

ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE¹

CIVIL LIABILITY IN CONTEMPORANEITY: AN EPISTEMOLOGICAL ANALYSIS

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora titular da Universidade de Fortaleza. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza na disciplina de Direito de Personalidade e Direito dos Danos na Sociedade de Risco. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Editora da revista *Pensar*, revista de Ciência Jurídica da Universidade de Fortaleza.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito (*Rechtswissenschaft*) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Procurador do Município de Fortaleza.

Adriano Pessoa da Costa

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Professor do Centro Universitário Farias Brito.

Resumo: O estudo da responsabilidade civil em adequação à contemporaneidade exige o manejo da lente epistemológica para identificar o efeito consequencial da “era da incerteza” em que vivemos. A partir do dever fundamental de não lesar o outro (*neminem laedere*), os alicerces tradicionais do direito de danos passam por um momento de refutabilidade, no modelo de Karl Popper. Da mesma forma, a teoria das revoluções científicas e das mudanças de paradigma proposta por Thomas Kuhn pode igualmente ser aqui aplicada, haja vista a resignificação do dano indenizável, da causalidade e da forma de arbitramento das indenizações. Na história do direito, várias foram as alterações do modelo científico então predominante, e o mesmo se deu com a responsabilidade civil, apesar de seus elementos essenciais remanescerem desde tempos antigos. Este trabalho demonstra que uma leitura epistemológica do direito aquiliano permite constatar que o momento atual é o da mudança de paradigmas. Ao final, é realizado um juízo de prognose sobre os novos caminhos a serem desbravados pela matéria

¹ O presente estudo é dedicado ao Professor Arnaldo Vasconcelos, destaque da epistemologia jurídica nacional.

no Brasil. A metodologia de abordagem é analítica, empírica e comparativa. Parte do estudo de lições epistemológicas, avança para a análise do quadro hodierno e realiza um juízo de prognose acerca da responsabilidade civil no direito brasileiro.

Palavras-chave: Epistemologia jurídica. Responsabilidade civil. Ruptura de paradigmas.

Abstract: The study of civil liability appropriate to contemporary times requires the management of the epistemological lens, a consequential effect of the “era of uncertainty” in which we live. From the fundamental duty of not harming the other (*neminem laedere*), the traditional foundations of the right to damages go through a moment of refutability, in the model of Karl Popper. In the same way, the theory of scientific revolutions and paradigm changes proposed by Thomas Kuhn can also be applied here, given the re-signification of the indemnifiable damage, the causality and the form of arbitration of damages. In the history of Law, there have been several changes in the scientific model then prevailing, and the same happened with civil liability, although its essential elements have remained since ancient times. This work demonstrates that an epistemological reading of Aquilian law allows us to see that the current moment is that of paradigm shift. In the end, a prognostic judgment is made about the new paths to be explored by matter in Brazil. The methodology of approach is analytical, empirical and comparative. Part of the study of epistemological lessons, it advances to the analysis of today's situation and makes a prognostic judgment about civil liability in Brazilian law.

Keywords: Legal epistemology. Civil liability. Rupture of paradigms.

Sumário: **1** Introdução – **2** A importância do saber epistemológico – **3** As “revoluções científicas” no âmbito da responsabilidade civil – **4** A bússola epistemológica da responsabilidade civil: o que o futuro reserva? – **5** Conclusão

1 Introdução

A aproximação epistemológica é de central importância em todas as áreas do saber. Seja na física, na química ou na matemática, é imprescindível “conhecer o conhecimento”. O direito certamente não representa exceção. A premissa se mostra ainda mais valiosa no atual cenário: a massificação de ideias, proporcionada pelas novas tecnologias de comunicação, fomenta a padronização do pensamento, com fartura de estudos que se limitam a repetir postulados já estabelecidos.

No âmbito da responsabilidade civil, que figura na linha de frente da defesa da pessoa humana, a caminhada epistemológica é crucial para a correta compreensão do significado contemporâneo de alguns dos pilares que lhe alicerçam, como culpa, dano e relação causal. O peso daquela foi sensivelmente reduzido na “sociedade de risco”, cuja complexidade fez surgir novos interesses tuteláveis que não seriam adequadamente protegidos a partir das antigas noções de culpa subjetiva. Sua objetivação pôs o nexo de causalidade sob os holofotes, e disso resultou a necessidade de enxergá-lo numa perspectiva diferente da tradicional compreensão casuístico-naturalística.

Analísada na dimensão epistemológica, constata-se que a responsabilidade civil vivenciou consideráveis mudanças de paradigma ao longo de sua trajetória multissecular. Da Lei das XII Tábuas à *Lex Aquilia*, das codificações oitocentistas aos microsistemas de hoje, padrões, modelos e premissas outrora tomados como intocáveis foram alvo de “viradas copernicanas” que confrontaram a estrutura do instituto. Com efeito, a gradual readequação do perfil funcional da responsabilidade civil para o contexto de cada momento social reclama que a ela se agreguem novas funções para além da tradicional compensação (como a prevenção e a dissuasão).

A parte final do estudo reverbera questão de há muito refletida: considerando que “tudo, ou quase tudo em direito, acaba em responsabilidade civil”, para onde aponta a bússola epistemológica da matéria? Constitucionalização do direito privado, reconhecimento da fundamentalidade do direito à reparação, ênfase da tutela dos interesses existenciais, desmonetarização da indenização, admissibilidade judicial dos novos danos (com ênfase no dano injusto), incorporação de diferentes funções, remodelagem das teorias causais... esses são apenas alguns exemplos de como a responsabilidade civil continua a evoluir para fazer jus a seu papel central de defesa da pessoa humana em todas as suas potencialidades.

2 A importância do saber epistemológico

A adequada compreensão da ciência jurídica perpassa necessariamente o saber epistemológico independentemente do ramo do direito a que se volta a atenção do estudioso. Esta premissa é ainda mais verdadeira na modernidade, quando as novas tecnologias favorecem a produção industrial e repetitiva do conhecimento. Este panorama exige do cientista a adequada análise do objeto de seu estudo, com a realização dos devidos “cortes epistemológicos”² para individualizar aquilo que se dispõe a conhecer.

Não sem razões, o século XXI foi rotulado como “a era da incerteza”.³ Mas é inequívoco o progresso científico e tecnológico alcançado nas últimas décadas.

² O termo “corte epistemológico” tem sido utilizado para analisar eventuais rupturas, mudanças de mentalidade, verificadas ao longo da caminhada do conhecimento científico. Nas palavras de Jônatas Luiz Moreira de Paula: “O rompimento do saber jurídico acumulado, mais precisamente de seus paradigmas informadores, define-se como corte epistemológico e importa numa construção da realidade a partir dos dados disponíveis da ciência” (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002. p. 5-6). Este será o sentido em que será tomada a expressão no presente ensaio, em vez do tradicional “recorte epistemológico” a designar os métodos de análise científica.

³ A expressão, que intitula conhecida obra do economista John Kenneth Galbraith: *The age of uncertainty*, foi publicada pela primeira vez em 1977.

De maneira complexa, este progresso da ciência veio acompanhado de fortes questionamentos a respeito de suas finalidades. Um dos melhores exemplos foi a descoberta e o domínio humano sobre a energia nuclear: torna barata a possibilidade de universalização do acesso à energia, especialmente para populações mais pobres, mas, por outro lado, foi a partir deste domínio tecnológico que se alcançou a construção de armas com poder de destruição em massa.

Ante esta confusão, que necessariamente não é geradora do caos, até mesmo expressões habituais ao senso comum passam a soar duvidosas. Tome-se como exemplo o termo “ciências exatas”, associado aos ramos do saber cujo alicerce assenta na matemática, na física e na química. Seriam tão exatas assim? A teoria da relatividade rompeu com todas as certezas de seu tempo, ao demonstrar a curvatura da luz sob o efeito da gravidade.⁴ Mais recentemente, em julho de 2012, outra ruptura paradigmática se deu com a comprovação da existência do “Bóson de Higgs”, a que se deu a alcunha de “A Partícula de Deus”.⁵

A busca da verdade, conforme Edgar Morin, hoje se conecta à “investigação sobre a possibilidade da verdade”, da qual se extrai a necessidade de se “conhecer o conhecimento”. Pondera o autor que, a partir da divisão aristotélica dos ramos científicos, o saber fragmentou-se, sobretudo, a partir da polarização entre ciência e filosofia. Não obstante, o conhecimento é fenômeno multidimensional, ou seja, “simultaneamente físico, biológico, cerebral, mental, psicológico, cultural, social”.⁶

Sem hesitação, o mundo moderno abraça o ensinamento de Galileu Galilei, segundo o qual “a verdade é filha do tempo e não da autoridade”. Aqui se visualiza com maior clareza a importância da consciência epistemológica no universo

⁴ Recorde-se que a comprovação definitiva do acerto einsteiniano ocorreria somente no século XX, na cidade de Sobral, Ceará, diante de um eclipse solar. O método de observação consistiu no seguinte: quando a lua encobriu o sol, várias chapas fotográficas de câmeras acopladas a telescópios foram tiradas em sequência, para registrar a posição das estrelas próximas à borda do astro. Depois, as fotos foram comparadas a outras extraídas meses depois, durante a noite. A conclusão foi a de que Einstein estava certo, e que a luz realmente fazia uma curvatura. O historiador britânico Paul Johnson chegaria a dizer: “O mundo moderno começou em 29 de maio de 1919, quando fotografias de um eclipse solar, tiradas na Ilha do Príncipe, na África Ocidental, e em Sobral, no Brasil, confirmaram a verdade da nova teoria do universo” (O ECLIPSE de 1919: a comprovação da teoria da relatividade geral. *Fisicanet*. Disponível em: <https://www.fisica.net/relatividade/o-eclipse-de-1919.php>. Acesso em: 10 maio 2018).

⁵ PAULA, Rodrigo Uchoa de. Epistemologia jurídica evolutiva. In: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MELO, Alisson José Maia (Org.). *Estudos de epistemologia jurídica*. Curitiba: Prismas, 2015.

⁶ Para o autor, não há vida sem conhecimento: “o ser vivo só pode sobreviver num meio com e através do conhecimento desse meio. A vida não é viável nem passível de ser vivida sem conhecimento” (MORIN, Edgar. *O método 3: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 16). Mais adiante, reforça a conexão entre espírito humano e cultura ao afirmar que “a humanidade do conhecimento aparece-nos não somente como a união indissolúvel da animalidade e da humanidade do conhecimento, mas também como a união indissolúvel da humanidade e da culturalidade do conhecimento” (MORIN, Edgar. *O método 3: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 18).

jurídico: conhecer o direito é dominar a sapiência normativa e a arte prudencial de dada época, de dado momento. Por conseguinte, a adequada compreensão de cada matéria exige um olhar sobre a construção contextualizada de suas verdades essenciais.

Na cultura latina, das Sátiras de Juvenal extrai-se o brocardo: *Quis custodiet ipsos custodes?*⁷ Conquanto habitualmente empregado em temas afetos à política e à filosofia – como opressão governamental, tirania e corrupção –, deste pensamento é possível edificar outro dilema: quem explica a explicação? A busca dessa resposta exige, sem dúvida, uma caminhada epistemológica.

Algumas das questões a serem enfrentadas nesta província do saber podem ser sintetizadas por Boaventura de Sousa Santos: qual é a relação entre o conhecimento científico e a realidade que ele pretende conhecer? O conhecimento representa, descobre, cria ou inventa essa realidade? Quais os critérios pelos quais se afere a correção ou adequação dessa relação entre conhecimento e realidade? O conhecimento científico aspira à verdade, à eficácia, à verossimilhança, à coerência, à referencialidade? Se as verdades científicas de dado momento histórico são refutadas em momentos posteriores, há algo mais na verdade do que a história da verdade? O modo como a ciência está organizada e o modo como se realiza na prática interferem no tipo e na validade do conhecimento que produz? Qual é o verdadeiro papel do conhecimento científico?⁸

Concebido a partir da noção essencial de justiça, o direito pressupõe uma obrigatória interação entre o saber físico (dimensão material) e o abstrato (dimensão imaterial). O primeiro é sensível, visível, fático, experimentável, conteudístico, e a ele corresponde o ordenamento positivo. Neste aspecto, a responsabilidade civil é provavelmente o segmento cuja diretriz básica permanece intocável há mais tempo: ao causador do dano incumbe o dever da reparação.⁹ Já o plano da abstração é racional, invisível, deontico, filosófico; sua compreensão e aplicação se integram, cultural e intelectualmente, no contexto vivenciado.¹⁰ Nessa lógica, infere-se que são dois planos distintos, mas que na teoria do direito ocuparam

⁷ Em tradução livre, “quem vigia os vigilantes?”.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 19.

⁹ A obrigação de reparar o dano injusto é dever que acompanha o ser humano desde que este se organizou nos mais primitivos agrupamentos sociais. Finca raízes em milenares estatutos religiosos, como a Bíblia e o Alcorão. E já se fazia presente nos mais antigos textos de natureza jurídica, como os Códigos de Manu e Hamurabi.

¹⁰ Exatamente para atender a essa diretriz que a complexa realidade atual impõe uma erosão das tradicionais teorias causais, exigindo uma abordagem acerca da origem do dano mais consentânea e adequada à efetivação dessa diretriz. Nem sempre o causador da lesão poderá ser encontrado sob o tradicional enfoque naturalístico-determinístico da causa, razão pela qual as condições objetivas hodiernas evocam a ideia de “causalidade jurídica”.

espaços respeitáveis de discussão: para Arnaldo Vasconcelos, expoente dos jus-naturalistas, o direito natural seria parte substancial do saber jurídico.¹¹

Não raro os civilistas evocam a clássica lição de Ulpiano ao se reportar ao mandamento básico da responsabilidade civil.¹² A paz social exige que cada um viva honestamente, dê a cada um o que é seu e, sobretudo, *não cause dano a outrem*. Conquanto o direito de danos se erga a partir dessa ideia-força secular – o *neminem laedere* como dever primário e a obrigação de ressarcir como seu consectário –, novas luzes sobre ele se projetam na modernidade da “incerteza e do risco”.

Sob esse novo cenário, a concretude da responsabilidade civil dependerá de ajustes precisos. Alguns já foram realizados, como a emergência da responsabilidade civil e a própria objetivação da culpa, faltando estabilizar as mudanças que se deve agregar à concepção de nexos causal para albergar a causalidade jurídica. A realidade global com os problemas próprios à “sociedade de risco”¹³ permite a ocorrência de danos que ficarão irressarcíveis se, para a identificação do nexos causal, forem manejadas as teorias de causalidade naturalísticas.¹⁴ Os desafios que o mundo atual descortina reclama ajustes operacionais no instituto

¹¹ Arnaldo Vasconcelos acentuava que a ciência não tem domínio próprio que lhe seja exclusivo e que não existem objetos que por natureza sejam *científicos* e outros, *não científicos*: “já não há, pois, como colocar-se a indagação acerca da cientificidade do Direito, ou da Psicologia, ou da Religião, etc. Tudo, tudo mesmo, sem exceção, pode ser estudado cientificamente. A ciência não é algo substancial, mas sim processual e metodológico. Em outras palavras: nada é ciência, porém tudo pode ser apreciado e formulado em termos tanto científicos, como filosóficos ou metafísicos. Assim também o problema de Deus e do Direito Natural” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44).

¹² “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (*Digesto*, 1, 1, 10). Em livre tradução: “a justiça consiste na constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o seu direito. As regras de direito são essas: viver honestamente, não causar dano a outrem e atribuir a cada um o que é seu.

¹³ Na obra que disseminou a expressão “sociedade de risco”, o autor analisa a chegada do que nomina como a “segunda modernidade” ou “modernidade reflexiva”, na qual a distribuição dos riscos não toma em conta as diferenças sociais, econômicas e geográficas como ocorria na “primeira modernidade” (aquela decorrente das revoluções industriais e políticas que tiveram lugar na Europa a partir do século XVIII). Aponta, entre os principais perigos do mundo atual, os riscos ambientais, químicos, nucleares, genéticos e econômicos. Como os cinco maiores processos a serem enfrentados pela sociedade contemporânea, elenca: a globalização, a individualização, o desemprego, a revolução dos gêneros e os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros (BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: Sage, 1993).

¹⁴ Caitlin Sampaio Mulholland acentua que a dificuldade do ofendido em demonstrar a causa juridicamente relevante do evento danoso faz com que muitas vezes a vítima do dano injusto permaneça “irressarcida por conta de sua incapacidade ou impossibilidade objetivas de fazer a prova da existência de uma ligação causal entre o dano que sofreu e a conduta ou atividade que pretende ver imputada como a geradora do resultado”. Por isso “é que se faz necessário ampliar as hipóteses de juízo probabilístico da causalidade através da utilização do expediente da presunção por parte dos magistrados” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 194).

da responsabilidade civil para que ele venha a cumprir a sua finalidade, inclusive abrindo portas para novas funções além da compensatória.¹⁵

Não se discutirão aqui as bases abstratas e “fantasmagóricas” que em poderosas teorizações tal percepção do direito recebeu. Por outro lado, não há como deixar de se fazer o registro para Marx, quanto à centralidade que as coisas recebem do capital, a ponto de se constituírem em agentes, mas também em sujeitos dos movimentos tidos como “abstratos” da realidade econômica. Neste momento, devidamente percebido e dissecado por Lukács, a reificação (*Verdinglichung*) se deixa traduzir nas formas adquiridas pela propriedade, ações e relações humanas; formas agora independentes e que sujeitam a si os homens que a criaram, por meio do capital e seu movimento.¹⁶ Como consequência, a reificação consistirá num caso “especial de alienação, sua forma mais radical e generalizada, característica da moderna sociedade capitalista”.¹⁷ Nas conhecidas palavras de Marx:

No capital-lucro, ou melhor capital-juros, terra-renda fundiária, trabalho-salários, nesta Trindade econômica como conexão dos componentes de valor e riqueza além e acima de suas fontes, se completa a mistificação do modo de produção capitalista, a reificação das relações sociais, a incomensurável junção das relações de produção material com sua determinação histórico-social: o mundo encantado, invertido e posto de cabeça para baixo, onde Monsieur le Capital e Madame la Terre assombram como fantasmas, ora como personagens sociais e ao mesmo tempo como meras coisas.¹⁸

Em decorrência, premissas outrora tomadas como mandamentos absolutos passam a ser questionadas. Aqui se mostra adequado o pensamento de Karl Popper, para quem as verdades científicas são falíveis, falseáveis, posto que

¹⁵ Neste ponto, salienta Pietro Perlingieri, “assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 768).

¹⁶ LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe* – Estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 212 e ss.

¹⁷ BOTTMORE, Tom. *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1983. p. 314.

¹⁸ No original: “Im Kapital – Profit, oder noch besser Kapital – Zins, Boden – Grundrente, Arbeit – Arbeitslohn, in diese ökonomischer Trinität als dem Zusammenhang der Bestandteile des Werts und des Reichtums überhaupt mit seinen Quellen ist die Mystification der kapitalistischen Produktionsweise, die Verdinglichung der gesellschaftlichen Verhältnisse, das unmittelbare Zusammenwachsen der stofflichen Produktionverhältnisse mit ihrer geschichtlich- sozialer Bestimmtheit vollendet: die verzauberte, verkehrte und auf den Kopf gestellt Welt, wo Monsieur le Capital und Madame la Terre als soziale Charaktere und zugleich unmittelbar als bloße Dinge ihren Spuk treiben” (MARX, Karl. *Das Kapital*. Dritter Band. MEW Bb. III. Berlin: Dietz Verlag, 1969. p. 838).

somente consigam se manter até serem desafiadas por outras verdades posteriores; a ciência, na forma do modelo darwiniano, é um processo de “seleção de verdades”.¹⁹

A partir do critério da refutabilidade, Popper concebe o conhecimento como um conjunto de hipóteses, que poderão vir a ser ratificadas ou não. Pondera que ao cientista importa menos definir a certeza ou a segurança dos postulados científicos; o mais significativo é criticá-los, testá-los e, quem sabe, descobrir suas falhas e, a partir daí, construir teorias melhores. Em sua visão, os postulados não passam de conjecturas, equiparáveis a “balões de ensaio”. A falibilidade de Popper põe em evidência o momento posterior ao da elaboração da teoria, é dizer, aquele em que ela será submetida a verificações empíricas capazes de aferir sua solidez.²⁰

No que diz respeito ao direito, procede a lição de Agostinho Ramalho Marques Neto, para quem epistemologia jurídica deve evoluir da seguinte forma: *menos dogmática, mais dialética*.²¹ Conforme o autor, a dialética estuda um direito real, concreto, histórico, não um direito estático, conservador, reacionário, voltado para o passado, enclausurado em seus próprios dogmas. O saber dialético não se satisfaz com as normas jurídicas como “algo dado”; ao contrário, por saber que tais normas (como textos legais) são “construídas”, investiga que critérios científicos e axiológicos nortearam essa construção, que interesses servem. Em suma, conclui que a dialética põe em xeque até mesmo os princípios jurídicos, critica-os e, ao fazê-lo, constrói, renova, retifica, humaniza a realidade.

Assim é que a forma de interpretar o direito não deve se prender à cidadela dos códigos. Para que atenda aos objetivos de pacificação social, não é possível esquivar-se de cotejar a existência de um sistema jurídico aberto. Por meio de uma hermenêutica dialética atrelada às normas constitucionais e à contraprova da realidade, ampliam-se as possibilidades interpretativas, favorecendo uma aproximação ao mundo concreto, de sorte a tornar o direito um instrumento efetivamente útil à solução dos conflitos de interesse e à estabilidade social.²² Sob essas possibilidades é

¹⁹ Não se questiona, aqui, a possibilidade de conhecimentos permanentes. A premissa adotada é tão somente a de que as teorias que levaram à sua construção podem sempre ser aperfeiçoadas, sobretudo em razão do contexto sociocultural de cada momento – aspecto do qual a ciência jurídica não pode se descuidar (POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem: epistemologia jurídica e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001. p. 26).

²⁰ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 2. ed. Brasília: UnB, 1982. p. 254.

²¹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto e método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 131-132.

²² FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, p. 186-203, out./dez. 2011. p. 192.

que se redelineiam os contornos da responsabilidade civil, notadamente, pelo fim da culpa subjetiva e pela afirmação da causalidade jurídica.²³

Não é à toa que as capacidades crítica e reflexiva devem compor o ensino jurídico. Diretriz do Conselho Nacional de Educação exige a conciliação entre múltiplos saberes e competência pelo recurso à interdisciplinaridade, bem como a integração de teoria e prática (art. 2º, §1º, IV). Apregoa-se ainda a busca de uma formação geral, humanística e axiológica capaz de habilitar o bacharel a realizar a adequada análise dos fenômenos sociais. Em suma, não se estuda o direito aquiliano sem a conjugação, imprescindível, entre normatividade e faticidade; no mesmo passo, a plena compreensão do direito deve ser construída a partir de sua relação com outros ramos do conhecimento – e este papel cabe, por certo, à epistemologia.²⁴

3 As “revoluções científicas” no âmbito da responsabilidade civil

A responsabilidade civil, assim como o saber jurídico em geral, exige, de tempos em tempos, uma “virada copernicana” em seus axiomas, para garantir um olhar mais consentâneo com a vida na sociedade em dado contexto. Em certa medida e com alguma cautela, isso poderia rememorar Thomas Kuhn e a “teoria dos paradigmas e das revoluções científicas”.

Seu pensamento propõe que, na vigência de dado paradigma – expressão que toma como “modelo ou padrão de conhecimento” aceito e difundido entre os membros de dada comunidade científica –, aqueles que pesquisarem sob seu abrigo tendem a não formular críticas a ele, pois estão conformados com as mesmas regras e padrões para a prática científica. As “revoluções científicas” seriam, por conseguinte, os episódios extraordinários nos quais ocorre a mudança no conhecimento: “são os complementos desagregadores da tradição à qual a atividade da ciência normal está ligada”.²⁵ Em suma, cabe aos pesquisadores encontrar novas

²³ Na explicação de Díez-Picazo, “Ciertamente, cuando se trata de actividades que se encuentran especialmente vinculadas con desarrollos científicos o tecnológicos, resulta extraordinariamente difícil conocer bien la forma en que se han desarrollado los procesos causales. De esta suerte, el demandado puede quedar indefenso si carece de conocimientos suficientes o no dispone de los medios documentales y periciales necesarios al efecto. Por ello, algunos autores defienden que, en los casos difíciles, el juez puede contentarse con la probabilidad de la existencia de la relación de causalidad o con un sencillo cotejo, como dice DE ÁNGEL, de la mayor probabilidad de que exista la causalidad pretendida por el demandante frente a la tesis contraria” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999. p. 238).

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Resolução CNE/CES 9/2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º out. 2004. Seção 1. p. 17.

²⁵ KUHN, Thomas. *O caminho desde a estrutura*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 30.

e mais profundas leituras e desenvolver técnicas de argumentação que eventualmente possam levar à substituição de um paradigma por outro.^{26 27}

Estudar a responsabilidade civil é, inclusive, confrontar as bases sobre as quais o instituto está assentado, para averiguar a adequação do seu perfil funcional no contexto de cada época. Pressupõe, na verdade, um juízo de prognose – a ser realizado ao final deste estudo. Essas mudanças são sintetizadas no livro de Schreiber, cujo título é fiel ao conteúdo – “novos paradigmas da responsabilidade civil” –, pois objetiva informar a erosão havida em seus filtros tradicionais, notadamente a culpa e o nexo causal.²⁸

Observa-se que esse instituto experimentou profundas mudanças ao longo de sua milenar história. Na gênese, tinha como objetivo essencial a punição do ofensor, e não a reparação da ofensa. Não por acaso assim dispunha a Lei do Talião, pela qual era chancelada a vingança privada no famoso brocardo “olho por olho, dente por dente”.

No século III a.C., com o advento da célebre *Lex Aquilia*, duas premissas importantes foram fixadas: a proibição da vingança particular irrestrita e a possibilidade de reparação da ofensa pela via pecuniária, em substituição à “vingança privada”. Nela é possível vislumbrar alguns contornos da responsabilidade civil que até hoje remanescem.

Com o direito romano, distinguir-se-iam os *delitti publici* (mais graves, por atentatórios à ordem social) dos *delitti privati* (violadores da esfera individual) da vítima, e se reconheceu a noção de “obrigação *ex delicto*”, correspondente à “ação civil *ex delicto*”. Ainda nas ordenações latinas foi possível observar a bipartição entre a pena pública, focada no castigo ao malfeitor, e a pena privada, de índole civilística, cujo escopo estava no justo ressarcimento devido à vítima.

Este cenário se manteria, no geral, inalterado até as grandes codificações oitocentistas – que protagonizariam outra profunda alteração na matéria. Influenciados pela Escola do Direito Natural, capitaneada por Hugo Grócio,²⁹ os

²⁶ KUHN, Thomas. *O caminho desde a estrutura*. São Paulo: Unesp, 2006. p. 30.

²⁷ A história do direito bem demonstra o acerto de sua postulação. Do idealismo jusnaturalista ao pós-positivismo da contemporaneidade, a ciência jurídica navegou diversos mares: criticismo kantiano; positivismo e neopositivismo; Escola da Exegese e sua grande oponente, a Escola Histórica do Direito; dogmatismo kelseniano; realismo; neoconstitucionalismo... as escolas de pensamento se sucedem, mas o que fica patente é que as “revoluções científicas” a que se refere Kuhn são parte essencial do que se concebe como ciência jurídica.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁹ A perspectiva jusnaturalista da obrigação de indenizar em Grócio emerge clara da seguinte passagem: “Chegamos ao que pelo Direito Natural é devido por causa do Erro. Demos o nome de *erro* a toda culpa, seja por ação ou omissão, que está em discordância com aquilo que os homens deveriam fazer, seja por sua ligação comum, ou por alguma qualidade especial. Pelo Direito Natural, essa culpa dá origem a uma obrigação se o erro for acompanhado de dano; a saber, a obrigação de reparar o erro” (MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 94).

códigos civis da era moderna buscaram estruturar e metodizar os pilares básicos da responsabilidade civil em torno da obrigação de indenizar – corolário de um sentimento inato de justiça. O iluminismo reforçaria substancialmente a ideia básica de que o indivíduo deveria arcar com as consequências nefastas decorrentes de seus atos, desde que culposos. Iniciava-se a era de ouro da *responsabilidade subjetiva*, quando as indagações mais agudas acerca do direito aquiliano gravitavam ao redor da culpa.

A vinculação indissociável entre culpa e responsabilidade encontraria sua fórmula mais célebre no art. 1.382 do Código Civil francês, vigente há mais de duzentos anos: “qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”. Essa diretriz “partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo”,³⁰ alçando o elemento subjetivo à condição de parte essencial do dever ressarcitório. Ao direito caberia a análise da voluntariedade da conduta para, a partir daí, tomadas em conta a maturidade e sanidade do ofensor – ou seja, se este teria ou não condições de compreender a ilicitude de seus atos –, imputar-lhe as consequências legalmente adequadas.

A responsabilidade subjetiva foi integralmente acolhida pelo antigo Código de Beviláqua, cujo art. 159 condicionava a responsabilização de alguém à demonstração de sua culpa. Aliás, o componente subjetivo “culpa” integrava a própria substância do ato ilícito.³¹ Entretanto, a realidade não tardou a demonstrar que a obrigação de provar a culpa subjetiva do ofensor, na prática, seria obstáculo quase intransponível às ações indenizatórias. Não raro, a imprescindibilidade da presença da culpa resultaria, de fato, na inviabilização do ressarcimento.

Ainda na década de 1960, Stefano Rodotà alertou que a maioria das obras sobre responsabilidade civil passava ao largo de cogitar rupturas científicas em relação ao modelo subjetivista vigente. Limitava-se a compilar inéditas hipóteses de dano indenizável levadas aos tribunais. Sem a devida atenção exigida pela matéria, ou seja, sem maiores indagações técnicas e metodológicas. Desta forma, tais estudos pouca relevância doutrinária produziram. Rodotà se converteria num dos mais criativos formuladores da crítica à base do direito civil: a propriedade privada. Em sua conhecida obra, *Il terribili diritto*, Rodotà³² recupera a conhecida

³⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30.

³¹ Conforme Clóvis Beviláqua, “no Projeto primitivo o ato ilícito aparecia somente como causa geradora de obrigações no livro respectivo. A Comissão revisora destacou-o, porém, na parte geral, sem atender a que lhe faltava para isso a necessária amplitude conceitual, e alterando, assim, o sistema do Projeto. Alteração mais profunda proveio da emenda do Senado, que introduziu no conceito de ato ilícito a menção da culpa, estranha ao Projeto primitivo e que a Câmara não julgara necessário acrescentar ao dispositivo” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975. Edição histórica. p. 426).

³² RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967.

frase de um liberal do século XVIII, Cesare Beccaria: “Ma come questo no è per l'ordinario que il delitto dela miseria e dela desesperazione, il delitto de quella infelice parte di uomini a cui il diritto de proprietá (terribile, e forse non necessário diritto) non há lasciato che una nuda esistenza [...]”.³³

A gradativa superação do Estado liberal pelo Estado social e o intenso progresso tecnológico dos séculos XIX e XX foram fatores decisivos para mais uma profunda mudança substancial: a *objetivização* da responsabilidade civil, percebida de modo pioneiro, entre nós, por Alvíno Lima.³⁴ O legislador pátrio a isso se atentou, e o Código Civil de 2002 introduziu a *cláusula geral* de responsabilidade objetiva, decorrente do risco da atividade, no parágrafo único de seu art. 927. A norma deu ao Poder Judiciário ampla discricionariedade na avaliação das hipóteses de incidência da responsabilidade civil sem culpa, posto que o legislador quis se referir àquelas atividades habitualmente desenvolvidas pelo ofensor e que implicam alto risco ou um risco maior que o normal, justificando o sistema mais severo de responsabilização.³⁵ No atual sistema pátrio, as modalidades subjetiva e objetiva convivem e se complementam.³⁶

Nem mesmo a responsabilidade civil subjetiva permanece atrelada àquela culpa intrínseca, vinculada ao aspecto intimista da pessoa. A culpa passa a ser nominada como um desvio de conduta comparativamente ao comportamento socialmente esperado.³⁷ Essa virada já tinha sido registrada por Alvíno Lima quando advertia sobre o perigo ou mesmo a impossibilidade de se perquirir a culpa como aspecto íntimo da consciência do agente. A culpa psicológica cede à culpa objetiva, afastando elementos imputáveis à seara da moral para apreciar somente erro de conduta em face do comportamento esperado socialmente, excluindo-se, porém, as circunstâncias internas e pessoais, do agente.³⁸

A chegada do século XXI trouxe novas inquietações sobre a responsabilidade civil, permitindo-nos reafirmar a necessária abertura das estruturas tradicionais.

³³ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e dele pene*. A cura di Renato Fabietti. Mursia, Milano: Letteratura italiana Einaudi, 1973. p.56.

³⁴ LIMA, Alvíno. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 807.

³⁶ Nesse ponto, as palavras de Miguel Reale, supervisor da elaboração do projeto de lei que se transformou no Código Civil atual: “Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Indagava eu. Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental” (REALE, Miguel. *Cultura e linguagem*. 2017. *Professor Miguel Reale*, 26 abr. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/absncc.htm>. Acesso em: 12 mar. 2019).

³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

³⁸ LIMA, Alvíno. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 109.

Superamos a culpa subjetiva conforme simplifica Marcos Catalan em *A morte da culpa*.³⁹ Mas fomos além. É indispensável aceitar a causalidade jurídica para além das teorias causais de índole naturalística,⁴⁰ é fundamental admitir a ampliação das funções do próprio instituto, com mostra Rosenvald, inclusive para acolher a possibilidade de uma função punitiva à responsabilidade civil.⁴¹ Teresa Ancona Lopez sustenta que cabe ao instituto uma função preventiva, especialmente para responder aos problemas correlacionados aos danos difusos como a ofensa ao meio ambiente.⁴² Com tantas mudanças, há quem sustente a transição da responsabilidade civil para um verdadeiro direito dos danos.⁴³

4 A bússola epistemológica da responsabilidade civil: o que o futuro reserva?

Na atual quadra, “tudo, ou quase tudo em direito, acaba em responsabilidade civil”, esta convertida em “uma espécie de estuário onde deságuam todas as áreas do direito – público e privado, contratual e extracontratual, material e processual; uma abóbada que concentra e amarra toda a estrutura jurídica”.⁴⁴ Dito isto, o conhecimento epistemológico não apenas se volta para o passado, mas convida a um juízo de prognose para conjecturar sobre o que o futuro reserva.

A turbulenta primeira metade do século XX, que testemunhou a ascensão de regimes totalitários e a eclosão de duas grandes guerras mundiais, trouxe mudanças decisivas. A partir de então, o pensamento jurídico descredencia de importância as divisões tradicionalmente reconhecidas, a exemplo das dicotomias entre direito público/privado e jusnaturalismo/positivismo.⁴⁵ Compreende-se o

³⁹ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

⁴⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

⁴¹ Conquanto faça referência também à “função precaucional” da responsabilidade civil, o autor considera mais apropriado compreender a prevenção como princípio do direito dos danos e não como uma quarta função, ao lado das funções reparatória, punitiva e precaucional (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 95).

⁴² LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. As tragédias havidas nos municípios mineiros de Mariana e Brumadinho expõem de maneira aguda essa necessidade.

⁴³ DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

⁴⁴ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. XIII. p. 35.

⁴⁵ Segundo Konrad Hesse, o momento decisivo para a guinada dogmática que revolucionou as relações entre o direito constitucional e o direito privado, bem como as tarefas e funções de cada seara, foi o final da Primeira Guerra Mundial. A partir dali, o trato desses diferentes âmbitos jurídicos passou da justaposição e afastamento original a uma relação de recíproca complementaridade e independência. Direito constitucional e direito privado “aparecem como partes necessárias de uma ordem jurídica unitária que

sistema jurídico em sua unidade amalgamada pelas normas constitucionais que condensam os valores de justiça socialmente reconhecidos, destacando a dignidade da pessoa humana. Disso decorre uma ampla tutela dos direitos fundamentais (reconhecida de modo expresso, convém sublinhar, a *fundamentalidade* do direito à reparação do dano no art. 5º, V e X da CF/88) e da personalidade, com impacto, inclusive, nos institutos tradicionalmente privatistas.⁴⁶

No pós-guerra, o chamado “neoconstitucionalismo” – marcado, segundo Prieto Sanchís por a) mais princípios que regras; b) mais ponderação que subsunção; c) mais Constituição do que lei; d) mais juiz que legislador –, paradoxalmente levou a arriscado caminho: o da judicialização da política, consequência do esvaziamento do dirigismo constitucional escolhido pelo constituinte de 1987/88:

No Brasil das últimas décadas, a reformulação do “senso comum teórico dos juristas” (Warat, 1982) vem ocorrendo a partir de duas vertentes: as teorias do “neoconstitucionalismo” e dos direitos fundamentais. Com o deslocamento das decisões de natureza política, econômica e social dos espaços democráticos do Parlamento e do Executivo para o do Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, a agenda institucional do Brasil passou a ser formulada em ambientes sem transparência e por agentes públicos sem investidura por voto popular, sem mandato, nem controle político e social. A legitimação discursiva para tanto vem das teorias antes mencionadas. [...] Eis o canto da sereia: a propagação de um fetichismo constitucional através de uma visão da constituição como tábua de salvação do país e um sentimento de crença na constituição como “religião civil”, o que não ocorreu na prática e nos faz adotar postura de ateísmo

se complementam, se apoiam e se condicionam. Nesse ordenamento integrado, o direito constitucional resulta de importância decisiva para o direito privado, e o direito privado de importância decisiva para o direito constitucional” (HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995. p. 69-70; 81). Igualmente, Habermas aponta o final da Primeira Grande Guerra como o marco temporal em que surgiu uma certa mistura de tipos que, de início, “foi registrada sob a rubrica publicização do direito privado; mais tarde aprendeu-se a considerar o mesmo procedimento também sob o ponto de vista inverso, o da privatização do direito público”, até chegar-se ao quadro atual, em que “elementos do Direito Público e do Direito Privado se interpenetram até a incognoscibilidade e a indissolubilidade” (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria de sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 78).

⁴⁶ Como obtemperam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O termo “pós-positivismo” surgiu para designar de maneira genérica “valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. Forma-se atualmente um quadro de valorização dos princípios, de sua incorporação pelos textos constitucionais e reaproximação entre direito e ética (BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336).

(Kennedy, 1995) quando olhamos para as consequências concretas disso no plano da materialidade da vida social.⁴⁷

Porém, o fenômeno da judicialização da política não pode ser confundido ou mesmo depreciar a hermenêutica dialética e criativa que visa a superar a estagnação dos institutos civilistas tradicionais. Ainda que o renovado direito civil não se faça nos códigos, como pondera Ricardo Aronne,⁴⁸ não está fechado a eles, pois na verdade é fruto de uma reconstrução epistemológica, capitaneada por uma jurisprudência nucleada na dimensão existencial da pessoa humana, epicentro dos valores constitucionais. Isso implica “uma ruptura material, de compromissos, com a proposição tradicional [patrimonialista] do Direito Civil”.⁴⁹

A passagem do paradigma patrimonialista para o existencialista no âmbito do direito aquiliano foi igualmente detectada pelo civilista peruano Carlos Fernandez Sessarego, para quem resulta evidente a impossibilidade de se “substituir o lugar central que ocupa a pessoa dentro do Direito para colocar neste privilegiado lugar o patrimônio”; uma tal visão materialista equivaleria à distorção do sentido jurídico para a vida humana. Pondera o autor que o patrimônio deve ser protegido, porém esta proteção deve ser realizada “considerando o patrimônio como instrumento indispensável para que o homem possa se realizar como pessoa, mas não considerando o patrimônio como um fim em si mesmo. A proteção ocorre em função do ser humano, criador, destinatário e protagonista do direito”.⁵⁰ Esta é a mesma orientação da doutrina de Pietro Perlingieri, para quem os interesses existenciais prevalecem se confrontados, no caso concreto, com os interesses patrimoniais, porque a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas não corresponde aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente.⁵¹

Essa mudança de eixo evidentemente impacta o saber que envolve o direito de danos e seus elementos básicos, a saber: a lesão indenizável, a causalidade,

⁴⁷ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018. p. 10-12. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/37470-125988-2-PB.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴⁸ ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 38.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵⁰ FERNANDEZ SERRAREGO, Carlos. Reparación del daño a la persona. In: FERNANDEZ SERRAREGO, Carlos. *Daños a la persona*. Montevideo: Editorial del Foro, 1996. p. 337.

⁵¹ Em semelhante passo, Gustavo Tepedino enfatiza a necessidade de se diferenciar as relações jurídicas patrimoniais das relações jurídicas existenciais, posto se fundarem em lógicas díspares: “tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III. p. 32). “A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 760).

o fundamento da obrigação de indenizar e as possibilidades de arbitramento da indenização, não mais vinculada ao padrão monetarista. Na mesma senda, exige um repensar acerca das funções que recaem sobre a responsabilidade civil na contemporaneidade, como já referido.

Consoante Tereza Ancona Lopez, ao lado da tradicional função compensatória atualmente é possível identificarem-se pelo menos dois outros propósitos na obrigação de indenizar: as funções *preventiva* e *dissuasória*. Na sociedade de risco em que vivemos, esta mudança de mentalidade “é semelhante àquela que levou à introdução da responsabilidade objetiva e coletiva em um sistema todo fundamentado na responsabilidade individual e na culpa”.⁵²

Judith Martins-Costa, ao discorrer acerca da dimensão preventiva da responsabilidade civil, sublinha que no processo evolutivo de dado instituto jurídico é preciso que a doutrina “não se aferre a dogmas que bem vestiam tão só a função antiga, restando a nova como roupas mal cortadas, em massa produzidas”. Destarte, pondera que é de ser abandonada a insistência de atribuir-se à responsabilidade civil um caráter estritamente reparatório, “como se fosse incompatível com sua natureza a incorporação de elementos de punição e exemplaridade”.⁵³

A partir dessas “rupturas epistemológicas”, os elementos de detecção do dano indenizável ganham renovada vida, pois há algo mais no horizonte além das tradicionais “conduta do ofensor” e “relação causal”. Outros critérios de valoração, como o dever de proteção ao próximo (*duty of care*), a ausência de medidas preventivas (*carelessness*) e a proximidade do dano (*remoteness*), entram em cena na análise da obrigação de indenizar, como acentua Guido Alpa.⁵⁴

Nessa vertente, enfatize-se que a fixação judicial do ressarcimento deve ser focada não apenas no *dano*, como propõe o art. 944 do Código Civil, mas sobretudo na *pessoa*.⁵⁵ Aqui se detecta a requalificação do elemento-chave da responsabilidade

⁵² LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 17.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 441.

⁵⁴ De igual forma, Roberto Altheim enfatiza que a atual abertura do sistema da responsabilidade civil exige uma necessária conjugação da postura tópico-indutiva à lógico-sistemática na solução dos casos concretos. Para tal desiderato, já não se parte mais de uma moldura abstrata prevista em lei (postura sistemático-dedutiva), mas sim do embate entre válidos pontos de vista argumentativos (postura tópico-indutiva) (ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 434). Disso se conclui que diversos pontos de vista argumentativos podem ser tomados em conta na solução das situações danosas concretas, na conformidade dos valores constitucionais (ALPA, Guido. Dove va la responsabilità civile? *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Pádua, n. 3, p. 175-184, 2010).

⁵⁵ Convém sublinhar que a norma codificada em questão deve, como todas as demais normas de nosso ordenamento, ser interpretada e aplicada em consonância com o art. 5º da LINDB (Lei de Introdução às

civil. O malfeito suscetível de reparação deixa de ser aquele decorrente da violação de norma jurídica posta e passa a ser tão somente o *dano injusto*, presente quando, após uma ponderação contraposta dos interesses tutelados juridicamente do lesante e da vítima, considera-se que o prejuízo não deve ser suportado por esta última.⁵⁶

Da conjugação entre a necessária reação jurídica ao dano injusto e a adequada tutela da pessoa humana decorre o surgimento de novas espécies de lesão. Em obra referencial, Anderson Schreiber invoca a jurisprudência italiana para mencionar, por exemplo, o “dano à vida de relação”, o “dano pela perda de concorrentialidade”, o “dano por redução da capacidade laboral genética”, o “dano sexual” etc.⁵⁷ Não poderia ser de modo diverso, dado o abandono dos sistemas subsuntivos fechados e a superação epistemológica do modelo estruturado numa legislação estática com *fattispecie* determinadas.

Noutra vertente, afigura-se claro que a ciência jurídica e os tribunais⁵⁸ devem se libertar do paradigma monetarista, mediante o recurso a diferenciadas ferramentas de reação jurídica que alcancem o maior objetivo da indenização: a uma, reestabelecer a situação da vítima nos moldes anteriores à lesão, na máxima medida possível; a duas, desestimular a repetição do comportamento antijurídico por parte do ofensor. Desta forma a responsabilidade civil se alinha aos demais institutos privados no atendimento de sua função social, exigência incontornável dos tempos modernos.

Como se observa, a tutela integral e efetiva da pessoa humana exige que a indenização possa albergar os instrumentos de efetiva promoção da pessoa humana, independentemente da fonte originária do dever violado, seja no âmbito contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado.⁵⁹

Já se fez referência nesse estudo à objetivização da responsabilidade civil. Agora bem, ao passo em que decresce o peso do fator culpa, altera-se o peso e

Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais que a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Nesse sentido, o arbitramento do dano deve ser proveitoso não apenas para a vítima, mas para todo o tecido social, de modo a prevenir novas ofensas pela dissuasão do lesante.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 365.

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

⁵⁸ A atuação dos órgãos judiciários é posta em relevo por Claus-Wilhelm Canaris, para quem a elaboração pretoriana pode “remediar” eventuais transgressões do legislador privado. À guisa de exemplo, pondera que o “direito delitivo” alemão era falho na proteção da personalidade, mas o Supremo Tribunal Federal “eliminou esse déficit, incluindo o assim chamado ‘direito geral de personalidade’ no grupo dos direitos tutelados pelo direito dos delitos (direito da responsabilidade aquiliana)” (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 241-242).

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 52.

o significado da causalidade nas demandas de cunho indenizatório. Muito além das concorrências causais,⁶⁰ tem-se o problema do “risco do desenvolvimento” que caminha firme pelas vias da sociedade de risco. O problema se agrava porque a jurisprudência brasileira, não obstante tenha desempenhado um papel fundamental na evolução da responsabilidade civil, é bastante confusa no que tange ao nexos causal⁶¹ e aos fatores capazes de levar à sua desintegração, a saber, as excludentes de responsabilidade.⁶² De igual sorte, há apego visível às teorias causais naturalísticas, resistindo à ideia de causalidade jurídica.⁶³

A caminhada epistemológica do direito aquiliano conduz à busca de soluções jurídicas que evitem deixar a vítima sem o justo ressarcimento. Nesta linha, Anderson Schreiber:

hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.⁶⁴

⁶⁰ “Suponha-se que alguém fica gravemente ferido entre a laticia de um veículo, num acidente de trânsito. Outra pessoa corre a socorrê-lo e consegue retirá-lo precisamente no momento em que o carro se incendia, pelo que também acaba sofrendo queimaduras. Um e outro são levados ao hospital, e ali ficam em tratamento por algumas semanas. Durante o tratamento, um deles (não importa qual) pega uma infecção hospitalar. Anos depois ainda tem uma recaída, consequência das mesmas lesões. E ainda nesse exemplo são cogitáveis outros danos, para os sinistrados e para outras pessoas. Suponha-se que um deles, por causa do internamento, deixou de fazer negócio lucrativo, ou que a sua esposa sofreu um ataque cardíaco, ao saber da notícia que o marido estava no hospital, ou ainda que ele era artista a caminho de uma apresentação e que os seus fãs, ignorando o sucedido e exasperados pelo tempo de espera, iniciam um processo de quebra-quebra... Em relação a todos os danos descritos pode-se afirmar que nenhum teria se verificado, se não houvesse ocorrido o acidente de trânsito. O responsável por este (se seja a sua responsabilidade subjetiva, seja objetiva) terá de responder por todos eles? Trata-se de interrogação suscetível das mais diversas respostas, conforme a concepção de causalidade de que se parta” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 587-588).

⁶¹ Apesar de toda a confusão conceitual, os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em geral fazem referência à teoria da causalidade adequada. Porém, em termos práticos, pondera Gustavo Tepedino que se tem invocado a causalidade adequada “não em termos de probabilidade ou de maneira abstrata, como doutrinariamente formulada, mas em concreto, como a causa adequada e eficiente para a produção do dano”. Noutras palavras, a responsabilidade é dirigida à causa *necessária* do dano, sem a qual este não existiria (TEPEDINO, Gustavo. O nexos de causalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Comentários ao acórdão no Resp 620.777. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2011. p. 478-479).

⁶² Convém lembrar a antiga polêmica, hoje superada, que durante algum tempo grassou entre as Terceira e Quarta Turmas do STJ, que tinham visões distintas acerca da responsabilização das empresas de ônibus pelos danos sofridos por passageiros vítimas de assalto durante o transporte coletivo. A Segunda Seção, que abrange as turmas de direito privado, somente em 2005 pacificou a orientação de que este evento é de ser tomado como causa excludente da responsabilidade da pessoa jurídica, vez que se trata de fato de terceiro inteiramente estranho à atividade de transporte (fortuito externo). Por conseguinte, rompido o liame causal, fica isento o transportador da obrigação de indenizar.

⁶³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 31.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 161.

Outro aspecto relevante é o reconhecimento da fundamentalidade material do direito à justa reparação (art. 5º, V e X da CF/88). Considerando-se que a maioria dos processos indenizatórios envolve atores privados,⁶⁵ a implementação efetiva desse direito fundamental ocorre, em bem maior medida, na sua “dimensão horizontal” (*drittwirkung*). Ressalta-se que, considerando a unidade da ordem jurídica, a Constituição Federal exercerá papel decisivo na leitura dos institutos civilísticos tradicionais. Cumpre à norma constitucional a tarefa de integração hermenêutica de todas as normas e institutos jurídicos à unidade axiológica que impõe coerência ao sistema. Assim, a solução delineada por Canaris,⁶⁶ que dialoga com a proposta metodológica de Pietro Perlingieri, é uma excelente alternativa para fundamentar a releitura da responsabilidade civil com o seu ampliado perfil funcional voltado à tutela da pessoa.⁶⁷

O cenário atual permite o delineamento doutrinário de teses impensáveis outrora, para os mais tradicionais teóricos da causalidade: (i) a possibilidade de se *presumir* a existência do liame jurídico entre dois eventos e (ii) a de se responsabilizar diretamente *todo um grupo de pessoas*, quando não se revelar possível identificar com precisão quem é o verdadeiro ofensor.

Nesta linha, a jurisprudência trabalhista tem sufragado a tese de que nas doenças profissionais o nexa causal entre a patologia e a atividade laboral é presumido, de sorte que ao empregador incumbe o ônus de provar o contrário.⁶⁸ Já a chamada “causalidade alternativa” consiste em uma técnica de responsabilização coletiva e incide quando, no caso concreto, é possível constatar que a causa da lesão partiu de determinado grupo, mas não se tem como precisar com exatidão qual foi o autor; neste cenário, todos são tratados como potenciais causadores do malefício.⁶⁹

⁶⁵ Dos mais de 80 (oitenta) milhões de processos ainda em curso perante os mais de 90 (noventa) tribunais do Brasil, é a Justiça Estadual que concentra quase 80% (oitenta por cento) dos feitos (na Justiça Federal tramitam 12,9%). Somado este número aos 6,9% que correm na Justiça Trabalhista, fica evidente que a proporção de demandas contra particulares é bem superior às que têm o Estado no polo passivo (dados de 2018, extraídos do CNJ).

⁶⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁸ O ponto de viragem foi o advento da Lei nº 11.430/06, que criou a figura do nexa técnico epidemiológico previdenciário (NTEP) ao acrescentar o art. 21-A na Lei nº 8.213/91. Com isso, passou a ser presumido o nexa causal entre a doença (código CID) e o trabalho exercido (código CNAE). Caso o diagnóstico do empregado apresente conexão com a atividade explorada pelo empregador, haverá presunção de que esta foi a causa da doença, recaindo sobre o patrão o dever de demonstrar que a patologia é a consequência de outros fatores.

⁶⁹ Exemplo frequentemente citado é o dos danos sofridos por passantes que são atingidos por objetos lançados de edifícios. Em sendo impossível identificar o autor do arremesso, recai a responsabilidade sobre o condomínio. Em suma, esta teoria viabiliza que responda o grupo inteiro pelos danos causados por um de seus componentes. A grande vantagem processual da teoria da causalidade alternativa é estimular os integrantes do grupo coletivamente responsabilizado a identificar o verdadeiro causador do infortúnio, retirando-o do anonimato.

Destaca-se também a importância do *nexo de imputação* entre certos fatos e determinados agentes. Assim se torna possível alcançar os últimos responsáveis por certos eventos – ainda quando não tenham, no plano concreto, praticado nenhum ato diretamente ligado ao infortúnio. A opção jurídica sobre quem deve suportar as consequências de certos acontecimentos varia conforme o contexto sociocultural – e o momento presente pede a expansão da imputabilidade, para reduzir o número de vítimas deixadas ao desamparo, privilegiando a solidariedade social e a justiça distributiva.⁷⁰ Como explica Maria Celina Bodin de Moraes, é questão central da responsabilidade civil hodierna a determinação, segundo critérios temporais de conveniência, das “condições em relação às quais um dano deve ser suportado por um sujeito ou por outro”.⁷¹

Por fim, cumpre acentuar que não se está a propugnar por uma explosão de litigiosidade, nem por uma desenfreada corrida aos tribunais diante dos mais comezinhos revezes cotidianos – a tão propagada “indústria do dano moral” que, é bom que se diga, jamais existiu no Brasil.⁷² Reconhecer que há novas formas de se garantir a reparação integral nem de longe equivale a defender a tese de que os juízes devam acatar toda e qualquer demanda, por mais frívola que seja.

O que se pretende demonstrar é que conhecer epistemologicamente a responsabilidade civil, em sua trajetória milenar, conduz à percepção que o significado de seus elementos tradicionais atravessa uma virada copernicana, uma “revolução científica”. Eflui para um verdadeiro direito de danos com o propósito de fazer frente aos desafios que a proteção integral da pessoa impõe.⁷³

⁷⁰ No contexto consumerista, em que a responsabilização objetiva dos partícipes da cadeia causal é a regra, verifica-se a ampliação do nexo de imputação “para abranger outras pessoas, que, embora não tendo relação direta com o produto ou o serviço no momento de sua criação, instante provável do surgimento do defeito, participam ativamente da sua circulação no mercado de consumo até chegar às mãos do consumidor ou usuário, como ocorre com o importador, o distribuidor, o comerciante. Estabelece-se, assim, na responsabilidade por acidentes de consumo, uma ampliação do nexo de imputação para abranger pessoas que, no sistema tradicional, não seriam atingidas” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171).

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

⁷² “Ao contrário do que se propaga, inexistente em nosso País a denominada indústria das indenizações, mas uma verdadeira indústria das lesões, diante da constante violação de direitos, implicando danos provocados às pessoas pelo Estado, pelos fornecedores, em decorrência da celebração de contratos de massa que provocam serviços e produtos massificados, ou ainda pelas partes, nas relações de direito civil” (DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 501).

⁷³ A imposição da autoridade e respeito à lei a litigantes habituais – como bancos, seguradoras, operadoras de telefonia, administradoras de cartão de crédito, poluidores ambientais, entre outros – tem sido relegada a segundo plano. No âmbito pretoriano prioriza-se, acima de tudo, evitar o enriquecimento sem causa da vítima, ao fundamento genérico de não se fomentar uma suposta “indústria do dano moral”. Ora, o que desfila perante nossos olhos, isso sim, é uma “indústria da ilegalidade generalizada”, triste cenário em que grandes somas são obtidas não pelas vítimas, mas pelos agentes, que se valem de explícitas e cotidianas violações, planejadas e lucrativas – tudo com a conivência de um Poder Judiciário permissivo, muito mais preocupado em combater moinhos de vento (o “enriquecimento ilícito da vítima”) do que em moldar transformações concretas de conduta em benefício da coletividade. A persistência dessa distorcida concepção da reparação de danos como meio de locupletamento, e não como direito fundamental, atenta de maneira drástica contra o sobreprincípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana. Em reverso,

5 Conclusão

Na “era da incerteza” contemporânea, em que a “sociedade de risco” vive assolada pela permanente ameaça do dano, espera-se a ampliação da confiança em todas as áreas do conhecimento humano, de modo a gerenciar melhor esse risco. No âmbito do direito, é possível dizer que a responsabilidade civil funciona como um importante instrumento para a coesão social e enfrentamento dos eventuais danos dali decorrentes. Não raro, esses mesmos danos emergem desafiando as balizas tradicionais do instituto e, para que o direito possa oferecer uma resposta adequada, muitos dos seus filtros seculares foram esgarçados. Morre a culpa subjetiva, amplia-se a responsabilidade civil sem culpa, enquanto novas teorias causais procuram lastrear o fundamento do nexo. Surgem “novos danos” exatamente para mostrar que as relações sociais assumiram novas nuances, qualificando como antijurídicas certas situações fáticas anteriormente toleradas e desimportantes à responsabilidade civil. Abandono afetivo, perda do tempo útil, dano estético são exemplos ilustrativos.

O estudo epistemológico dos elementos mais tradicionais – conduta, dano e causalidade – passa por um momento de reconstrução. Está em curso uma revolução científica no âmbito da matéria, a exigir a atualização dos antigos “paradigmas” construídos a partir das grandes codificações oitocentistas.

Em busca de ampliar a tutela à pessoa, o perfil funcional da responsabilidade civil impõe a primazia das situações subjetivas existenciais às patrimoniais, enfocando, inclusive, a necessária reparação do dano injusto. Agregam à função reparatória e compensatória as funções preventiva e dissuasória, e até mesmo a função punitiva. Tudo para garantir o acolhimento ressarcitório à vítima, e ampliar a coesão social pela adequada gestão do risco.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; COSTA, Adriano Pessoa da. Análise epistemológica da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 17-37, jul./set. 2019.

Recebido em: 08.06.2019

1º parecer em: 08.07.2019

2º parecer em: 08.07.2019

tomar a reparação de danos como direito fundamental é, nada menos, reconhecer-lhe a carga axiológica que lhe foi atribuída por nossa ordem constitucional (CF/88, art. 5º, V e X).