

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

CELKEN VITOR LOYOLA DA SILVA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

VITÓRIA
2017

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO

CELKEN VITOR LOYOLA DA SILVA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil e Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Paulo Cesar de Carvalho.

VITÓRIA
2017

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Celken Vitor Loyola da Silva¹

Prof. Orientador de Conteúdo: Paulo Cesar de Carvalho²

Profª. Orientadora de Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins³

RESUMO

Este artigo apresenta um estudo sobre quais são os efeitos constitucionalização da responsabilidade civil, através de uma observação da atividade jurisprudencial e dos estudos doutrinários mais recentes. O artigo examina os fenômenos da constitucionalização do direito, a aproximação dos códigos Civil e Constitucional, a valorização da Constituição posta no centro do ordenamento jurídico, os marcos teóricos do Direito Civil, o sistema da responsabilidade civil e os seus elementos. O artigo também apresenta os efeitos da constitucionalização civil, abordando a erosão dos pilares que foram consagrados com a responsabilidade civil, o aumento das hipóteses do dano e qual a função que a responsabilidade civil exerce atualmente.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito; Direito civil constitucional; Responsabilidade civil; erosão dos pilares da responsabilidade civil; função da responsabilidade civil.

ABSTRACT

This article presents a study on the constitutional effects of civil liability, through an observation of the jurisprudential activity and the most recent doctrinal studies. The article examines the phenomena of the constitutionalisation of law, the approximation of the Civil and Constitutional codes, the valorization of the Constitution placed at the center of the legal order, the theoretical frameworks of Civil Law, the civil liability system and its elements. The article also presents the effects of the civil constitutionalisation, addressing the erosion of the pillars that have been consecrated with the civil responsibility, the increase of the hypotheses of the damage and what the function that the civil responsibility exerts today.

Keywords: Constitutionalisation of law; Constitutional civil law; Civil responsibility; erosion of civil liability pillars; liability function.

¹ Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória - ES. E-mail: celkenvitor@gmail.com

² Professor da Faculdade Doctum de Vitória. Juiz de Direito. Email: pccarvalho@uol.com.br

³ Professora da Faculdade Doctum de Vitória. Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Advogada. Email: mriosmartins@terra.com.br

INTRODUÇÃO

Acompanhando a Carta Magna de 1988, que tem como fundamento a dignidade da pessoa, o Código Civil de 2002 abriu precedentes para que os casos privados envolvendo direitos e garantias fundamentais fossem interpretados por normas e princípios constitucionais, limitando assim a autonomia privada para tais casos tão importantes tutelados constitucionalmente.

O número de requerimentos relacionados à responsabilização civil, quanto aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, tem aumentado consideravelmente, assim como as teses relacionadas ao sistema da responsabilidade civil. O intuito da nova interpretação constitucional de despatrimonialização privada é analisar com mais cuidado as relações privadas que versam sobre direitos fundamentais, valorizando a pessoa no lugar do patrimônio, dando a devida importância constitucional a dignidade da pessoa humana, colocando-a no centro da discussão.

Com o advento do Código Civil de 2002, passou-se a ter uma visão doutrinária unitária de ordenamento jurídico, buscando aproximar os princípios, normas e valores constitucionais às relações de direito privado, através de três princípios básicos: Princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade. Dessa forma, avançamos para a horizontalização dos direitos fundamentais, tornando eficaz o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações de ordem privada.

Com essas mudanças na ordem privada, chega-se a uma nova interpretação doutrinária no instituto da Responsabilidade Civil. Tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento-base da Constituição Federal, acompanhado dos outros princípios constitucionais, essa nova interpretação visa o efetivo cumprimento de direitos e garantias fundamentais nas relações de responsabilização civil, e junto a essa nova interpretação surgem também os efeitos e conflitos jurídicos.

O presente artigo analisará sob a égide doutrinária e jurisprudencial a constitucionalização da Responsabilidade Civil e os seus efeitos, observando as

mudanças que ocorreram no âmbito da responsabilização civil, entre outros, destaca-se os mais importantes: a erosão dos pilares da responsabilidade civil, o aumento das hipóteses de dano e a reinterpretção da função da reponsabilidade civil; a fim de observar se interpretação jurídica nacional tem alcançado o objetivo do instituto.

O recorte temático abrangerá a averiguação da interferência constitucional nas relações privadas e os seus efeitos na responsabilização civil. Para tanto, serão analisadas decisões jurisprudenciais e posições doutrinárias, além de casos concretos nos últimos anos após o advento do Código Civil de 2002.

É o objetivo dessa pesquisa identificar os efeitos da constitucionalização da responsabilidade civil e o que tem mudado, atualmente, para a aplicação desse instituto. Para atender a pesquisa, indaga-se: Os efeitos resultantes desse fenômeno jurisprudencial, em razão dos conflitos jurídicos existentes em território nacional, têm alcançado os objetivos para os quais foi instituído?

O pesquisador interessou-se pelo tema tendo em vista as aulas de Direito Civil e Direito Constitucional ministradas durante o curso de graduação. De modo que chamou atenção a importância do tema e suas consequências para a sociedade em geral. Logo nos períodos iniciais identificou os grandes avanços obtidos pela jurisprudência e doutrina nacional, tendo em vista aos grandes julgados apresentados inclusive pelos tribunais superiores.

A observância do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, iniciado na Itália e aplicado pelos doutrinadores brasileiros, trouxe grandes alterações nas relações de direito privado, mudando totalmente a maneira como tratamos as nossas relações civis, regidas pelo direito privado, inclusive no que tange a responsabilidade civil.

A presente pesquisa apresenta grande relevância social, visto que a sociedade, cada vez mais, exige prestação jurisdicional mais segura e justa. Assim, a aproximação dos princípios constitucionais às relações de direito privado, visando a o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos fundamentais do ser

humano, tem o escopo de cumprir o papel de um Estado democrática, que tem por fundamento constitucional a dignidade humana.

Ao sofrer um dano, seja justo ou injusto, patrimonial o extrapatrimonial, o que se espera é a sua reparação. Configurada a conduta, o nexos e o dano, elementos essenciais da responsabilidade civil, e em alguns casos a culpa, surge o direito à prejudicada de ter o seu dano reparado.

O tema fica ainda mais sério quando as questões colocadas em conflitos no âmbito do direito privado giram em torno de direitos fundamentais. Portanto, é nítida a importância de que esses direitos sejam garantidos sob uma interpretação constitucional.

A relevância jurídica também se faz presente. A constitucionalização do Direito Civil, como também de outras áreas do direito, é um fenômeno jurídico mundial. Conseqüentemente, o instituto da Responsabilidade Civil também tem acompanhado essas mudanças mundialmente, haja vista a preocupação dos aplicadores no mundo inteiro quanto ao rumo que se tomará esse instituto.

Destarte, é de extrema importância que os juristas brasileiros, em todos os ramos, analisem com cuidado o rumo em que tomaremos a partir desse contexto, para que o instituto da responsabilidade civil seja mais uma ferramenta jurídica para auxiliar nas demandas e conflitos sociais.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A sociedade atual tem como uma de suas bandeiras a espirituosa inversão da lógica natural das coisas. A velocidade da transformação, a profusão de ideias e a multiplicação das novidades, são frutos dessa inversão. Com isso, por muitas vezes, resta-nos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Acontece que com tanta correria, na área da educação, as doutrinas têm perdido espaço para os *post's* nas redes sociais. E com o Direito não tem sido diferente. Juristas tem enfrentado uma grave crise existencial, pois não conseguem demonstrar a justiça e a segurança

jurídica, princípios-base que fizeram a reputação da ciência ao longo dos séculos.⁴ De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes⁵ e a insegurança é a característica da nossa era.⁶

Em meio as dificuldades e aflições, não podem os responsáveis para encontrar soluções, utilizarem-se das dificuldades enfrentadas nos dias atuais como subterfúgios para se acomodarem ao caos. Cabem aos intérpretes e aos estudiosos o encargo de tentar solucionar as questões, ainda que tudo parece ineficaz e incerto.

Antes analisar a constitucionalização do direito privado brasileiro, é importante entender a trajetória nacional e internacional percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, levando em conta três marcos: o histórico, o teórico e o filósofo⁷. O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa, foi o constitucionalismo do pós-guerra mundial. No Brasil, foi a Constituição de 1988, após o regime militar, instituindo a democracia no país.

A primeira grande referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Constituição Alemã, Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que criou o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Logo em seguida as constituições da Itália, Portugal e Espanha. No Brasil, os movimentos de reconstitucionalização e redemocratização acompanham o ressurgimento do direito constitucional como protagonista no ordenamento jurídico, que se consolida com a promulgação da Constituição de 1988.

Com isso, a constituição brasileira promoveu a transição de um período ditatorial para um período democrático, sem entrar em discussões que envolvam a existência ou não de vícios no seu texto, bem como o grande número de emendas ao longo dos anos. Sob o direcionamento da constituição de 1988, o direito constitucional

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

⁵ BRECHT, Bertold. Elogio da dialética. In: Antologia poética, 1977.

⁶ GALBRAITH, John Kenneth. A era da incerteza, 1984.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

brasileiro passou de mero coadjuvante para ator principal em menos de uma geração.

Acredita-se que a sociedade brasileira vive o mais longo período de instabilidade institucional da história republicana do país. Ao decorrer dos anos sobre a sua vigência, destituiu-se por *impeachment* dois presidentes da república, afastado um presidente da câmara dos deputados, escândalos envolvendo comissão de orçamento da câmara dos Deputados, afastados senadores importantes, importantes julgamentos da suprema corte sobre grandes casos de esquemas de corrupção no país, entre outros acontecimentos.⁸

Como já visto, o marco histórico da constitucionalização do direito leva em consideração uma ideia de constitucionalismo após a 2ª guerra mundial. O marco filosófico da constitucionalização do direito é o pós-positivismo. Trata-se de uma superação do debate entre o jusnaturalismo e o positivismo, que aproveitou os pontos positivos entre as duas correntes⁹. Entende-se como pós-positivismo a busca em ir além da legalidade estrita, discutindo o direito através de uma leitura moral, aplicando-se à ordem jurídica uma teoria de justiça, incluindo-se aos princípios força normativa, a formação de uma nova regra constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, reaproximando o direito da filosofia.¹⁰

Há ainda um terceiro marco que justifica o fenômeno da constitucionalização do direito. Fala-se do marco no plano teórico, sob três perspectivas.¹¹ A primeira delas é o reconhecimento da força normativa à constituição, atribuindo-a, de fato, uma condição de norma jurídica, que até então era negada, pois era vista como um documento essencialmente político. Antes, com esse modelo antigo de constituição, ao Poder Judiciário não cabia qualquer relevância de atuação, pois a sua

⁸ BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 1993; DWORKING, Ronald. Taking rights seriously, 1977; RAWLS, John. A theory of justice, 1980;

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários, 2005, p. 41.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

fundamentação ficava a cargo da liberdade de ação que continha o poder legislativo ou a discricionariedade do poder executivo. Agora, as normas constitucionais são dotadas não só de imperatividade, que é peculiar de toda norma jurídica, mas também é observada como referência para todo o ordenamento jurídico, como norma superior.

A segunda perspectiva teórica é a expansão jurisdição constitucional. Na década de 1940, surge uma nova onda de interpretação constitucional no mundo todo. Não eram somente novos textos constitucionais, eram modelos de constituições inspirados no princípio da supremacia da Constituição, contrariando modelos anteriores que primavam o Poder Legislativo. Sendo assim, tais modelos envolviam a constitucionalização dos direitos fundamentais, de modo que sua proteção passa a ser devida ao Poder Judiciário.

A terceira e última perspectiva teórica é a nova interpretação constitucional. Trata-se de uma circunstância natural que decorre da primeira perspectiva teórica, pois a modalidade de interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Com isso, aplica-se ao direito constitucional a mesma modalidade de interpretação das outras áreas do Direito, quais sejam: o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, bem como os critérios de solução de conflitos: o hierárquico, o temporal e o especial.

No entanto, a partir da constitucionalização do Direito e a conseqüente valorização da constituição como norma suprema no ordenamento jurídico, sem a necessidade de ignorar totalmente o sistema tradicional, foi preciso que o direito constitucional criasse seus próprios princípios aplicáveis à interpretação constitucional, sendo eles: o da supremacia da Constituição, o da presunção da constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.¹²

É importante ainda diferenciar a interpretação jurídica tradicional da nova interpretação constitucional. Quando se fala em interpretação jurídica tradicional,

¹² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2003.

percebe-se que ela se desenvolveu em duas premissas: quanto ao papel da norma, que cabe a ela oferecer a solução para os problemas jurídicos; e quanto ao papel do juiz, que cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido. Já na nova interpretação constitucional essas premissas são mudas totalmente: quanto ao papel da norma, verificou-se que nem sempre a solução de todos os problemas jurídicos consta de forma satisfatória no texto legal; e o quanto ao papel do juiz, verificou-se que não cabe somente o papel de mero identificador de normas. Agora, o juiz torna-se participante do processo de criação do Direito, completando o papel do legislador, dando sentido as cláusulas abertas nos casos concretos. Destaca-se ainda as ferramentas advindas dessas transformações, incluem-se: as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.¹³

A constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, uma vez que não só o seu conteúdo formal, mas também o material, submete todo o ordenamento jurídico a sua soberania.¹⁴ A constitucionalização envolve os exercícios das funções dos três poderes, inclusive no que tange a relação do poder público com o privado.

Não bastasse tamanhas mudanças, a constitucionalização inova ao interferir nas relações entre particulares, estabelecendo limites em sua autonomia de vontade, liberdade de contratar ou o uso da propriedade, de modo que essas relações devem sempre observar o respeito aos limites constitucionais e aos direitos fundamentais. Tais direitos passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do poder legislativo, com a instalação das cortes constitucionais de cada país. A título de exemplo, observa-se o conjunto de técnicas de decisões desenvolvidas da Itália: As decisões declaratórias de inconstitucionalidade e as decisões manipuladoras¹⁵.

O fenômeno da constitucionalização foi construído ao longo dos anos a partir da aproximação entre o constitucionalismo, que renasceu após as guerras mundiais, e

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

¹⁴ FAVOREU, Louis, La constitutionnalization du droit, 1998, p. 191.

¹⁵ GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico, 2003, p. 63-7.

a democracia. Outra contribuição foi a força normativa da constituição e a difusão da jurisdição constitucional, duas perspectivas dentro do marco teórico, que serviram de pontes para levarem ao modelo de constitucionalização do direito que temos hoje¹⁶. Destaca-se, entre várias outras, algumas experiências constitucionais ocorridas na Alemanha, onde foi o marco inicial da constitucionalização do Direito, em 1949; na Itália, alguns anos depois, em 1960; na França, mesmo que de forma tímida, a partir de 1971, algumas decisões significativas ocorrem, inclinando-se para a constitucionalização do Direito Francês; e por fim, a experiência ocorrida no Brasil, que será analisada a seguir.

1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

A constituição brasileira de 1988 simboliza em sua essência uma mudança drástica institucional, transportando o Brasil de um período conturbado e ditatorial para um o mais longo período de estabilidade democrática da história do país. Verifica-se que, curiosamente, há uma semelhança entre a o regime democrático e a constitucionalização do direito. Os países onde a democracia insurgiu tardiamente, como, por exemplo, Portugal, Espanha e Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo recente.

No entanto, para os estudiosos do direito constitucional, a constituição, apesar de um grande avanço, não representa a maturidade institucional brasileira. É uma constituição elaborada mediante as circunstâncias advindas desse período de transição democrática. O seu texto final expressa uma mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismo, reserva de mercado e privilégios corporativos, levando a um texto final constitucional analítico, prolixo e corporativo¹⁷.

Analisando o texto constitucional se observa que todos os principais ramos do direito foram tratados na Constituição. Pode-se identificar aspectos infraconstitucionais do direito administrativo, civil, penal, processual, do trabalho, tributário, financeiro,

¹⁶ GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico, 2003, p. 50.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: Temas de direito constitucional, t. I, 2002.

orçamentário, internacional, entre outros. Há ainda dispositivos voltados a ordem econômica e à ordem social. É importante salientar que existe uma grande diferença entre a constitucionalização do direito e a inserção de institutos jurídicos infraconstitucionais na constituição¹⁸. Embora, com a constitucionalização do direito, seja natural identificar institutos infraconstitucionais na Constituição. O constituinte, ao prever esses dispositivos infraconstitucionais, acabou realizando somente essa inserção, motivando numerosas críticas da doutrina, como, por exemplo, a inserção da figura dos crimes hediondos da constituição¹⁹. Com inserção de regras infraconstitucionais específicas, há uma interferência nos limites de atuação do legislador ordinário, bem como a interpretação constitucional a ser empreendida pelos aplicadores do Direito, uma vez que com a constitucionalização, a norma terá força normativa constitucional.

Salienta-se que diferentemente do que ocorre na inserção de institutos infraconstitucionais em dispositivos constitucionais, e conseqüentemente a constitucionalização desses institutos, no fenômeno estudado nesse artigo, a constituição para a ser o centro do sistema jurídica.

Desse modo, a Constituição protagoniza no sistema jurídico brasileiro como uma referência a ser observada pelos demais ramos do Direito, dotada de supremacia formal e material. Não é somente um parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema²⁰. Não se trata somente da inclusão de norma própria de outros ramos do direito, mas a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional²¹.

Houve no ordenamento jurídico, assim como nos outros países que passaram pela constitucionalização, a natural transposição de protagonistas normativos, uma vez que foi tirado do centro o Código Civil para ser colocada a Constituição. Portanto,

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

¹⁹ LEAL, João José. Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade, 2003.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; e MOREIRA. Fundamentos da Constituição, 1991, p. 45.

fala-se doutrinariamente no surgimento de um Direito Civil Constitucional, resultado da constitucionalização do Direito Civil.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Direito Civil desempenhou, por muito tempo, um papel de direito geral, que precedeu diversas áreas jurídicas. A disciplina da teoria geral do direito era estudada dentro do Direito Civil, e só mais tarde tornou-se uma disciplina autônoma. Ao longo dos anos, após a sua vigência, o Código civil foi perdendo a sua influência dentro do sistema jurídico brasileiro, inclusive no âmbito do próprio direito privado.

Com o passar dos anos, os institutos inseridos no Código Civil de 1916, sob a influência do Código Civil Napoleônico, não mais condiziam com a realidade fática da sociedade, por isso, nesse meio tempo, diversas leis específicas foram elaboradas, formando microssistemas autônomos, como por exemplo em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente e sociedades empresariais. Tal fenômeno foi equiparado ao que se passou na Itália, chamado de a “descodificação” do Código Civil²², uma vez que nem mesmo o advento do Código Civil de 2002 conseguiu amenizá-lo. ²³.

Ao mesmo tempo em que o Código Civil perdia a sua força, o fenômeno da constitucionalização do direito ganhava mais espaço no meio jurídico. Com a perda de força do código que protagonizava o ordenamento jurídico, a Constituição passou a se tornar a nova referência normativa para o ordenamento jurídico.

Com isso, como referência a ser observada, a Constituição se aproximou dos demais códigos do ordenamento. Conseqüentemente, essa aproximação também ocorreu entre o Direito Constitucional e as demais áreas do Direito.

A aproximação entre os ramos do direito civil e do direito constitucional não foi algo que aconteceu de um dia para o outro. Com a Revolução Francesa, que deu ao

²² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, 1997, p. 6.

²³ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

direito constitucional uma constituição escrita, em 1791, e ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804²⁴. No entanto, apesar de os objetos de estudos de cada ramo do direito nascerem em uma mesma época, os estudiosos tradicionais dos dois ramos entendiam como inimaginável a sua integração e resistiram quanto ao processo de aproximação.

Em um primeiro momento, a constituição era vista como uma carta política, que deveria ser observada pelos cidadãos somente nas suas relações com o Estado. Já o Código Civil era o documento jurídico a ser observado nas relações privadas, citado como a “Constituição do direito privado”²⁵. Com o tempo, os códigos influenciados pelo Código napoleônico, que se baseavam na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas, na garantia absoluta do direito de propriedade e na da autonomia da vontade, começaram a ter uma interferência estatal.

Com o advento do Estado social, muitas críticas começaram a surgir em relação as desigualdades nas desigualdades materiais, fruto de um individualismo exacerbado herdado pelo código francês, questionando-se a soberania da autonomia da vontade. O princípio da solidariedade, que é um dos princípios-base do Código Civil de 2002, começa a ser observado, desencadeando o princípio da função social de instituições com a propriedade e o contrato. Começa então a interferência do Direito Público no Direito Privado, consolidando-se a publicização do direito privado.²⁶

Chega-se então a constitucionalização Direito Civil. Essa fase é resumida em uma frase: “Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”²⁷. É marcada pela passagem do Código civil para a Constituição como o

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

²⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, 1999, p. 26; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. I, 2004, p. 18.

²⁷ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social

centro do sistema jurídico. Nesse período alguns princípios ganham destaque: igualdade, solidariedade, a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana. Cabe ressaltar a importância de duas transformações advindas por estes princípios. A primeira é importância da valorização da dignidade da pessoa humana no novo sistema constitucional brasileiro, que desencadeou a reconstrução dos direitos humanos²⁸, a despatrimonialização e repersonalização do direito civil. A segunda é o desenvolvimento doutrinário que consiste na aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas²⁹, que superou estática dualidade conceitual público-privada, herdada de uma doutrina romana, que começa a ser superada a partir da constitucionalização do direito civil.

Apesar de algumas divergências dos doutrinadores mais tradicionais, na atual conjuntura doutrinária e jurisprudência, não há como negar a influência da Constituição sobre o direito privado³⁰.

1.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A codificação civil tramitou por um longo tempo no congresso nacional, através do Projeto de Lei 634-D, baseado em um trabalho elaborado por uma comissão composta por estudiosos do Direito Civil, coordenada por Miguel Reale. O Código Civil Brasileiro entrou em vigor, em 11 de janeiro de 2003, instituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, após um período de *vacatio legis*. O projeto iniciou-se no ano de 1975, surgindo em meio ao regime ditatorial militar que se instalou no Brasil³¹.

O Código Civil de 2002 alterou significativamente a sua concepção principiológica. Observa-se com princípios-base a valorização da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade. Com o código anterior, já era possível observar no seu escopo normativo, de forma bem tímida, a utilização de cláusulas gerais. No entanto, o código de 2002, impera o objetivo de valorizar um sistema baseado em cláusulas

não merece proteção jurídica qualquer”.

²⁸ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos, 1988; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, 1991.

²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos fundamentais e interpretação constitucional, 2005; SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas, 2004;

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil e a legalidade constitucional, Revista Del Rey Jurídica 13:23, 2004.

³¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador, sendo a principal diferença filosófica entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor³².

Observa-se, no Código Civil, o princípio da eticidade, da boa-fé objetiva, na valorização de condutas éticas, relacionadas as condutas das partes vinculadas aos negócios jurídicos, bem como as sanções por contrariar a boa-fé. Observa-se também obrigatoriedade de condutas éticas na elaboração e execução de contratos. Tudo isso em consonância com os artigos 133, 187 e 422 do Código Civil de 2002.

Já o princípio da sociabilidade é interpretado no código no momento em que se busca superar o caráter individualista e egoísta presente no Código de 1916, que era influenciado pelo Código Napoleônico. Com isso, figuras como a família, o contrato, a propriedade, a posse e a responsabilidade civil passam a ganhar um cunho social na atual codificação civil, uma vez que há a interferência estatal na demanda.³³

Quando se fala no princípio da operabilidade no Código Civil, pode-se observá-lo sob dois significados. Em um primeiro momento, existe o objetivo do Código Civil de 2002 de se tornar um código de fácil interpretação e aplicação de seus institutos, ou seja, um código que prima pela simplicidade em sua utilização, seja pelos intérpretes do Direito, seja pelas partes envolvidas em um fato jurídico. De outro modo, o segundo significado do Código é que existe uma tendência de tornar-se mais efetivo nas relações sociais, de modo que possa acompanhar as rápidas mudanças, dando suporte aos aplicadores do direito, através da adoção do sistema de cláusulas gerais.

1.3.1 As cláusulas gerais no Código Civil de 2002

O sistema de cláusulas gerais é uma importante ferramenta para a aplicação da constitucionalização do Direito Civil, assim como os conceitos legais indeterminados. No entanto, apesar de se assemelharem, tais conceitos não se confundem. As cláusulas gerais possuem um dinamismo, uma vez vão de encontro com as

³² TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

³³ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

hipóteses legais estáticas expressas em lei³⁴. Já o conceito legal indeterminado é consiste em definições estáticas expressas em lei.

É claro que a utilização dessa ferramenta não é algo totalmente inovador. Ainda que de forma tímida, sem qualquer cunho filosófico e metodológico, a utilização desse mecanismo já era observado no ordenamento jurídico. Contudo, a forma inusitada com que esse mecanismo começa a ser utilizado no Código civil de 2002, tem total relação com linha filosófica de Miguel Reale³⁵, que tem por subteorias: o culturalismo jurídico e a Teoria tridimensional do direito.

Diferente do que era visto no Código civil de 1916, elaborado à luz da teoria positivista³⁶, sendo um código de normas estáticas e preso as hipóteses expressas em lei, o Código Civil de 2002, sob a orientação filosófica realena, privilegia um sistema aberto e dinâmico.

Percebe-se na atual codificação material um sistema aberto e dinâmico, em virtude de sua linguagem empregada. Com esse adotado pelo Código Civil, permite-se a utilização dos dispositivos jurídicos aos mais variados problemas fáticos, através de uma interpretação do julgador. São exemplos de cláusulas gerais constantes do Código Civil de 2002: Função social do contrato (art. 421), Função social da propriedade (art. 1.228, §1º), Boa-fé (arts. 113, 187 e 422), Bons costumes (art. 13 e 187) e atividade de risco (art. 927, parágrafo único). Dessa forma, permite-se a constante incorporação e solução de novos problemas, não só pela intermediação legislativa, mas também pela atividade jurisprudencial³⁷.

Impera ressaltar que as cláusulas gerais demonstram uma inovação técnica legislativa, visando tornar as normas jurídicas mais dinâmicas para fazerem frente as constantes mudanças sociais. Desse modo, os intérpretes do direito, sobretudo os magistrados, passam a ter um relevante papel no processo de interpretação das normas nos casos concretos.

³⁴ ENGLISH, Karl. Introdução do pensamento jurídico. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

³⁵ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. Situação atual. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁶ KELSEN, Hans; LOUREIRO, Fernando Pinto. Teoria pura do direito. Saraiva, 1939.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação". Revista da Faculdade de Direito, v. 1, n. 20, 2002.

Sendo assim, na atual conjuntura, tendo em vista as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, faz-se necessário muita cautela nas decisões, pois não estão expressos no código os parâmetros para o poder criativo do juiz nas cláusulas gerais. Portanto, juntamente com toda a argumentação e interpretação constitucional, deve-se reconhecer os preceitos constitucionais como fontes primárias a serem observadas³⁸

1.3.2 Os marcos teóricos do Direito Civil brasileiro

A distinção entre Direito Público e Direito Privado, inspirada pelo Direito Romano, que dividiu o direito em *jus publicum* e *jus privatum*, não é apenas um simples método de classificação normativa, ou de distinção dos tipos normativos. Trata-se de um importantíssimo “instrumento de sistematização”³⁹. Com o grande número de normas jurídicas, há uma dificuldade para que essa sistematização ocorra de forma satisfatória, de modo que exista, de fato, uma organização teórica afim de viabilizar uma sistematização pelos aplicadores do direito.

De modo simplista e objetivo, o Direito Público tem como objeto a ordem e a segurança geral, de modo que a os fatos devem ser observados conforme o que está expressamente autorizado pela lei. Já o Direito Privado tem como objeto a autonomia da vontade, a liberdade e a igualdade das partes, de modo que a validade dos fatos será observada conforme aquilo que não está proibido por lei.

É interessante notar que essa distinção está muito longe de ser exaurida. Esses dois ramos do direito, que um dia já foram vistos como dois ramos totalmente distintos, atualmente, passam a se comunicar. Desse modo, surge a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, onde passou-se a denominar “Direito Civil

³⁸ CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 983, 11 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8077>>. Acesso em: 25 out. 2017.

³⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

Constitucional”⁴⁰, que começa a ser visto por alguns doutrinadores como uma nova disciplina⁴¹.

O direito “é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança para os homens e mulheres que compõe uma sociedade”⁴². Sob essa perspectiva, já existe o entendimento da doutrina, falando-se sobre direitos fundamentais, de que é possível e necessária uma interação entre o Direito Privado e a Constituição, tornando-se o ordenamento jurídico mais conciso⁴³.

É preciso também que se faça uma aproximação das normas especiais à Constituição, de modo que não só as normas que estão por vir sejam elaboradas à luz da Constituição, mas também uma nova releitura interpretativa à luz da Constituição. Pois não se dará por completo a constitucionalização de um ordenamento jurídico somente pela existência novas normas dentro dos ditames constitucionais. Faz-se necessária uma atualização, através da constitucionalização interpretativa dos aplicadores do direito, para que possam ajustar normas anteriores e elaborar novas normas.

Os estudiosos do Direito constitucional já reconhecem a interação entre as áreas do direito público e privado, o que se denomina de neoconstitucionalismo, ou a “invasão da Constituição”. Observa-se que o intuito fenômeno da constitucionalização do direito tende à aproximação dos direitos fundamentais nas relações privadas, reduzindo ainda mais a distância entre esses dois ramos jurídicos. É importante ressaltar que apesar de uma forte influência doutrinária italiana, o fenômeno da constitucionalização identificado aqui no Brasil demonstra autenticidade⁴⁴.

⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴¹ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴² TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

⁴⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

Contudo, ao mesmo tempo em que se vislumbra a interação das duas disciplinas, é importante ressaltar que tal fenômeno não tem o objetivo tonar o ordenamento uno, composto por uma só disciplina, mas sim um ordenamento unificado, de modo que as disciplinas interajam entre si, tendo como parâmetro a Constituição, através de um novo caminho metodológico, que é o Direito Civil Constitucional⁴⁵. Trata-se, portanto, do primeiro marco teórico aqui abordado.

Há três princípios básicos que norteiam o Direito Civil Constitucional. O primeiro é a proteção da dignidade da pessoa humana, mandamento constitucional máximo na Constituição de 1988, constituindo também um direito fundamental na ordem civil, uma vez que o Direito Civil passa a valorizar a pessoa humana em detrimento do seu patrimônio. O segundo é o da solidariedade social, uma vez que a visão individualista, que marcava o Código civil anterior, dá lugar a um código que tem por objetivo, por exemplo, a valorização do trabalho, mínimo de garantias para a sobrevivência do indivíduo, justiça social, entre outros, conforme o art. 3º, I, da Constituição de 1988. Por fim, o princípio da igualdade entre os indivíduos, previsto no artigo 5º, caput, da Carta Magna.

Mesmo que alguns passos foram dados, há ainda um caminho longo a ser percorrido. Existem nos dias atuais uma “incidência franca” da Constituição nos diversos ramos do direito, inclusive no direito privado. Com isso, a cada novo caso, uma nova demanda interpretativa nasce. Sendo assim, faz-se necessário uma interpretação conforme as regras princípios que regem o ordenamento jurídico.

Não obstante a infinidade de regras e princípios, em alguns casos, regras e princípios de ordem privada e pública são colocados de lados opostos, de modo que, conforme entendimento atual, a ordem pública interfere na ordem privada, limitando a sua autonomia, com o intuito de que a garantias dos direitos fundamentais sejam observados⁴⁶.

Com isso, em relação as polêmicas futuras que envolvendo regras e princípios de ordem somente privada ou privada e pública, deve-se observar os ditames

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. Direito civil. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

constitucionais pré-estabelecidos, uma vez que a personalização do direito privado, a valorização da pessoa humana e da sua dignidade, bem como da implantação de um direito privado solidário, são mudanças que acompanham a constitucionalização do direito.

Outro marco teórico do Direito Civil é a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Trata-se do “mecanismo que torna possível o Direito Civil Constitucional”⁴⁷. Esse mecanismo consiste no reconhecimento da existência dos direitos fundamentais como princípio constitucional e norma superior na hierarquia horizontal do ordenamento jurídico, interferindo na aplicação das normas infraconstitucionais nas relações internas e privadas, sem qualquer ponte infraconstitucional.

Desse modo, verifica-se a aplicação imediata das normas constitucionais que protegem os direitos fundamentais, conforme o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Verifica-se a importância da aplicação desse mecanismo nos dias atuais, uma vez que os índices de desigualdade social só aumentam, e os exemplos de opressão nas demandas jurídicas estão ficando cada vez mais comuns. E esses exemplos não se esgotam somente nas relações públicas, em que o Estado atua como parte, mas os opressores têm multiplicado também nas relações privadas⁴⁸. O exemplo mais conhecido, que iniciou a discussão sobre a aplicação dessa tese, encontra-se no julgado do Supremo Tribunal Federal em que foi adotada, no sentido de assegurar direito à ampla defesa a associado que fora excluído do quadro de uma pessoa jurídica, que foi inserido no informativo n. 405 do STF⁴⁹.

O terceiro marco doutrinário é o diálogo das fontes, baseado em uma tese desenvolvida na Alemanha e trazida para o Brasil pelos doutrinadores pátrios. Essencialmente, essa teoria ilustra que os ramos do direito, e conseqüentemente as suas normas jurídicas, não devem se excluir sob o pretexto de pertencerem a ramos

⁴⁷ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴⁹ STF, RE 201.819/RJ. Rel. Mini, Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005.

jurídicos diferentes. Pelo contrário, a partir de uma visão unitária de ordenamento jurídico, os ramos do direito e suas normas jurídicas devem se complementar⁵⁰.

Vive-se um “Big Bang Legislativo”⁵¹, de modo que é difícil um profundo conhecimento de todas as normas positivadas de uma só área do direito, que dirá de todas as áreas. Sendo assim, justifica a utilização desse marco doutrinário, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma complexidade ocasionada pelo grande número de leis que são elaboradas a todo momento. Como exemplo de decisão dos tribunais sobre o tema, destaca-se a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, visando a aproximação do Código de defesa ao consumidor ao Código Civil⁵².

Destarte, observa-se que a constitucionalização do Direito civil é um caminho metodológico composto por teorias complementares, que viabilizam a sua utilização. Através de um diálogo entre as normas Constitucional e privada, chegou-se ao princípio máximo, que visa tutelar a dignidade da pessoa humana. Com um sistema de cláusulas abertas e dinâmicas, foi possível transportar os princípios da dignidade humana e os demais princípios fundamentais à ordem privada, através da eficácia horizontal das normas, caminhando para um ordenamento jurídico unitário e constitucionalizado.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir de um descumprimento obrigacional estipulado através de um contrato, ou a desobediência a uma norma que regula a vida humana, surge a responsabilidade civil do agente⁵³. A responsabilidade civil já foi colocada de forma residual somente aos contratos e propriedade, de modo que atendia as situações não regulamentadas⁵⁴. Com o advento da Constituição de 1988, mediante as diversas

⁵⁰ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-66, 2012.

⁵¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2009.

⁵² TJRS, Embargos de Declaração 70027747146, Caxias do Sul, 6º Câmara Cível, Rel. Des. Liége Puricelli Pires, j. 18.12.2008, DOERS 05.02.2009, p. 43.

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2005. Coleção direito civil, v. 4, p. 27.

⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2014.

alterações trazidas no ordenamento jurídico, o sistema da responsabilidade civil passou a ser observado de forma totalmente diferente. O papel da responsabilidade alterou e ampliou o seu campo de atuação, passando além da tutela patrimonial, para a tutela reparatória e compensatória dos direitos fundamentais, sejam de natureza patrimonial, sejam os de natureza existencial. Desse modo, elevou o papel da responsabilidade civil ao de “instrumento de proteção dos direitos fundamentais”⁵⁵.

Em regra, a responsabilidade surge a partir do momento em que há o descumprimento de uma obrigação contratual ou não, ou pela inobservância de uma norma legal. Sob essa perspectiva, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou extracontratual⁵⁶.

Tratando-se de Responsabilidade civil contratual ou negocial, observa-se que está prevista nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil. Já a Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, que antes era fundada somente no ato ilícito, conforme o art. 159 do Código Civil de 1916, agora está baseada no ato ilícito e no abuso de direito, conforme os artigos 186 e 187 respectivamente, também do Código Civil de 2002.

Existe uma tendência doutrinária em unificar os dois conceitos alegando que esse modelo dual já está ultrapassado, uma vez que os princípios e regras que regem os institutos são exatamente os mesmos⁵⁷. Desse modo, conforme a doutrina, não subsiste essa divisão, uma vez que a obrigação de reparar nasce de um mesmo sistema, composto pelos mesmo princípios, nascendo de um mesmo fato, através da “violação de dever jurídico preexistente”⁵⁸. Basta observar o art. 187 do Código

⁵⁵ PINTO, Helena Elias. Função social e responsabilidade civil. In: BORGES, Alexandre Walmott; ASSIS, Jacy de. (Org.). Anais do XXI Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. , p. 1801-18016.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p.432-433.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97.

civil, que é aplicado tanto na Responsabilidade civil extracontratual quanto na contratual⁵⁹.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com introdução do novo Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram algumas importantes diferenças no que tange a interpretação do instituto da Responsabilidade civil. Surge com o advento do novo código uma tendência em unificar as modalidades da Responsabilidade civil contratual e extracontratual, pois, conforme os doutrinadores que assim entendem, não há motivo para que entenda essas duas modalidades de forma distinta, sendo que os seus princípios e regramentos básicos são exatamente os mesmos.

A responsabilidade civil no Código Civil de 1916 era alicerçada em um único conceito: o de ato ilícito (art. 159). Por outro lado, a responsabilidade civil, no Código Civil de 2002, é baseada em dois conceitos: o de ato ilícito (art. 186) e o de abuso de direito (art. 187)⁶⁰.

O ato ilícito se configura a partir da prática de um ato em desacordo com o ordenamento jurídico, violando direitos alheios e causando danos a outrem. O ato ilícito pode ser civil, penal ou administrativo, de modo que haverá situações em que o agente responderá em mais de uma área do direito, ou até mesmo poderá responder em todas as áreas.

A primeira diferença é referente ao texto da lei. Antes, configurava-se a responsabilização civil por mera lesão de direitos, admitindo-se como ato ilícito. Não é mais possível, uma vez que o dano é elemento essencial para configuração da responsabilidade civil, ainda que nos dias atuais nasce um tese de se reconhecer a responsabilidade sem dano⁶¹.

⁵⁹ BOULOS, Daniel M. Abuso do direito no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006, p. 243-259.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2: Direito Das Obrigações E Responsabilidade Civil. Grupo Gen-Método, 2017, p. 485.

⁶¹ FROTA, Pablo Malheiros Cunha. Responsabilidade por danos. Imputação e nexos de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 225.

A segunda diferença é que a disposição atual permite a reparação do dano moral individualmente. Nota-se que não há aqui grande inovação prática, pois já havia previsão na Constituição de 1988. Uma mudança interessante mudança para o estudo da constitucionalização do direito, uma vez que o Código Civil absorve uma norma já prevista da Constituição Federal.

A noção de ato ilícito mudou para considerar como elemento necessário para o início da responsabilidade civil aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.⁶²

Analisando o art. 187 do Código Civil de 2002, conclui-se que a definição de abuso se baseia em cláusulas gerais, que devem ser preenchidas pela interpretação jurídica do julgador, são elas: Fim social, fim econômico, boa-fé e bons costumes. Esse dispositivo revolucionou a maneira de aplicação da responsabilidade civil, trazendo novas modalidades de ilícitos⁶³

O conceito de abuso de direito, baseando-se em cláusulas gerais, configura-se aberto e dinâmico. Em consonância com a teoria tridimensional de Miguel Reale, tal conceito segue a nova concepção filosófica absorvida pelo Código Civil de 2002.

Observa-se também que o novo conceito de abuso de direito interage com os princípios da sociabilidade e da eticidade. Isso ocorre quando se analisa que o Código busca alcançar um fim social e prevê consequências para aquele desrespeita a boa-fé nas relações.

Os doutrinadores conceituam o abuso do direito como um ato jurídico, de modo que tal ato jurídico, apesar de versar sobre um objeto em conformidade com o ordenamento jurídico, portanto lícito, é exercido de maneira contrária ao

⁶² TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2: Direito Das Obrigações E Responsabilidade Civil. Grupo Gen-Método, 2017, p. 485.

⁶³ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2: Direito Das Obrigações E Responsabilidade Civil. Grupo Gen-Método, 2017, p. 485.

ordenamento⁶⁴. Portanto, trata-se de um ato jurídico de natureza mista, pois seu conteúdo é lícito, porém, torna-se ilícito em suas consequências⁶⁵.

2.2 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os elementos estruturais da responsabilidade civil passaram geram uma grande discussão doutrinária. Passaram por algumas mudanças ao longo da construção do sistema da responsabilidade civil. Tradicionalmente, considera-se a culpa genérica ou lato sensu como pressuposto do dever de indenizar, em regra. Desse modo, existem quatro elementos a serem observados no dever de indenizar: conduta humana, culpa genérica, nexo de causalidade e o dano⁶⁶.

A conduta, analisada amplamente, pode ser causada por uma ação ou omissão, voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia⁶⁷. Relaciona-se a uma atitude ou um dever esperado pelo agente, que não a realiza em consonância com o ordenamento jurídico.

A culpa na responsabilidade civil é analisada em sentido amplo, englobando o dolo e a culpa. O dolo constitui uma ação intencional, com intuito de lesar ou prejudicar um bem jurídico de outrem. A culpa é considerada pela doutrina como uma falta de cuidado ou um desrespeito a um dever juridicamente previsto, sem que haja propriamente a intenção de lesar a outrem.

O nexo de causalidade ou nexo causal é um elemento abstrato da responsabilidade civil, constituindo-se com uma ponte ou meio de ligação entre a causa e efeito, entre a conduta e o dano.

Por fim, o dano. Em regra, para que nasça uma obrigação de reparação, é necessário que exista um dano comprovado a um bem tutelado juridicamente. O dano, como elemento da responsabilidade civil, é uma consequência justificadora da

⁶⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p.45.

⁶⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 255.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2012.

⁶⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2: Direito Das Obrigações E Responsabilidade Civil. Grupo Gen-Método, 2017, p. 505.

indenização. Tais danos podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais. Nos dias atuais, várias novas hipóteses de dano estão sendo criadas, consequência dos fenômenos analisados até aqui. A seguir, analisaremos os efeitos e as mudanças causados do sistema da responsabilidade civil.

3 OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As sociedades se organizam, atualmente, para acompanhar, ou ao menos tentar, os grandes avanços tecnológicos, causando uma intensa interferência do homem no meio ambiente. A angústia em relação as mudanças, que por diversas vezes fogem ao controle humano, não representa uma recusa ao futuro, pois ao lado da percepção dos riscos que envolvem o progresso, existe a consciência de que o seu acontecimento é inevitável, sendo positivo ou negativo⁶⁸.

Portanto, a definição atual que é dada para esse conjunto de pessoas é a de sociedade de risco⁶⁹. Por diversas vezes esse conceito foi confundido com as crescentes hipóteses de risco e o crescimento real de acidentes. No entanto, tratam-se de sociedades preocupadas com o futuro e com a sobrevivência das gerações futuras, por isso, faz-se necessário o desenvolvimento de mecanismos que possam garantir tais objetivos de sobrevivência⁷⁰.

O sentimento de angústia aumenta quando se analisa o descompasso entre a velocidade do avanço tecnológico e a lentidão com a qual amadurece a capacidade de organizar, social e juridicamente, os processos que acompanham esse progresso. Verifica-se nos dias atuais a dificuldade de que as soluções jurídicas têm para acompanhar as novas demandas que ocorrem no meio social⁷¹.

Já houve um momento em havia uma dificuldade na reflexão sobre qualquer desenvolvimento da ciência jurídica que ultrapassasse o entendimento das normas

⁶⁸ COMTE-SPONVILLE, André. Bom dia, angústia!, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 61; RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 191.

⁶⁹ BECK, Ulrich. Risk Society: Towards a New Modernity, New Delhi: Sage, 1992.

⁷⁰ JONAS, Hans. El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, Barcelona: Herder, 1995.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 29, 2014.

já positivadas⁷². Dessa maneira, o direito aguardava constantemente as mudanças, que seriam analisadas por outras disciplinas sociais, através de medidas paliativas e ineficazes, até a promulgação de uma lei desatualizada⁷³.

Antes, havia na sociedade do século XIX uma confiança no progresso da humanidade e na legislação que regulava o ordenamento jurídico, através de um sistema fechado de normas, gerando uma sensação de um sistema completo disposto a enfrentar todas as demandas sociais através de respostas normativas. Porém, com o início da constitucionalização do direito, novas interpretações do ordenamento jurídico foram surgindo. Chegou-se ao fim de uma fase de fé cega no progresso da humanidade, tendo como consequência a conceituação social com a sociedade de risco.

Já no século XX, a segurança social no ordenamento jurídico que havia na sociedade do século anterior, foi se perdendo. Em meio as inseguranças e incertezas jurídicas, o legislador começa a utilizar-se de ferramentas para fazer frente aos anseios sociais. Utiliza-se de uma linguagem normativa diversificada, adotando cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, afim de que tais normas tentem acompanhar os avanços sociais. No entanto, ante ao amplo espaço de interpretação dos interpretes normativos, a situação se complica ainda mais, aumentando a sensação de insegurança e incerteza jurídica.⁷⁴

Dessa maneira, acentuou-se a importância dos princípios jurídicos para tentar resolver as incertezas trazidas pelas novas técnicas legislativas. O trabalho seguinte foi tentar definir tais princípios e individualizá-los de modo que passaram a direcionar as interpretações jurídicas para enfrentar a longo prazo as constantes mudanças das demandas, bem como adotá-los para o preenchimento das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados em cada caso⁷⁵.

⁷² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80

⁷³ TÁCITO, Caio, O direito à espera da lei, in Revista de Direito Administrativo, vol. 181/182, pp. 38-45.

⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 29, 2014.

⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 29, 2014.

Não parou por aí. Há ainda nos dias atuais a dificuldade de identificação dos princípios corretos a serem aplicados. Com a constituição de 1988, identificou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como um norte a ser seguido, considerando a tutela da pessoa humana como um valor essencial do ordenamento jurídico⁷⁶, uma vez que tal princípio passa a ser observado como o objetivo máximo do Direito moderno.

Com a determinação máxima constitucional de proteção da pessoa humana, todo o ordenamento jurídico precisa se adequar a essa nova interpretação dogmática e axiológica constitucional. E com a constitucionalização do Direito civil, o sistema da responsabilidade civil passa a ser uma sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, contrariando o sistema anterior de punição do responsável⁷⁷. Sendo assim, essa extensão desdobrou-se em vários efeitos, sendo os principais: o aumento das hipóteses de Responsabilidade Civil, o aumento das hipóteses de dano e a flexibilização do nexo de causalidade.

3.1 A EROSÃO DOS PILARES TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL⁷⁸: A CULPA COMO ELEMENTO SECUNDÁRIO E A FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL

Bem no início da consagração da responsabilidade civil nas grandes codificações, o seu sistema era baseado em apenas três pilares: culpa, dano e nexo causal⁷⁹. Nos tribunais, a vítima de um dano precisava demonstrar o caráter culposa da conduta do agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Esses dois elementos a serem demonstrados possuíam tal importância, ao ponto de serem chamados de “filtros da responsabilidade civil⁸⁰”. Com o tempo, esses elementos começam a perder a sua importância, e na visão de Anderson Schreiber, seguindo esse

⁷⁶ COMPARATO, Fabio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, 2005.

⁷⁷ GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos, in Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293.

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos, São Paulo: Atlas, 2007.

⁷⁹ ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, São Paulo: Saraiva, 1955, p. 194.

⁸⁰ BRASIELLO, Teucro. I limiti della responsabilità per danni, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959.

raciocínio de elementos hidráulicos, inicia-se a “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil⁸¹.”

No século XIX, a prova da culpa já começa a ser questionada devido à dificuldade encontrada pelas vítimas do maquinismo industrial para demonstrarem a culpa da conduta dos seus empregadores⁸². Como resultado da perda gradativa da importância da culpa, iniciou-se a multiplicação das presunções de culpa, o avanço da responsabilidade fundada no risco, alteração da própria noção de culpa e o modo de sua aferição⁸³. Para evitar as dificuldades encontradas para caracterização da culpa, criou-se a presunção de culpa⁸⁴.

Com as presunções, que por muitas vezes já dispensavam a prova da culpa, iniciou-se um questionamento sobre a própria culpa como elemento fundamental da responsabilização⁸⁵. A partir daí surgiu a teoria do risco, que fundamenta, no Código Civil atual, a consagrada responsabilidade objetiva⁸⁶, expressamente, no parágrafo único do artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade para atividade de risco.

Ainda que o Código Civil pátrio continue considerando a responsabilidade subjetiva como regra, é nítida a observação que, ao longo dos anos, o elemento basilar da prova de culpa perdeu a sua característica original. Isso ocorreu não só pela investida doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade objetiva, mas também pelas próprias transformações vividas pelo sistema da responsabilidade civil por ato ilícito. Quando foi facilitada a prova da culpa, verificou-se o aumento de indenizações⁸⁷. Portanto, houve a perda da importância do elemento de culpa, que foi deslocado de pilar ou “filtro de responsabilidade civil” para elemento secundário

⁸¹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, p. 45-69, 2005

⁸² FARIAS, José Fernando de Castro. A Origem do Direito de Solidariedade, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 135.

⁸³ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, p. 45-69, 2005

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 263.

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, p. 45-69, 2005

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 41-90.

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 22, p. 45-69, 2005

de análise. Consequentemente, as atenções se voltaram para o segundo pilar e filtro, a demonstração do nexo causal⁸⁸.

Com isso, chega-se ao debate doutrinário em torno das teorias de causalidade, envolvendo a Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (*sine qua non*), Teoria da causalidade adequada e Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal⁸⁹. Ocorre que na prática, o que se vê nos tribunais é que a jurisprudência brasileira tem se esquivado em definir um caminho objetivo para o tratar da prova do nexo de causalidade.

Em muitos casos, os tribunais se justificam através de escolhas subjetivas⁹⁰. Ultimamente, a jurisprudência nacional tem se apoiado, hesitosamente nas teorias da causalidade adequada previstas nos artigos 944 e 945 Código Civil, e da interrupção do nexo causal, prevista no artigo 1.060 do Código Civil de 2002, sendo que em alguns casos são tratadas, erroneamente, como sinônimas⁹¹.

Não obstante, em casos em que os tem sido difícil identificar o agente devido ao grande número de envolvidos, a jurisprudência tem recorrido a teoria da causalidade alternativa⁹², que nesse caso, ainda que não se identifique o autor, se há vários indivíduos que poderiam ser, todos estão obrigados a indenizar solidariamente.

Veja-se que a flexibilização do nexo de causalidades pela jurisprudência tem dado margem a inúmeras teses doutrinárias. Dessa maneira, assim como aconteceu com a culpa, a perda da importância da prova de nexo causal tende a acontecer também. Na medida em que a erosão desses dois filtros da responsabilidade ocorre, cresce a preocupação dos tribunais em assegurar, de alguma forma, a reparação das vítimas de um dano.

⁸⁸ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2004.001.10228, Rel. Des. Sergio Cavaliere Filho, 4.8.2004.

⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. Temas de Direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 63-81.

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. Temas de Direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 63-81.

⁹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016, p. 515.

⁹² Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 195116827, Rel. Rui Portanova, 23.11.1995.

Com a perda da importância desses dois elementos, há uma mudança do foco. A atenção era toda voltada para a culpa, que mais adiante foi para o nexo causal. Atualmente, deixa-se a culpa e o nexo causal em direção ao dano. O objetivo jurisprudência, hoje, é assegurar de qualquer maneira a compensação dos prejuízos da vítima, ainda que a identificação de um responsável esteja prejudicada.

3.2 O AUMENTO DAS HIPÓTESES DE DANO

Entende-se pela maior parte da doutrina que a responsabilidade civil é um direito jurisprudencial⁹³. É um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade. Trata-se do instrumento apto a oferecer a primeira forma de tutela as novas demandas, consideradas pelo ordenamento jurídico merecedoras de tal atenção. São identificados de plano pela consciência social, por isso, caso não fossem acolhidos por um instituto mais flexível, ficariam desprotegidos, pois não estariam aptos a serem regulamentados pelo lento processo legislativo ordinário⁹⁴.

O poder judiciário é o primeiro a sentir as mudanças sociais, através das demandas propostas. Isso ocorre bem antes de se pensar em qualquer proposta de projeto de lei ou alteração legislativa. Por isso, é de suma importância, sobretudo aos magistrados, que possuam instrumentos, tal como uma responsabilidade civil, de modo que se possa, através de suas decisões, fazer frente as novas demandas sociais com respostas normativas.⁹⁵ Mas isso só é possível, pois o mecanismo da responsabilidade civil é dotado, em sua maioria, por cláusulas gerais e por conceitos vagos e indeterminados.

O dano é o fundamento unitário da responsabilidade civil, a própria razão de ser do dever de indenizar⁹⁶. Através dos conceitos que foram elaborados ao longo dos anos, a

⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2014.

⁹⁴ RODOTÀ, Stefano. Entrevista, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 11, jul.-set. 2002, pp. 287-288.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2014.

⁹⁶ RODOTÀ, Stefano. Il problema della responsabilità civile. A. Giuffrè, 1964. p. 78.

responsabilidade civil justifica-se através da imputação de um evento danoso a um sujeito determinado, que será obrigado a indenizá-lo⁹⁷

No Código civil não é possível identificar, de forma exaustiva e taxativa, cada comportamento danoso. Por estar a obrigação de indenizar inserida em uma cláusula geral, prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil, resta aos intérpretes identificar quais são os eventos danos passíveis de serem impostas obrigações de indenizar. É preciso identificar de forma mais objetiva possível os danos ressarcíveis, de modo a evitar a “propagação dos mecanismos de tutela indenizatória”⁹⁸.

As recorrentes e normais atividades humanas podem vir a causar danos a outrem. No entanto, há situações que mesmo causando danos, são permitidas pela legislação. Pois, ainda que presentes os danos, a conduta lícita realizada pelo agente está dentro dos limites impostos pelo ordenamento. De outra maneira, há um aumento no número de situações a serem permitidas pelo ordenamento jurídico, não obstante a licitude da conduta, o dano deve ser ressarcido. São, por exemplo, os casos de responsabilidade objetiva previstas no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, bem como os artigos 931, 932, 937 e 938 do Código Civil.

Debatia-se anteriormente acerca do conceito do dano ressarcível sob duas perspectivas, que dividia a doutrina em duas correntes: de um lado, aqueles que apoiavam a associação do dano a um ato ilícito; e do outro lado, os que defendiam a teoria do interesse, que hoje é majoritária⁹⁹. Atualmente não se vincula o ressarcimento do dano somente a um ato ilícito. Adota-se conceito mais amplos, como o de interesses considerados serem dignos de reparação, uma vez que relevantes segundo uma ponderação dos interesses à luz de princípios constitucionais¹⁰⁰.

⁹⁷MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2014.

⁹⁸DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 1999, p. 296.

⁹⁹BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Giuffrè, 2000., pp. 584-585.

¹⁰⁰ALPA, Guido. *Il problema della atipicità del illecito*, Napoli: Jovene, 1979, p. 245. V. infra item 4.1.

O aumento das hipóteses de dano ressarcível ocorrem de maneira desenfreada. Fala-se em dano ao projeto de vida, dano por nascimento indesejado, dano hedonístico, dano de mobbing, dano de mass media, da moto nova, dano de férias arruinadas, dano de morte em agonia, dano de brincadeiras cruéis, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono afetivo, entre outros¹⁰¹. Com o aumento das hipóteses de surge o temor de que as novas figuras de danos tenham como limite a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência¹⁰². Chama a atenção o volume de demandas relativas somente ao dano extrapatrimonial. Somente no âmbito do Superior tribunal de justiça, o número aumento 200 vezes em 10 anos¹⁰³. A quantidade de processos aumentou ainda mais nos Juizados especiais e na primeira instância. Consequentemente, o número de concessões também tem aumentado. Ocorre que alguns absurdos também acompanharam o aumento das demanda e decisões, de modo que esse fenômeno passou a ser intitulado como “A indústria do dano moral”¹⁰⁴.

Essa difusão do dano moral é uma consequência direta da constitucionalização da responsabilidade civil. Se de um lado o aumento do número de processos e demandas representa o aumento de absurdos jurídicos; de outro, representa um reforço da cidadania, a democratização da responsabilidade civil e o amadurecimento da sociedade em relação ao conhecimento dos seus próprios direitos. Com o grande número de indenizações, o ordenamento jurídico nacional começa a cumprir o preceito constitucional de tutela dos interesses extrapatrimoniais da pessoa humana.

O grande problema da reparação do dano moral está no seu mecanismo de identificação. A maioria dos operadores do direito apoia-se no conceito de dano moral elaborado na década de 1940, segundo o qual o “dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”¹⁰⁵. Ante a

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. Tendências atuais da responsabilidade civil, in Revista Trimestral de Direito Civil, n. 22, abr./jun. 2005, p. 60.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. Tendências atuais da responsabilidade civil, in Revista Trimestral de Direito Civil, n. 22, abr./jun. 2005, p. 60.

¹⁰³ Consultor Jurídico, 21.07.2005: Em 1994 foram 47 ações contra 8.201 em 2004. Disponível em www.conjur.com.br, acesso em 22 jul. 2005.

¹⁰⁴ ERPEN, Décio Antônio. A indústria do dano moral. Porto Alegre, 1998.

¹⁰⁵ SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951.

indefinição conceitual, é possível configurar qualquer como dano moral. O ressarcimento do dano moral deve ser tratado mais cuidado tanto pelos legisladores, tantos como os operadores do direito, pois o ressarcimento do dano também representa a proteção eficaz da pessoa humana e seus direitos fundamentais. Portanto, desde logo, torna-se necessária a melhor identificação possível das hipóteses ressarcíveis do dano moral, sob a perspectiva civil constitucional¹⁰⁶.

3.3 A REINTERPRETAÇÃO DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Há uma reinterpretação crítica sobre a nova estrutura e da função da responsabilidade civil provocada pelos fenômenos abordados até aqui. A discussão sobre a melhor forma de reparar o dano não para na escolha da melhor maneira de reparar. O questionamento envolve também se reparar é realmente a melhor solução¹⁰⁷. Já existem alguns exemplos de alternativas à responsabilidade civil, como a prevenção e precaução de danos, por meio de normas específicas; a instituição de mecanismos mais intensos de seguridade social; e de seguros privados obrigatórios, capazes de garantir os prejuízos sem a necessidade da busca pela responsabilidade civil¹⁰⁸.

Contudo, destaca-se a dificuldade de implementação desses novos mecanismos estranhos à nossa cultura, visto que em sua maioria foram criados por outros países. Não podemos esquecer que a maior parte dos problemas enfrentados pelo sistema da responsabilidade civil, não se destina somente a dificuldade de implementação de novos mecanismos, e sim pelo fato de que a responsabilidade civil vem desempenhando papéis estranhos a sua função¹⁰⁹.

A responsabilidade civil tem a função de estabelecer limites entre as fronteiras da liberdade de atuação e a proteção de bens e interesses¹¹⁰. Desenvolve uma função

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2014.

¹⁰⁷ ANDORNO, Roberto. El principio de precaución: un nuevo Standard jurídico para la era tecnológica. *La Ley*, v. 18, p. 1-4, 2002.

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. Tendências atuais da responsabilidade civil, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 22, abr./jun. 2005, p. 60.

¹⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. Tendências atuais da responsabilidade civil, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 22, abr./jun. 2005, p. 60.

¹¹⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2014.

mediadora entre liberdades e interesses em conflitos, reagindo a uma conduta não permitida pelo ordenamento jurídico¹¹¹.

Em linhas didáticas, existem, segundo a doutrina, três formas de tutela: a restitutória, que visa a reconstituição das condições dos interesses do titular, antes da violação; a ressarcitória, objetivando compensação de um prejuízo econômico; e a satisfativa, que se observa nos casos em que não é possível a reconstituição ou o ressarcimento por completo, sendo nesse caso, uma recomposição defeituosa¹¹². Todavia, a série de eventos danosos suscitados pelos comportamentos ilícitos e irreversíveis que são identificados nos dias atuais, tornam sem efeitos essas distinções, pois ainda que restituíveis, ressarcíveis ou compensáveis, jamais poderão eliminar a perda produzida¹¹³.

O ressarcimento do agente à vítima, pode intervir para reparar as consequências e efeitos pelos atos cometidos, mas não tem como objetivo a proteção da ordem jurídica violada¹¹⁴. Quando a responsabilidade civil assume uma função meramente reparatória, através de mecanismos de garantia contratual, assumirá uma espécie de “terceirização da responsabilidade”¹¹⁵.

Assim, retorna ao debate doutrinária a figura das sanções punitivas civis, em face da neutralidade do ordenamento jurídico. Uma vez que um Estado preocupado com as demandas sociais, em todas as suas classes sociais; com os direitos difusos e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, no que se refere a responsabilidade civil, não busca somente agir em reparação de um dano sofrido. Busca-se também uma atuação preventiva, através de uma pena civil, responsabilizando o autor, para conciliar a liberdade e autonomia das ações com a tutela de interesses e direitos¹¹⁶.

¹¹¹ GIAQUINTO, Adolfo Di Majo. *Profili della responsabilità civile*. Giappichelli, 2010.

¹¹² CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. *Manuale di diritto privato europeo*. Giuffrè Editore, 2007. p. 766-780.

¹¹³ GENOVESE, Anna. *Funzione e quantificazione dei risarcimento*, 2007, p. 223.

¹¹⁴ GIAQUINTO, Adolfo Di Majo. *Profili della responsabilità civile*. Giappichelli, 2010.

¹¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2014.

¹¹⁶ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2014.

Aos poucos a regra “de ouro da função compensatória da responsabilidade civil” vai se dissipando. A noção de que a conduta lesiva a um bem deveria ser ressarcida através do patrimônio do autor da conduta ao dono do bem lesado tem se perdido.

Com a ascensão da responsabilidade objetiva, sob uma visão solidarista, para alcançar a integral proteção da vítima, cada vez mais a responsabilização tem alcançado bens de pessoas diversas a do autor, como prevê os artigos 932 e 927 do Código Civil. Com isso, a responsabilidade civil assume uma função meramente reparatória.

Perde-se, então, a capacidade inicial de identificar os indivíduos causadores de danos, que desestimula suas condutas lesivas, e serve de exemplos para potenciais autores. Assume-se o objetivo de apenas tutelar os bens da vítima e deixa de lado a punição do ofensor¹¹⁷.

CONCLUSÃO

Após as grandes guerras mundiais, os papéis das constituições tomaram um novo rumo. O Direito Constitucional, conseqüentemente, alcançou o seu apogeu, passando da desimportância, por ter como objeto de estudo as cartas políticas constitucionais, à área mais importante do ordenamento jurídico. As constituições carregam as conquistas e valores obtidos pela sociedade ao longo de sua existência. Por isso o fenômeno da constitucionalização do direito é celebrado por grande parte dos doutrinadores, que entendem com um grande avanço da sociedade e da ciência jurídica.

O direito “é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança para os homens e mulheres que compõe uma sociedade. Sob essa perspectiva, já existe o entendimento da doutrina, falando-se sobre direitos fundamentais, de que é possível e necessária uma interação entre o Direito Privado e a Constituição, tornando-se o ordenamento jurídico mais conciso.

¹¹⁷ ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2014.

É preciso também que se faça uma aproximação das normas especiais à Constituição, de modo que não só as normas que estão por vir sejam elaboradas à luz da Constituição, mas também uma nova releitura interpretativa à luz da Constituição. Pois não se dará por completo a constitucionalização de um ordenamento jurídico somente pela existência novas normas dentro dos ditames constitucionais. Faz-se necessária uma atualização, através da constitucionalização interpretativa dos aplicadores do direito, para que possam ajustar normas anteriores e elaborar novas normas.

Com a determinação máxima constitucional de proteção da pessoa humana, todo o ordenamento jurídico precisa se adequar a essa nova interpretação dogmática e axiológica constitucional. E com a constitucionalização do Direito civil, o sistema da responsabilidade civil passa a ser uma sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, contrariando o sistema anterior de punição do responsável. Sendo assim, essa extensão desdobrou-se em vários efeitos, sendo os principais: o aumento das hipóteses de Responsabilidade Civil, o aumento das hipóteses de dano e a flexibilização do nexos de causalidade.

É fácil observar que o sistema da responsabilidade civil acompanhou toda a mudança ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante os inúmeros avanços obtidos pela constitucionalização do Direito Civil, as dificuldades para a aplicabilidade desse instituto não diminuíram, pelo contrário, aumentam a cada dia. Observa-se que a responsabilidade civil, por ser um mecanismo jurídico jurisprudencial, sempre estará à frente das normas positivadas.

Com isso, exige-se dos aplicadores e julgadores do direito um esforço ainda maior, utilizando dos princípios constitucionais para analisarem os conflitos e demandas que ainda estão por vir. Em consonância com o fenômeno da constitucionalização, deve-se buscar o parâmetro para interpretar os conflitos que superam as normas civis, na constituição. Desse modo, a função exercida pela responsabilidade civil estará de acordo com todo o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 1993.

ALPA, Guido. Il problema della atipicità del illecito, Napoli: Jovene, 1979, p. 245. V. infra item 4.1.

ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, São Paulo: Saraiva, 1955, p. 194.

ANDORNO, Roberto. El principio de precaución: un nuevo Standard jurídico para la era tecnológica. La Ley, v. 18, p. 1-4, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BECK, Ulrich. Risk Society: Towards a New Modernity, New Delhi: Sage, 1992.

BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile: il contratto. Giuffrè, 2000., pp. 584-585.

BOULOS, Daniel M. Abuso do direito no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006, p. 243-259.

BRASIELLO, Teucro. I limiti della responsabilità per danni, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959.

BRECHT, Bertold. Elogio da dialética. In: Antologia poética, 1977.

CASTRONOVO, Carlo; MAZZAMUTO, Salvatore. Manuale di diritto privato europeo. Giuffrè Editore, 2007. p. 766-780.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; e MOREIRA. Fundamentos da Constituição, 1991, p. 45.

CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 983, 11 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8077>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CHIRONI, Gian Pietro. La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale. 2. Ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925. p, 5.

COMPARATO, Fabio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, 2005.

COMTE-SPONVILLE, André. Bom dia, angústia!, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 61.

DIAS, José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 41-90.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños, Madrid: Civitas, 1999, p. 296.

DWORKING, Ronald. Taking rights seriously, 1977.

ENGLISH, Karl. Introdução do pensamento jurídico. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ERPEN, Décio Antônio. A indústria do dano moral. Porto Alegre, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. Direito civil. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

FARIAS, José Fernando de Castro. A Origem do Direito de Solidariedade, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 135.

FAVOREU, Louis, La constitutionnalization du droit, 1998, p. 191.

FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p.45.

FROTA, Pablo Malheiros Cunha. Responsabilidade por danos. Imputação e nexos de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014, p. 225.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2012.

GALBRAITH, John Kenneth. A era da incerteza, 1984.

GENOVESE, Anna. Funzione e quantificazione dei risarcimento, 2007, p. 223.

GIAQUINTO, Adolfo Di Majo. Profili della responsabilità civile. Giappichelli, 2010.

_____. Profili della responsabilità civile. Giappichelli, 2010.

GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos, in Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil, 1999, p. 26

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, 2003, p. 63-7.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.

JONAS, Hans. El principio de responsabilidad. Ensayo de uma ética para la civilización tecnológica, Barcelona: Herder, 1995.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80.

KELSEN, Hans; LOUREIRO, Fernando Pinto. Teoria pura do direito. Saraiva, 1939.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos, 1988

LEAL, João José. Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. 2009.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17-66, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 29, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado. 2. Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 255.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p.432-433.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Helena Elias. Função social e responsabilidade civil. In: BORGES, Alexandre Walmott; ASSIS, Jacy de. (Org.). Anais do XXI Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. , p. 1801-18016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. I, 2004, p. 18.

_____. Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 263.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, 1997, p. 6.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos fundamentais e interpretação constitucional, 2005.

RAWLS, John. A theory of justice, 1980.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. Situação atual. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODOTÀ, Stefano. Entrevista, Revista Trimestral de Direito Civil, n. 11, jul.-set. 2002, pp. 287-288.

_____. A vida na sociedade de vigilância, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 191.

_____. Il problema della responsabilità civile. A. Giuffrè, 1964. p. 78.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 2014.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951.

SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos, São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Tendências atuais da responsabilidade civil, in Revista Trimestral de Direito Civil, n. 22, abr./jun. 2005, p. 60.

TÁCITO, Caio, O direito à espera da lei, in Revista de Direito Administrativo, vol. 181/182, pp. 38-45.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2: Direito Das Obrigações E Responsabilidade Civil. Grupo Gen-Método, 2017, p. 485.

_____. Manual de Direito Civil. Vol. único. 6ª Edição. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O direito civil e a legalidade constitucional, Revista Del Rey Jurídica 13:23,2004.

_____. Notas sobre o nexó de causalidade. Temas de Direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 63-81.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários, 2005, p. 41.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2005. Coleção direito civil, v. 4, p. 27.