsito jurídico a plena autonomia da vontade, sob a luz das formulações contratualistas, e dele projetou-se o dever de indenizar como corolário da liberdade formal, a responsabilidade, que comungava daquela base liberal, deve repercutir a funcionalização que hoje, no Brasil, chega a ser *preceito de ordem pública e condição de validade dos negócios jurídicos*. Parece-nos insuficiente uma projeção de tal mudança apenas para a consagração de uma abstrata pessoa; cumpre revelar, no plano da responsabilidade, como se espelha o *sujeito concreto*, aquele que se identifica com suas respectivas necessidades substanciais.

Mesmo assim, sob a utopia da *certeza do direito*, a responsabilidade civil, tal como Dante, continua à procura de preencher a falta insuprível, e o faz sempre com boas intenções, ainda que superlativando, no direito, o valor jurídico do espanto, da emoção, da aflição. Paradoxalmente, a base da dignidade da pessoa humana, conquista civilizatória fundamental, poderá ser mitigada para operar por meio de uma racionalidade economicista do direito ou mesmo banalizando-se por ausência de uma adequada metodologia de investigação jurídica que seja feita, isso sim, na medida do sujeito concreto, pessoa que é portadora de necessidades reais e efetivas, e não apenas como conjunto de conceitos seqüestrados por uma racionalidade formal e abstrata, descompromissada com o seu espaço e com o seu tempo.

É preciso ter *olhos de ver* além da vitrine. Afinal, como escreveu poeticamente Helena Kolody:

“Quem bebe da fonte que jorra da encosta, não sabe do rio que a montanha guarda.”