V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

ARTURO CAUMONT

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Arturo Caumont, Orlando Celso Da Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-227-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil contemporâneo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O Direito Civil vive um momento de transição. Suas instituições, tradicionais e milenares, vêm se adaptando a novas realidades, em constante, mas saudável, tensão entre uma visão mais publicista e constitucional e uma visão mais privatista. Esta última, apesar de fulcrada na tradição, não se olvida da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro e nas novas demandas. Há, por um lado, na dinâmica atual uma utilização de disposições constitucionais abertas aplicadas à legislação civil (Direito Civil Constitucional), mas por outro o Código Civil permanece como o código da liberdade do indivíduo (Direito Civil contemporâneo).

Os artigos presentes nesta coletânea apresentam os dois pontos de vista, representando a pesquisa de ponta produzida pelas instituições nacionais, com a honrosa colaboração do professor Arturo Caumont, da Universidad de la Republica - Uruguay.

Prof. Dr. Orlando Celso Da Silva Neto - UFSC

Prof. Dr. Arturo Caumont - UDELAR

A RESPONSABILIDADE CIVIL HODIERNA E A NECESSIDADE DE ESTRUTURAÇÃO DE UMA RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA COMO CRITÉRIO FUNDANTE À TUTELA DAS DIGNIDADE E PERSONALIDADE HUMANAS.

THE CURRENT CIVIL LIABILITY AND THE NEED OF A STRUCTURE OF A PRESUMED RESPONSIBILITY AS FOUNDATIONAL CRITERIA TO THE PROTECTION OF DIGNITY AND HUMAN PERSONALITY.

Pedro Augusto De Souza Brambilla [1]
Julio Pallone [2]

Resumo

O presente trabalho apresenta um instituto que se mostra, frequentemente, ineficiente, refletindo a crise do direito privado. Dessarte, inicialmente, abordou-se os elementos consolidados em nosso ordenamento jurídico, que ainda abrem espaço para a ausência de reparação de danos. Este celeuma mostra necessária a releitura da responsabilidade civil, pela elaboração de máximas fundantes, aptas a abarcarem estas possibilidades. Esta releitura crítica aponta para um estado de ideias que eleva a dignidade da pessoa humana como critério elementar. Esta nova vertente preconiza uma responsabilidade pressuposta, não mais dependente da culpa, em nome da dignidade da pessoa humana e dos direitos dela decorrentes.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Releitura crítica, Responsabilidade pressuposta

Abstract/Resumen/Résumé

This paper presents an institute which has shown inefficient itself, echoing the civil law crisis. Therefore, this exposition scopes, initially, elements provided by our legal system, that still leaves injuries/damages unattended. Aforesaid, shows a necessary go over on civil liability, based upon new precepts, to certify no impairment could be neglected. So, this piece proposes to reexam the subject electing human dignity as basic principle. This new concept advocates on behalf of civil liability for any harm done, regardless of culpability – fault, negligence or intention, favoring the development of human dignity and the rights which efflux from it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Analytical review, Tort law

---

[1] O autor é graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente e professor na mesma instituição.Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá.

[2] O autor é graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá.

1. INTRODUÇÃO

O Presente tema e a presente reflexão derivam de algumas situações jurídicas práticas em que a responsabilidade civil acaba por “permitir” a impunidade e a falta de reparação da vítima. Assim, muito embora tenhamos um sistema de responsabilidade civil organizado, com clara regulamentação de responsabilidades subjetiva e objetiva, ainda nos deparamos com diversas situações como aquelas acima mencionadas.

Como a responsabilidade civil é instituto do Direito dentre os que mais evoluíram ao longo dos tempos, pela busca de efetivamente reparar danos e promover justiça, novamente há que se falar em uma repaginação, evolução, ou pelo menos, reparação de um sistema que, como se demonstrará, não se mostra bastante na busca do justo como dogma.

Esta vicissitude é nítida e está evidente. Os códigos se mostram cada vez mais antiquados e os danos são produzidos em velocidade cada vez maior em razão do avanço da globalização e dos meios tecnológicos.

Enfim, urge a necessidade de que soluções harmônicas e de acordo com a realidade de nossos dias sejam encontradas, para a recondução e reestabelecimento da ordem jurídica, visando o efetivo exercício de direito daqueles que sofrem danos por consequência da atuação ilícita, ou até mesmo lícita, de outrem.

Sobremaneira, é por esta razão que aqui se buscou apresentar um novo panorama da responsabilidade civil. Uma nova vertente que fixe padrões e fundamentos aptos definirem-na de um modo que a conduza a um estado ideal no qual haverá a percepção da dignidade da pessoa humana, e a tutela da personalidade humana como elementos fundantes de qualquer responsabilização.

Para o alcance desta finalidade, em um primeiro momento, apresentou-se o sistema de responsabilidade civil em linhas gerais, apontando para os requisitos e elementos centrais deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, promoveu-se crítica a este sistema, evidenciando a lacuna existente entre a lei e a realidade, que dia após dia se amplia e revela um modelo que abre espaço à impunidade e à sobrecarga da vítima, que é responsável por absorver dano e ônus da prova.

Por fim, buscou-se estruturar um novo padrão de responsabilidade civil, calcado na necessidade de consolidação de uma responsabilidade pressuposta, que teria o condão de melhor atender às necessidades da vítima, pela proteção adequada da personalidade humana em si, e elevação da dignidade da pessoa humana como critério fundante da responsabilidade civil.

Para o alcance destes fins, utilizou-se o método dedutivo, partindo-se dos aspectos gerais do instituto, por meio de revisão bibliográfica e análise do direito comparado, mormente pela absorção de propostas e teorias francesas e italianas, que apresentaram um embrião do que poderia ser, quem sabe, a redenção do instituto que se coloca sob análise neste breve ensaio.

2 – ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS

Como se sabe, temos como principal desígnio da ordem jurídica proteger o lícito e coibir o ilícito. Assim, do mesmo modo que o Direito se compromete a tutelar a atividade do homem que "anda" de acordo com as regras estabelecidas, debela a conduta daquele que o contradiz. Deste modo, há o estabelecimento de deveres que surgem para a tentativa de cumprimento dessa máxima alhures citada, de modo que alguns desses deveres são aplicáveis a todos, como exigências para uma saudável convivência social.

A obrigação de indenizar surge a partir de sua regulamentação por nossa legislação civil, que positiva o dever de indenizar. Assim, além das diversas obrigações civis já existentes, o diploma legal incluiu outra, qual seja, a obrigação de indenizar. Isto posto, insta-nos promover breve reflexão sobre os aspectos e nuances que permitem o surgimento do dever e consequentemente a obrigação de indenizar, de modo que a presente pesquisa tem como finalidade demonstrar e defender a flexibilização destes elementos de responsabilidade civil, para o alcance de um fim comum: A reparação de danos àquele que se vê tolhido em seus direitos.

O artigo 186 do Código Civil brasileiro elenca os pressupostos elementares para a existência da responsabilidade civil. São eles: Ação ou omissão, nexo de causalidade e, obviamente, o dano.

Em princípio, a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, ou ainda de danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam, em razão de ação ou omissão que venha a causar dano a outrem, (GONÇALVES, 2007, p. 35).

A ação ou omissão do agente dá origem ao dever de indenizar por ser vista como infração a um dever, seja ele legal, contratual ou social, também chamado por alguns autores de "fato voluntário".

Este fato voluntário pode revestir-se de dupla forma: ou é uma ação (agressão, injúria, destruição de uma coisa), ou é omissão (mãe que não alimenta o filho e o deixa morrer por inanição; monitor de natação que não acode o aluno e o deixa sucumbir afogado)

Compreende-se, portanto, que o núcleo fundamental da noção de conduta humana é a voluntariedade, posto que exara o entendimento de que o autor, cheio do chamado "elemento volitivo", ou seja, gozando de discernimento necessário, faz o que faz.

De suma importância a contribuição dos ilustres Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 28):

> Em outras palavras, a voluntariedade, que é pedra de toque na noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada em ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do dano.

A conduta humana, apresentada aqui como elemento de responsabilidade civil, como dito, pode ser positiva ou negativa. Temos que a conduta positiva pauta-se em um comportamento ativo, ou seja, a ação do agente é o cerne para a análise de todos os outros requisitos de responsabilidade. Em contrapartida, a conduta dita negativa é mais sutil, pois traz a necessidade de uma interpretação acerca da geração do dano. Este tipo de comportamento de abstenção pode responsabilizar o omitente por tal opção, como expressamente dispõe o artigo 186 do Código Civil Brasileiro desde que haja o dever jurídico de agir deste último[3], além da necessidade de capacidade de conduta. Em contrapartida, ausentes estes elementos à omissão, esta não será conduta apta a viabilizar o reconhecimento da responsabilidade civil, como lecionam Eugênio Zaffaroni e Jorge Pierangelli (1997, p. 41):

> Nas omissões, por vezes, a pessoa não pratica a ação devida por causa de uma incapacidade de conduta: é o caso de quem se acha em meio a uma crise

[3]Como nos ensinou Sergio Cavalieri Filho, a omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

> de histeria e não pode gritar para uma pessoa cega que está caminhando para um precipício; daquele que fica paralisado em razão de um choque emocional num acidente e não pode prestar socorro às pessoas [...]

Como se nota, conceber a responsabilidade civil em razão da "ação" é tarefa simples, à medida que se pode estabelecer com clareza os limites objetivos e subjetivos daquela, bem como os danos que dela decorreram. Por outro lado, no que diz respeito à configuração de responsabilidade por omissão, a tarefa não é tão simples à medida que deve se identificar qual é o dever imposto e que reste demonstrada a possibilidade de prevenção do dano na hipótese de cumprimento do comando legal de ação.

Ainda sobre a conduta humana capaz de configurar a responsabilidade civil, não podemos esvair-nos de abordar brevemente a concepção de ato ilícito para a configuração de obrigação de indenizar. Alguns autores o definem como um dos conceitos de maior relevância no que diz respeito à responsabilidade civil, à medida que seria o fato gerador do instituto civil ora estudado.

Temos, portanto, como nos brinda Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 22) que ato ilícito é todo aquele "comportamento voluntário que transgrida um dever". Ademais, novamente nos ensina Pablo Stolze (2008, p. 31) que "para que haja a imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deva ser contrária ao direito, ilícita ou antijurídica".

Muito se discute, porém, sobre a conexão e vinculação, ou não, do ato ilícito à culpa, ou seja, indaga-se veementemente se haveria necessariamente a ocorrência de culpa quando se menciona o chamado ato ilícito. Como exemplo, indaga-se em sede de responsabilidade objetiva como seria configurado o ato ilícito se esta espécie de responsabilidade se desvincula da demonstração de culpa.

A melhor doutrina ainda não definiu precisamente essa indagação. Em que pese a complexidade de raciocínio, para melhor elucidação do assunto valemo-nos das palavras de Sérgio Cavalieri filho (2010, p. 9), que faz uma reflexão acerca do aspecto duplo da ilicitude, qual seja:

> Entendemos que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude. No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Este, aliás, é um ponto em que não há divergência. Todos estão de acordo em que o cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o

> fato – evento ou conduta – contrário ao Direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica.

A solução apresentada para a indagação apresenta uma reflexão a respeito do potencial antijurídico da conduta praticada que, sobremaneira, é realizada à luz de valores sociais englobados na noção que se tem de "bem comum". Se chamamos de ilícita alguma conduta, fazemo-nos para proteger os valores coletivos, que se veem infringidos por comportamento humano voluntário antitético ao interesse social, como prossegue o autor (2010, p.10):

> No seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre. Por esse enfoque subjetivista, a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente; ou, em outras palavras, quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposo.

Aqui, subjetivamente se analisa a qualificação da conduta tida como ilícita tomando por base a relação entre conduta praticada e vontade do agente, gerando imediata referência à culpa como elemento determinante à caracterização do ilícito civil.

Ora, ainda que não se obtenha uniformidade de posicionamento em relação ao alhures debatido, há que se mencionar que a violação de um dever jurídico, por si só, permite formular a seu respeito dois juízos de valor: Um juízo a respeito do caráter antissocial ou socialmente nocivo do ato, e um juízo sobre o agente (JORGE, 1968, p. 67).

O segundo elemento tido como indispensável à configuração da responsabilidade é o chamado "nexo de causalidade", ou relação de causalidade, que talvez seja o elemento mais "melindroso", dos outros requisitos e pressupostos da responsabilidade civil.

Miguel Serpa Lopes (2001, p. 218) outrora mencionou que:

> [...] uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Portanto, ainda que seja um tema passível de engano teórico e prático, dada a falha que se tem em acreditar ser esse algo simples, há que se verificar um nexo causal entre o fato

tido como ilícito e o dano percebido. Ausente essa relação, em um primeiro raciocínio, pela letra da lei, não haveria sequer a possibilidade de admitir-se a obrigação de indenizar. É, portanto, um elo que une a conduta do agente, seja ela ativa ou omissiva, ao dano causado àquele que absorve os efeitos do ato ilícito.

Como entender, ou mesmo sanar qualquer dúvida ou contradição referente ao tema? Algumas teorias explicativas se prestam a elucidar melhor o assunto, sendo elas a teoria da equivalência das condições; teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata, teorias tais, que, por ora, não serão objeto de análise mais profunda, por não serem o escopo principal do presente trabalho.

Como último requisito à configuração da responsabilidade civil, o dano propriamente dito talvez seja o mais perceptível dos requisitos aqui apontados. É ele quem impulsiona toda e qualquer reclamação, ou mesmo discórdia a respeito do tema aqui proposto. É, portanto, seja na interpretação clássica e conceitos clássicos sobre a responsabilidade civil, ou na proposta crítica e de certa forma inovadora que se proporá a seguir, indispensável à configuração da responsabilidade e do dever de reparação de danos. Sem a ocorrência de dano, não há obrigação, ou mesmo dever de indenizar, fulminando, sobremaneira, a responsabilidade, como observou Santos Cifuentes (1999, p. 261):

> Para el derecho privado, además de antijurídico por haber-se contrariado uma ley tomada em sentido material (cualquier norma emanada de autoridade competente), es necessário que haya um daño causado. Sin daño, em derecho privado, no hay stricto sensu acto ilícito, pues este derecho tiene por finalidade ressarcir, no reprimir o punir.[4].

Ainda, em complemento ao acima exposto, Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 70) salienta:

> O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. – o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

[4] Para o Direito privado, além de ilegal por ter se contrariado uma lei definida em sentido material (qualquer norma emanada de autoridade competente) é necessário que haja um dano causado. Sem dano, no direito privado, não há stricto sensu, ato ilícito, pois este direito tem por finalidade ressarcir, e não reprimir ou punir. (tradução livre).

Como se vê, não se pode apenas definir a responsabilidade civil e o dever de indenizar como lesão a mero direito patrimonial. Há que se mencionar que se trata de lesão a determinado interesse jurídico que se faz tutelado frente ao caso concreto. Por esta razão, como já é pacífico em doutrina e jurisprudência, há a possibilidade de dano passível de responsabilização civil em decorrência de violação ou agressão a interesses extrapatrimoniais, como por exemplo a violação à moral e o tão visto "dano moral indenizável".

Ademais, devemos nos ater a três situações igualmente indispensáveis à configuração do dano indenizável. A violação de interesse jurídico, seja patrimonial ou extrapatrimonial, de pessoa física ou jurídica; a certeza do dano e a sua subsistência.

A questão da violação propriamente dita está devidamente regulada pelo artigo 186 do código civil. A certeza do dano, por sua vez, obviamente, define que não haverá a responsabilização por dano incerto ou hipotético. Por fim, como última característica do citado "dano indenizável", há que se mencionar que a sua subsistência deve ser notória, no sentido de que o dano deve ainda "existir" quando de sua postulação em juízo. Isso significa dizer que não há indenização que possa sobrevir a dano já indenizado e reparado pelo agente.

Assim, restam apresentados os elementos da responsabilidade civil no modelo atualmente vigente frente aos ditames da doutrina civilista brasileira e, como se verá adiante, buscar-se-á a sua desconstituição, despojando-se o modelo clássico e reconstruindo-o frente ao caso concreto, em um raciocínio crítico, porém instrumental.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A crise do direito privado salta aos olhos dos operadores do direito. Novas visões emergem e exigem uma reestruturação do sistema como um todo. Aquela segurança outrora almejada e advinda de um sistema fechado e centrado na construção patrimonial privada, liberdade contratual e constitucionalização da família dá lugar a um novo raciocínio e visão de direito, pautados na dignidade da pessoa humana, erigida como princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

A partir deste paradigma, a interpretação das normas de direito privado brasileiras passa diretamente por este princípio e por uma análise a respeito de liberdade e solidariedade. Não há como pensar em responsabilidade civil sem ao menos tentar alinhavar os conceitos apresentados. O Direito à liberdade está inteiramente ligado às faculdades individuais de cada um, que têm a escolha de fazer ou não determinada coisa. Está sempre relacionado a eleger, dentre as opções disponíveis, aquela que mais se adequa à sua vontade.

Entretanto, não se trata de direito absoluto, porque a ninguém é dado o direito de fazer tudo aquilo que deseja ou bem entende. Kant mesmo já vislumbrava a liberdade devidamente limitada como condição à coexistência dos diversos arbítrios, (BOBBIO, 1997, p.78). Portanto, pelo princípio da legalidade, mormente abordado no artigo 5º, inciso II de nossa Constituição Federal de 1988, um indivíduo é livre para fazer tudo aquilo que a Lei não proíbe.

Em contrapartida, quando abordamos a solidariedade, ou princípio da solidariedade, há uma análise do ser humano de maneira geral, inserido em sociedade. Esta inserção do indivíduo no meio em que vive, não mais autoriza a análise de maneira individual. Deste modo, de uma maneira pragmática, solidarizar-se é exercer direitos também em prol do próximo, permeando todas as relações jurídicas individuais e coletivas.

Ora, a análise conjunta tanto da solidariedade quanto da liberdade exige uma avaliação de valores e princípios. Isto porque a imposição de solidariedade de maneira excessiva aniquila, de certa forma, a liberdade. A recíproca é, de igual modo, verdadeira, porque a solidariedade em excesso é incompatível com a liberdade. Entretanto, ponderando os conteúdos e conceitos, este se torna complementar àquele, e vice-versa, produzindo um suprassumo de interesse geral, que reduz a desigualdade e possibilita o crescimento da comunidade. (HIRONAKA, 2005, p. 118)

A doutrina moderna tem convivido com o desafio de conjugar ambos os conceitos e impor certos limites a liberdades individuais, promovendo releitura crítica da responsabilidade civil que flutue em torno dessa ideia, e que haja uma obrigação de não prejudicar qualquer indivíduo quando da realização de escolhas, bem como garantia de responsabilização civil seja por culpa (responsabilidade subjetiva) ou por imposição legal (responsabilidade objetiva). (HIRONAKA, 2005, p.118).

No correr do século XX, as mais variadas teorias foram elaboradas para explicar ou criar parâmetros fundantes de um sistema de responsabilidade civil diverso daquele que vigia anteriormente. Buscou-se a enumeração de critérios para novas ocorrências e exigências da vida humana, com a finalidade de expressar um denominador comum para indenizar o dano que alguém injustamente sofria. Do mesmo modo, o que se via, no correr desta constante busca por formulações teóricas como padrões de um sistema de responsabilidade civil, era um sistema jurisprudencial confuso e igualmente controverso, dando tratamento jurídico diferente para casos semelhantes. (HIRONAKA, 2005, p.118)

Enfim, o cenário apresentado em vias de responsabilidade civil no século XX, e tal como se vê atualmente, nos faz questionar acerca do que, de fato, é experiência jurídica e a

disciplina que o Direito lhe dá. A primeira, segundo Miguel Reale (REALE, 2000, p. 68/69), pode ser explicada sob três facetas bem definidas, quais sejam: Fato, valor e norma. A teoria tridimensional, como é chamada, relaciona o direito com os três elementos acima elencados[5].

Miguel Reale enxergava a experiência jurídica e o direito como um sistema aberto, sendo o elemento fato um conjunto de circunstâncias complexas presentes no dia-a-dia do homem. Fatos podem ser geográficos, naturais, econômicos, políticos, entre outros. Por sua vez, os valores constituem na vida do indivíduo razões ideológicas, razões tais que podem ser estudadas e vivenciadas pelo homem, quais sejam, ideais éticos, políticos ou mesmo morais de dado período ou época. Da inter-relação entre os três elementos trazidos pelo autor, emana um leque de propostas normativas possíveis, o qual, por intermédio de um Poder, qual seja, o Legislativo, surgirá e estabelecer-se-á, a norma jurídica propriamente dita.

Atribuir ao direito esta estrutura gera e estabelece elementos éticos, morais e valorativos como requisitos para validade de qualquer norma jurídica, que, além de ser analisada sob a visão tridimensional, deve, seguramente, ser analisada sob a ótica de sua finalidade.

Tal assertiva revela uma necessidade de buscar a real finalidade de um sistema de responsabilidade, isto porque como conceito geral, verifica-se que a finalidade é indispensável a todo e qualquer ato jurídico.

Clóvis Couto e Silva (2007, p. 64), a respeito de finalidade, leciona que:

> Na sociedade, e.g. a finalidade obrigatoriamente há de constar em seu ato constitutivo. Em outros como na compra e venda, o fim restringe-se mais, pois consiste apenas na função que exerce esse negócio jurídico, e os demais aspectos referentes ao objetivo da aquisição (motivos) são deixados á margem da valorização jurídica. Ao comparar os negócios jurídicos mencionados, de imediato verifica-se que no contrato de sociedade se

[5] A tridimensionalidade corresponde a uma compreensão mais viva do homem e do mundo histórico-cultural por ele constituído, sendo que este termo "tridimensional" só pode ser compreendido como tradução de um processo dialético, no qual o elemento normativo integra e supera uma relação fático-axiológica. Diante disso, o direito é fato histórico-cultural enquanto os fatos humanos se integram normativamente no sentido de certos valores. Os bens culturais, desde os mais vulgares até as supremas criações da arte, da ciência e da religião, possuem natureza binaria, qual seja: são enquanto devem ser, ou seja, realidades referidas a valores, existem na medida em que valem para algo. Fato que revela determinados valores (REALE, 2000, p. 68/69). Deste modo, os três elementos bem apresentados por Miguel Reale devem ser percebidos na Criação, Aplicação e Alteração do Direito. A criação do Direito depende inexoravelmente da realidade histórica e (por conseguinte) cultural. A necessidade de regular fatos e tutelar valores impulsiona o processo legislativo. A aplicação do Direito também requer atenção aos elementos trazidos por Miguel Reale. À medida que a sociedade muda, a cultura se altera, a aplicação do Direito também segue este fluxo. Como conceber novos modelos de família, por exemplo as multiparentais e as homossexuais à luz da mesma legislação de 2003? Isto só é possível pela necessidade de a interpretação do Direito acompanhar os influxos sociais. Ademais, a alteração do Direito também segue esta proposta tridimensional. Quando o dever-ser revelado pelas normas está desajustado em relação aos valores dos destinatários da norma, há movimentos sociais e/ou revoluções com o fim de alterar o ordenamento jurídico.

> contém toda a finalidade de sua criação, mas a mesma amplitude não se constata na hipótese de venda. Há, em consequência, que distinguir e tirar ilação: existem figuras jurídicas em que a finalidade toda compõe o suporte fático; e outras em que tal não sucede. Por vezes, o exame in abstracto não revela o fim, e somente quando se pensa concretamente, em contrato determinado, é que se verifica que a finalidade é essencial ao contrato.

Ora, bem se sabe que a finalidade do Direito propriamente dito é, de maneira rasa, resolver conflitos para garantia da ordem, paz social e bem estar comum, estabelecendo, para este fim, normas cogentes e coercitivas. Nesse sentido, sob a ótica da Teoria Pura do Direito, indispensável a contribuição de Hans Kelsen (2012, p.89) que:

> Neste ponto, a Teoria Pura do Direito segue a teoria positivista do século XIX. Para ela, a consequência decorrente da proposição jurídica contida em determinada condição é o ato coercitivo estatal, isto é, a pena e a execução coercitiva civil ou administrativa e somente por isso a situação de fato condicionadora é qualificada de antijurídica, e a condicionada de consequência de antijuridicidade.
> Não se trata de nenhuma qualidade imanente, nem de qualquer referência a uma norma metajurídica, com um valor moral, ou seja, transcendente do direito positivo, o que faz com que determinada conduta humana tenha valor antijurídico, como um delito – no mais amplo sentido da palavra -, senão única e exclusivamente, que esteja na proposição jurídica como condição de uma consequência específica, o fato de que a ordem jurídica positiva reaja contra esse ato coercitivo.

Como se sabe, como instituto de direito, ou da tutela de direitos, precipuamente, a finalidade da responsabilidade civil, é regular modos de conduta para a sociedade, criando parâmetros de comportamento para o bem estar e paz social (finalidade do direito), tutelar a dignidade da pessoa humana, e em última análise, a defesa dos direitos da personalidade da vítima de dano injusto.

Com enfoque na reparação de danos ou eventuais prejuízos que possam ter quaisquer pessoas em decorrência de atos de outrem, em vistas a elevar o “status quo” à posição em que se encontrava antes da ocorrência daquele dano específico, a responsabilidade civil desempenha importante papel na busca das máximas alhures apresentadas.

Contudo, diante das mais variadas mudanças ocorridas desde a revolução industrial, há a necessidade de alteração do próprio direito, como menciona Francisco Amaral (1998 p. 9/10):

> As mudanças sociais decorrentes da revolução industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem-estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como

> instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionais repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação entre os indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea.

É nesse cenário que a responsabilidade civil contemporânea se situa. O instituto que aqui se apresenta e se discute, também traz consigo as mesmas preocupações e angústias acerca do melhor percurso a ser seguido, bem como da melhor forma de ser aplicado frente aos novos desafios trazidos pela sociedade. Filosoficamente, sabe-se que o Direito não apenas é técnica ou ciência, mas sim uma arte na busca constante do justo. Sempre haverá, de um lado, o dever, e de outro, o justo; ambos em dicotomia.

Como bem menciona Giselda Hironaka (2005, p. 124),

> [...] talvez a mais significativa de todas as teorizações jurídicas seja a que se denomina jusnaturalismo[6], segundo a qual – por tendência natural humana, ou por princípio norteador da vida honesta – o homem não deve lesar o seu próximo. (...) em hipótese de dano a outrem causada, haveria de se devolver o que dele é, ou o que perdeu por meio de reparação do dano. Assim, agir decorre da natural noção de que o dever de reparar o dano derivado da injusta invasão da esfera jurídica alheia integra a completude do honeste vivere.

Logo, na busca pelo justo e pela correta observação do Direito, a doutrinadora segue seus ensinamentos sobre o aludido tema (2005, p. 131):

> A reformulação jurídica que se reclama vem principiada por reformulações de ordem filosófica e de ordem ideológica, principalmente. Há um sentir distinto do sentir passado. Há uma mentalidade impregnada pelo crivo social que admite a valorização da pessoa humana antes de qualquer outra consideração. Há a preocupação de não se deixar o dano sem indenização e, por isso, minimizar ao máximo, o número de vítimas "irressarcidas", em prol de se alcançar efetivamente, o idealizado estágio de uma sociedade mais justa e menos desigual. Enfim, o modelo do tempo passado, aquele descrito

[6] O jusnaturalismo é corrente filosófica com fundamento no chamado direito natural. Por este motivo, nas palavras de Paulo Nader, o jusnaturalista, além de atender às exigências formais e lógicas, a lei deve consagrar os princípios do Direito Natural e proclamar a ordem social segundo as medidas de justiça. O jusnaturalismo extremado nega validade à lei não sintonizada na faixa do Direito Natural. (NADER, 2010, p.178). Ainda, corroborando com a proposta cujo objetivo é sintonizar as nuances do direito natural, Hans Kelsen afirma que o há um dualismo no que diz respeito ao jusnaturalismo em razão de o direito natural conceber, acima da ordem estatal do direito positivo, uma ordem natural superior, divina, racional ou natural.(KELSEN, 2012, p.101).
Logo, como se vê, filosófica e sociologicamente, a ideia de reparação de danos causados injustamente deriva de uma percepção intrínseca e sublime, advinda de um sentimento de honestidade perante todos, que conduziria o homem à não perturbação do outro. Caso assim fosse, interna e subjetivamente teria um dever de reparação do dano.

> sob o pálio da modernidade, conforme se convencionou chamar, já não nos serve mais, ou, no mínimo é insuficiente. As soluções que foram encontradas para uma era chapliana e suas engrenagens se demonstram frágeis ou insustentáveis em face de um mundo mais exigente, mais complicado, e por isso, mais perigoso e mais desastrado, como não poderia deixar de ser. Os paradigmas do individualismo filosófico e do liberalismo econômico formatam uma concepção que já não condiz mais com a cultura e a filosofia do novo milênio. Como um retrato que já não se suporta mais em sua própria moldura – estreita demais para o novo enfoque – avolumam-se as novas necessidades, emergem as atuais tendências e contemporanealiza-se a mentalidade reparatória.

Diante das significativas mudanças nos ordenamentos jurídicos, bem como no modo de vida dos indivíduos, verifica-se um retrato que revela uma nova realidade, liberal, que não confere ao indivíduo a importância devida. Assim, necessita-se de uma nova proposta, que tenha como desiderato principal a humanização da responsabilidade civil, pela reparação civil e atenção à vitima.

Nesse interim, a própria responsabilidade civil passa por nova interpretação, com abordagem pautada em princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade da pessoa humana, sendo atributo valorativo de suma importância além de critério essencial à própria existência da responsabilidade civil. (HIRONAKA, 2005, p.117) Assim, buscará, com pauta na dignidade da pessoa humana e da solidariedade social como fontes vinculantes da responsabilidade civil, apresentar uma nova vertente de responsabilidade, como se abordará a seguir.

4- UMA NOVA VERTENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

Como demonstrado anteriormente, a responsabilidade civil carece de nova interpretação e exige cuidados no sentido de atender às demandas da sociedade, que por muitas, vê a impunidade e ausência de reparação como fatores preponderantes em nosso sistema jurídico. Uma nova vertente da responsabilidade civil se mostra com o desiderato de alcançar um parâmetro de responsabilização decorrente para a concretude do próprio Direito, enquanto em seu papel de viabilização da justiça e da paz social.

Sendo assim, como se verá a seguir, um novo critério de fundamentação deve ser fixado, para um novo passo na concepção da responsabilidade e das teorias que a suportam. A sustentação de uma nova teoria de responsabilidade civil necessariamente passa por um breve apanhado histórico do direito comparado e as suas regulações sobre o assunto.

Como essencial ao raciocínio aqui apresentado, a doutrina francesa se mostra indubitavelmente pertinente quando apresenta o chamado *mise em danger*, que, adequando-se ao português poderia ser abordado como "exposição ao perigo". (HIRONAKA, 2005, p. 284). Em que pese a regulação francesa, tal disposição partiu de uma disposição do Código Civil italiano de 1942, mais precisamente em seu artigo 2050, que dispõe o quanto segue:

> Art. 2050 Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.[7]

Partindo desta máxima do direito italiano, verifica-se que a responsabilidade não está fundamentada na realização de conduta ilícita que gera dano a outrem, mas em norma cogente sobre quaisquer condutas das quais emane perigo a outrem, obrigando, por comando legal, à reparação do prejuízo eventualmente causado. No entanto, a interpretação do dispositivo retro denota, claramente, que o legislador se fez valer de termos e regulamentações genéricas quando lhe aprouve regulamentar tal responsabilidade por exposição a riscos.

Isto porque, além da etiquetação da responsabilidade daquele que exerce atividade perigosa, quis o legislador permitir o exercício desta atividade, mesmo que perigosa, e esta dedução é nítida quando pensamos na chamada função social dos institutos jurídicos, porém com presunção de responsabilização em hipótese de dano. Portanto, a vítima exposta ao risco da atividade perigosa, teria o direito de ser reparada pelos prejuízos sofridos, sendo que a atividade por si só, ou mesmo os meios utilizados para o seu exercício fundamentariam a responsabilização, independentemente do comportamento daquele que a desempenha.

Nesse sentido, confira-se festejada manifestação de Giselda Hironaka (2005, p. 300):

> No direito italiano, como se vê, a persecução desta conquista caminha pela vertente da mise em danger, na qual a ênfase é suscitada pela periculosidade contida, ou na própria natureza da atividade ou da natureza dos meios empregados para a sua execução, pois a noção de exercício ou desempenho da atividade revela uma certa dinâmica que, como anuncia a Corte de Cassação, pressupõe uma sucessão contínua e repetida de atos que se desencadeiam no tempo e implicam um mínimo de continuidade da atividade e um mínimo de predisposição dos meios empregados no seu desempenho.

[7] O artigo 2050 do Código Civil italiano dispõe que "qualquer um que causa um dano a outrem no desempenho de uma atividade perigosa por sua natureza, ou pela natureza dos meios adotados, deve repará-lo, se não provar ter adotado todas as medidas adequadas para evita-lo (tradução livre).

Ao que nos parece, esta solução adotada pelo legislador italiano foi bom avanço, mas não suficiente, justamente em razão da abstração do dispositivo que a consolida. Deste modo, a *mise em danger* do artigo retro mencionado é delineada sobre dois aspectos objetivamente bem definidos pelo Direito italiano, quais sejam, quantitativo e intensidade de ocorrência.

O primeiro relaciona-se à probabilidade elevada de se ocasionar danos, esta superior àquela considerada meramente geral e relativa a todas as atividades que o homem pode desempenhar. O outro critério corresponde à dedução da natureza dos meios implicados, relacionada à intensidade do dano potencial. (HIRONAKA, 2005, p. 301).

Giselda Hironaka ainda leciona (2005, p. 301):

> No que concerne, portanto, à mise en danger, enquanto um critério-padrão, ou um princípio geral, de fundamentação de uma responsabilização civil, melhor teria sido se o legislador tivesse estabelecido alguns índices que visassem escalonar a periculosidade, criando-os como critérios mais seguros e menos suscetíveis de interpretações aleatórias que possam, eventualmente, concorrer para a ineficiência do sistema de responsabilidade civil. Índices assim facilitariam a tarefa do juiz, endereçada a determinar se o exercício de certa atividade corresponderia, ou não, a uma espécie de mise em danger, e se o padrão normativo – como, por exemplo, o contido no artigo 2050 do Código Civil italiano – seria ou não aplicado à espécie sub judice. Mais que isso, talvez, a fixação prévia de parâmetros tais que correria a favor da elaboração de um princípio geral de regência de todo o sistema da responsabilidade civil, além da culpa tout court e adiante do casos invariavelmente pré-fixados de objetivação da responsabilidade de um agente, em face dos danos sofridos por alguém.

Muito embora esta noção da *mise en danger* representar verdadeiro progresso quando o assunto é responsabilidade, o cenário real desse instituto demonstra sua insuficiência porque, como já mencionado, o modelo acima apresentado se mostra sobre dois polos, o risco produzido e caracterizado, bem como o exercício de atividade tipicamente perigosa. Logo, ainda que se queira valer-se deste conceito como cerne de uma revisão da responsabilidade civil, este não será eficaz, pois mantem a responsabilidade intimamente ligada à solução legal causídica, de apuração do perigo e do dano.

A proposta para a responsabilidade civil passa diretamente por uma abordagem submetida à dignidade e da personalidade da pessoa humana, que se posicionam de maneira suprema em relação a outros princípios regulados em cartas de direitos, como bem é apresentada logo no princípio da (artigo 1º) na Constituição Federal brasileira, que a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de princípio que está em patamar elevado, superior a qualquer outro princípio fundamental garantido. Sua intransponibilidade o coloca acima dos próprios direitos fundamentais que, em conflito com esta máxima do direito, certamente sucumbiriam, afinal, como nos ensinam Cleber Otero e Marcelo Hille (2013, p.9), se trata do princípio "pelo qual seriam considerados não apenas os direitos tipificados como direitos de personalidade na legislação, mas também, além destes, todo desdobramento jurídico a partir do princípio da dignidade da pessoa humana". Edilsom Pereira de Farias (1996, p.54) enaltece a grandeza deste princípio, afirmando que:

> O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: O de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais. Destarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (art. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts 14 a 17).

José Afonso da Silva (2000, p. 49) também tece considerações a respeito da discussão sugerida:

> [...] a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o Homem, é ela que se revela como seu valor supremo, o valor que o dimensiona e humaniza.

Por assim ser, a dignidade da pessoa humana é elemento central da própria personalidade e dos direitos dessa natureza justamente por apresentar-se como fundamento dos direitos fundamentais do homem. Deste modo, toda violação de direitos reclama uma análise sob a ótica da dignidade da pessoa humana e, no caso da responsabilidade civil, não é diferente.

A responsabilidade civil, como conceito contemporâneo, como já abordado alhures, se baseia, de maneira rasa, em uma contradição: a convergência entre o dever de reparação e um cenário civil normal. De maneira ética e, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, este instituto jamais foi um garantidor desta máxima do direito, mas sim um indicador de resposta às agressões injustas.

Porque não raciocinar e relacionar responsabilidade civil com a dignidade da pessoa humana? Porque não exigir do Estado políticas públicas no sentido de garantir o mínimo de dignidade pela responsabilização civil adequada? O que acontece é que o Estado se exime dessa responsabilidade, abordando-a como relação entre particulares por se valer exclusivamente da teoria da culpa. E esta é a critica de Giselda Hironaka (2005, p. 95):

> Ora, quando o Estado se coloca, apenas, como instituição jurídico-política dedicada a impor a reparação dos danos, sem mais nada, isso também significa que o Estado se define como um elemento não responsável pelo desrespeito aos direitos ou pela prática da agressão. A participação do Estado, segundo o próprio Estado, limita-se à imposição da pena, da obrigação, do dever e, mas não necessariamente, a impor a evolução de si mesmo como instituição. Da mesma forma como o Estado contemporâneo concebe que o cidadão não deve ter parte no poder, esse mesmo Estado define que não tem qualquer responsabilidade, ou corresponsabilidade, acerca das agressões ou ofensas danosas havidas entre os particulares e repercutindo na esfera dos interesses exclusivamente privados. Ao contrário, o Estado, na posição que escolheu ocupar, ora se apresenta como Estado provedor, ora como Estado vigilante e punitivo. Mas, em nenhum dos casos, o Estado contemporâneo ousa conceber-se, a si mesmo, como cidadão.

Fica evidente que em sede de responsabilidade civil, temos uma dicotomia entre Estado e cidadão. Isto porque o segundo jamais se vê como o Estado, e o primeiro, tipicamente liberal, se mostra extremamente distante daquele, atuando por meras imposições de deveres e burocracias. (HIRONAKA, 2005, p.95).

Deveria a responsabilidade civil, conjugados todos os pormenores acima apresentados, se apresentar como um dever de reequilíbrio espontâneo entre cidadãos, do qual deveria ter parte, também, o Estado. Quando incentivamos a releitura da responsabilidade civil por parte do Estado, esta deveria ser abordada não apenas como meio de reparação e reestruturação do *status quo*, mas sim como instrumento estatal de garantia de direitos, tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, visto que a vitima, na atual conjuntura, absorve dano, dever de reparação, ônus da prova, e todas as demais intempéries decorrentes do dano que sofreu. (HIRONAKA, 2005, p. 96).

Ao invés de abordar a responsabilidade civil decorrente de culpa como determinante, devemos observá-la pela dignidade da pessoa humana como ideia de que a culpa nasce de uma falta de agir com bom senso, com honestidade ou mesmo dignidade, e, sendo assim, isso envolve também o Estado.

Giselda Hironaka (2005, p.100), mais uma vez ensina que:

> Quando o jurista considera que não causar dano a outrem – *neminem laedere*, a regra de ouro do direito clássico – é uma regra do bom senso, toda incerteza convergirá no sentido de se buscar saber qual é a medida para a determinação do ato lesivo. O direito civil o define como uma ofensa à honra ou à propriedade e nada mais; em outros termos, restringe a idéia de dano, de lesão, a uma esfera entre particulares. E quando o Estado circunscreve a questão da responsabilidade civil à reparação de danos entre particulares ou à reparação e garantia da propriedade, mas não funda, em paralelo, uma noção de responsabilidade política que seja dever entre os cidadãos, ele, na verdade, declara sua irresponsabilidade política diante dos seus próprios cidadãos. É curioso, mas parece que há mesmo uma tendência infeliz, na nossa tradição jurídica, de ficar pouco à vontade em face da análise ético-política de seus próprios institutos, talvez porque isto envolva a utilização de métodos que não são diretamente uma criação do pensamento jurídico. E se assim é, conviria que se passasse a pensar a responsabilidade civil – sua definição, suas aplicações – sob uma perspectiva democrática, isto é, sob a perspectiva de uma sociedade empenhada de fato na criação, garantia e exercício de direitos.

Segue a autora (2005, p.101):

> Mais do que simplesmente conceber uma medida para a responsabilidade com base na culpa ou no risco, caberia melhor, quiçá, ressaltar que qualquer concepção só será válida se, no seu empenho em reparar danos causados entre particulares, não houver prejuízo, ou não se der o impedimento do exercício de direitos sociais. A luta pela garantia da propriedade não pode, por uma questão de ética democrática, ser concebida como uma finalidade superior à necessidade pública. E qualquer concepção de responsabilidade que não envolva essa participação do Estado na responsabilidade, ou essa perspectiva política e social na definição de direitos e obrigações, apresenta uma lacuna grave, que cabe justamente à doutrina civilista analisar e reorganizar.

Assim, mais do que simplesmente conceber uma medida para a responsabilidade com base na culpa ou no risco, a dignidade da pessoa humana e a tutela da personalidade, devem ser exaltadas e consideradas como determinantes para eventual reparação. Assim, por mais que se fale em culpa para a configuração de responsabilidade, esta se torna refém daquela, pois mesmo que presumida, culpa continua sendo “culpa” e a reparação de danos (responsabilidade) continua dependente dela.

Sendo assim, em nome da dignidade da pessoa humana e dos direitos pessoais dela decorrentes, o instituto da responsabilidade civil depende de um sistema de responsabilidade que não presuma culpa, mas responsabilidade. Explico. Enquanto houver presunção de culpa, haverá preocupação de análise e apuração de elementos relacionados ao autor do dano. A presunção de responsabilidade inaugurará um sistema que se preocupa com a vítima

primordialmente e, por conseguinte, preocupar-se-á com o autor do dano para inibi-lo da prática de outro ato danoso.

Esta nova vertente da responsabilidade civil preconiza um retorno à humanidade em nós intrinsicamente definida, para uma responsabilidade civil independente do elemento culpa. A desconstrução do modelo atualmente vigente, aperfeiçoado pelos direitos Italiano e Francês como exposto, passa por uma flexibilização dos elementos da responsabilidade civil pautados apenas no ato, seja lícito ou ilícito, dano e nexo de causalidade, sem apuração de culpa.

A culpa seria removida dos elementos de responsabilidade, dando lugar à pressuposição de responsabilidade propriamente dita (e não mais da culpa), derivada de um dever de agir conforme a boa vontade, como Kant mesmo já ensinava em seu pensamento de estruturação da moral, que por si só, levaria ao dever de reparar danos causados, independentemente de sanção ou coerção do direito.

5- CONCLUSÃO

Tendo exposto todos os reais fundamentos e aspectos principais desta pesquisa, nota-se que a responsabilidade civil como conhecemos é um modelo, sim, interessante e abrangente, mas não absoluto, nem mesmo preocupado prioritariamente com a vítima de eventos danosos.

Isto porque, derivada da teoria da culpa, a responsabilidade civil subjetiva, como exposto, se preocupa em identificar quem é o responsável, diga-se por dolo ou culpa, para em seguida analisar e verificar suas responsabilidades em vistas a reparar o dano percebido pela vítima. De outro lado, a responsabilidade civil objetiva, por mais que haja a ideia de independência do elemento “culpa”, dela é dependente, pois que presumida. Logo, continua sendo determinante para responsabilização do autor.

Um sistema de responsabilidade civil que pense primeiramente na vítima é o modelo que deveria viger em qualquer ordenamento jurídico preocupado com a dignidade da pessoa humana como elemento fundante. Isto porque pela dignidade da pessoa humana e pela ideia de solidariedade social dela decorrente, a aquele que sofre dano injusto deve ser reparado independentemente de qualquer apuração de culpa.

Em havendo ato lesivo à vítima, ato este que seja capaz de gerar danos, todos aqueles que eventualmente contribuíram, se relacionaram, ou mesmo cooperaram para a existência de dano, deveriam ser responsabilizados, sendo a indenização da vítima considerada prioridade.

Nesta lida, porque não estabelecer um critério objetivo que indique que aquele que viola o ordenamento jurídico é presumidamente responsável pelos danos causados a outem? Porque não estabelecer como regra a inversão do ônus da prova em favor daquele que absorve dano injusto?

É bem verdade que temos presunções legais em nosso ordenamento jurídico, mas todas essas presunções devem, necessariamente, passar pelos interesses da pessoa e pelo centro dos interesses a se tutelar, na busca da igualdade substancial e da efetivação da dignidade da pessoa humana.

A busca de um padrão, de uma otimização no sistema de responsabilidade civil depende não apenas de um critério legal de fundamentação e regulamentação de responsabilidade objetiva. Além de qualquer solução legal casuística, deveria haver um critério baseado na solidariedade social e na dignidade da pessoa humana como um verdadeiro e, suficientemente abrangente, critério de justificação da responsabilização civil.

Não sabemos ou podemos prever quais os rumos da responsabilidade civil nos moldes atuais. O que sabemos e podemos prever é que pela boa-fé, solidariedade social e dignidade da pessoa humana, e tutela dos direitos da personalidade como critérios fundantes de um sistema de responsabilidades, certamente teríamos uma sociedade mais justa e materialmente igual.

Pela elevação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, aliados à responsabilidade pressuposta, aquele que sofre dano não poderia absorvê-lo sozinho, sob pena de violação de referidas máximas, além de propagar e disseminar a impunidade e a falta de justiça. Reitera-se, assim, que, em nome da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais dela decorrentes, esta deve se tornar núcleo da responsabilidade civil, que não mais pode depender (se é que podemos assim dizer) da culpa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALVIM, Agostinho, **Da inexecução das Obrigações e suas consequências**, 4ª ed, São Paulo, Editora Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998

BRASIL. **Código Civil De 2002**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acesso em 10 de outubro de 2014

_____, **Constituição Federal De 1988**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 de Janeiro de 2014

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Imannuel Kant**, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, 9ª ed. São Paulo, editora Atlas, 2010.

CIFUENTES, Santos, **Elementos de Derecho Civil** – Parte General, 4ª ed, Buenos Aires, Editora Astrea, 1999

OTERO, Cleber. **A Dignidade da Pessoa Humana em Face da Escassez de Recursos do Estado.** Cleber Sanfelici Otero, Marcelo Luiz Hille. In Revista Jurídica UNICESUMAR – Mestrado/Diretoria de Pesquisa, Centro Universitário de Maringá. Vol. 14, n. 2 – Maringá: UNICESUMAR, 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de,. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo **Curso de direito civil**, Volume III, responsabilidade civil, 6ª ed., editora saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume IV, Responsabilidade Civil, Editora Saraiva, São Paulo: 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: Introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. – 8 ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Responsabilidade Civil**, 9ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

JORGE, Fernando Pessoa, **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**, Lisboa, 1968.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva

SERPA LOPES, Miguel Maria de, **Curso de Direito Civil** – Fontes acontratuais das obrigações e Responsabilidade Civil, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 2001.

SILVA, José Afonso da**. Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000;

VENOSA, Silvio de Salvo, **Responsabilidade Civil**, 3ª ed., editora Atlas, 2003.
ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de Direito Penal brasileiro** – Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.