

# Responsabilidade civil e solidariedade social: potencialidades de um diálogo

*Nelson Rosenvald*<sup>1</sup>

Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

*Felipe Braga Netto*<sup>2</sup>

Procurador da República

**Sumário:** 1. Uma palavra introdutória: olhando para trás. 1.1. O individualismo jurídico e as liberdades clássicas do direito civil. 1.2. A tradição patrimonialista que historicamente permeou os institutos civis. 2. A revitalização do direito civil em múltiplas dimensões: o espectro normativo da dignidade e da solidariedade social. 3. Os ciclos evolutivos da responsabilidade civil: entre velhas estruturas e novas funções. 3.1. Os degraus da responsabilidade civil: um olhar através dos ciclos históricos. 4. Proposições conclusivas.

## 1. Uma palavra introdutória: olhando para trás

Para bem compreendermos o novo, é essencial conhecer o que havia antes. Seja para evitar o apego anacrônico a modelos teóricos que já não nos servem, seja para evitar que nos deixemos seduzir irrefletidamente pela (leviana) novidade. O novo não é necessariamente sinônimo de qualidade. O autenticamente novo é um fiel depositário

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade de Roma Tre (Itália). Professor Visitante na Oxford University (Inglaterra). Professor Pesquisador na Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do European Law Institute (ELI). Membro da Society of Legal Scholars (Inglaterra). Membro do Comitê Científico da Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (Espanha). Coautor do *Curso de Direito Civil*, do Novo Tratado de Responsabilidade Civil, e do Volume Único de Direito Civil. Publicou 14 livros – um deles no exterior – e diversos artigos em revistas especializadas nacionais e estrangeiras. Site: [nelsonrosenvald.info](http://nelsonrosenvald.info).

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Universitário (2002-2017). Coautor do *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, do Volume 3 do *Curso de Direito Civil* e do *Volume Único de Direito Civil*. Publicou capítulos de livros em 29 obras coletivas. Site: [felipebraganetto.com.br](http://felipebraganetto.com.br).

da tradição. Pontes de Miranda certa vez frisou que um dos enganos da inteligência humana é crer na unilateralidade do verdadeiro. Exemplificou dizendo que entre duas ou mais pessoas que discutem, podem todos ter razão. A afirmação é ainda mais forte na ciência jurídica, cujo conhecimento é - e deve ser - pluralista. Cabe lembrar que a natureza da argumentação jurídica não é demonstrativa, e sim persuasiva<sup>3</sup>.

### 1.1. O individualismo jurídico e as liberdades clássicas do direito civil

Cabe, neste item, ampliar um pouco a visão do olhar. Alargaremos, conscientemente, o foco, para melhor contextualizar o sentido das mudanças que passam o direito civil dos nossos dias.

A propriedade sempre foi o direito por excelência dos códigos civis. Nesse sentido, “sempre foi muito firme a opinião de que o direito de propriedade representava o verdadeiro e único elemento de unificação das diversas matérias que compõem o direito civil”<sup>4</sup>. Os direitos de personalidade, hoje tão louvados, só recentemente receberam atenção dos civilistas (se compararmos tais direitos com a multissecular atenção dada à propriedade). Se hoje dizemos, em uníssono, que não há direitos absolutos – sendo todos socialmente condicionados –, é para contrastar com o caráter absoluto e exacerbado que a propriedade gozou através dos séculos, como algo praticamente sem limites.

Sob inspiração individualística, a liberdade se afirmou, nos códigos civis, sob a forma da propriedade (simbolizada pela autonomia para celebrar pactos vinculantes). Havia um respeito religioso à propriedade e aos contratos, considerados invioláveis em seu conteúdo. A liberdade então exercida era uma liberdade de proprietários. Os códigos civis regiam relações entre pessoas dotadas de patrimônio. Os códigos civis clássicos, que se propunham a ser a “Constituição” do direito privado, não atingiam as pessoas sem patrimônio, e já aí se vê que quão pobres eram tais “Constituições”<sup>5</sup>. Hoje, a função social da propriedade se re-

<sup>3</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 5.

<sup>4</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição Cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 369.

<sup>5</sup> Aliás, em ficção risível, bem ao espírito oitocentista, concluiu-se que mesmo a pessoa que não tem patrimônio é considerada como se o tivesse, para que as categorias jurídicas pudessem continuar a funcionar. Rodotà, a propósito, constata que a abstração separava a vida do direito e como que liberava este último de se medir pelas situações reais. O direito parte, por exemplo, da distinção entre capazes e incapazes e confina os incapazes a uma indiferenciada área de exclusão, considerando

flete nas definições dos comportamentos possíveis. O proprietário, nesse sentido, não pode mais ser considerado senhor absoluto e arbitrário das escolhas relativas à utilização do bem<sup>6</sup>. O individualismo jurídico era muito bem representado por três liberdades básicas do direito civil: liberdade de contratar, de ser proprietário e de testar<sup>7</sup>. Obviamente, são liberdades que ainda persistem, que não desapareceram nem desaparecerão, mas sofrem os influxos dos novos valores deste século.

É certo que está havendo, no direito civil dos nossos dias, um progressivo decréscimo de autonomia da vontade, no que se refere às relações contratuais, decréscimo este inversamente proporcional à crescente liberdade das pessoas nas relações existenciais. Esse aumento de liberdade nas relações existenciais tem amparo no princípio da melhor realização do ser humano, princípio implícito em nossa ordem constitucional, princípio cuja estruturação teórico-normativa pode ser extraída da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (CF/88, art. 1º, III). Se os espaços se ampliam nas situações subjetivas existenciais, por outro lado, nas patrimoniais – superado o paradigma liberal – exigem atenta tutela estatal. O Estado não pode se manter alheio à brutal exclusão social, porque, com ela, as demais liberdades se convertem em quimeras. O exercício da liberdade pressupõe níveis mínimos de igualdade.

Os contratos são instrumentos para a consecução de finalidades sociais. Trata-se de instituto jurídico cujas feições se alteram de acordo com as funções que é chamado a exercer, bem como a partir do contexto econômico e social em que se insere. Perderam, atualmente, a cor puramente voluntarista, uma espécie de manto sagrado atrás do qual a vontade humana tudo podia (porque livremente manifestada). Não se trata, hoje, de buscar a vontade tácita para além da vontade expressamente declarada. É preciso absorver a imensa mudança havida: a Constituição confere força obrigatória aos contratos não porque voluntariamente queridos – na medida do querer egoístico das partes –, e sim porque seus efeitos são socialmente adequados, proporcionais, razoáveis e equitativos<sup>8</sup>.

---

apenas realmente relevantes as atividades com viés econômico (RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010. p. 43.).

<sup>6</sup> BARCELONA, Pietro. *Proprietà costituzionale*. In: DIGESTO delle discipline privatistiche, Sezione Civile. Torino: UTET, 1993. v. XV, p. 459.

<sup>7</sup> Cf. STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Madrid: Briz, 1959. p. 20. Também: BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996. p. 115.

<sup>8</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, nesse sentido, ensina que “a perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê

Tradicionalmente o direito civil ocupa-se com a validade e a eficácia dos negócios jurídicos. Isso, porém, a partir de um prisma voluntarista: conjugar aquilo que se desejou com aquilo que se declarou desejar. Hoje há uma tendência de analisar de modo mais objetivo as cláusulas contratuais e os comportamentos das partes. As perguntas são outras: houve quebra de confiança? (princípio da confiança). Houve comportamento contraditório? (princípio do *venire contra factum proprium*). Uma das partes adimpliu substancialmente a sua prestação? (princípio do adimplemento substancial). Há desproporção entre as prestações? (princípio da equivalência material entre as prestações). Uma parte frustrou as legítimas expectativas da outra? (princípio da boa-fé objetiva em uma de suas funções).

O contrato, em nossos dias, dialoga fortemente com os ventos constitucionais. Ele não perdeu, nem o poderia, o seu viés econômico. Esse viés, porém, já não é o único. Há, também, muito forte, a preocupação com as dimensões existenciais do ser humano e com a promoção da solidariedade social. O Código Civil, em mais de uma oportunidade, sublinha a relevância da dimensão funcional a respeito dos contratos. Nesse contexto, a função social passa a ser parâmetro de validade dos contratos. Há quem sustente que a função social é o mais importante princípio do Código Civil, e que a Constituição somente admite o contrato que realiza sua função social<sup>9</sup>. Seja como for, a função social permeia todas as formas de contratos e de propriedade, de bens imóveis e móveis, inclusive as novas e iconoclastas formas de circulação de riqueza, pela bolsa de valores, em transações instantâneas, ou pelo comércio digital.

A legitimidade da eficácia dos contratos transmutou-se da forma para o conteúdo. A forma permanece condição necessária, mas não suficiente. É fundamental que o conteúdo reflita, em alguma medida, a ordem dos valores constitucionais, sem o que não haverá validade no ajuste. Nessa ordem de ideias, a aferição de validade dos contratos deslocou-se do momento de formação do vínculo para, além dele,

---

como declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21.).

<sup>9</sup> Paulo Lôbo conclui que a “Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes” (LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58.). O autor completa, mais adiante, afirmando: “O art. 421 – certamente o mais importante do Código –, quando imprimiu ao contrato a função social, e não apenas a função de autoregulação de interesses individuais, significou profundo redirecionamento da aplicação do direito civil” (Op. cit., p. 71).

espalhar-se pelos momentos posteriores à contratação<sup>10</sup>. A verificação da validade, à luz da Constituição, é dinâmica e flexível, e não estática e rígida. O princípio do equilíbrio material entre as prestações, cuja base normativa superior é o art. 3º, III, CF/88, impõe um contínuo acompanhamento da relação contratual, verificando, caso a caso, a existência de desigualdades reais que exijam correção.

Tivemos, historicamente, três fases: a) primeiro, na dicção clássica da *Lei de Maine*, a passagem do status ao contrato; b) depois, houve um largo período, a partir do século XIX, de consagração da liberdade formal, firmada pelos pactos vinculantes, expressões da liberdade contratual; c) vivemos, atualmente – com a grosseira inexatidão que marca qualquer sistematização histórica –, em que se busca, sobretudo, uma tutela da confiança, à luz de valores sociais como a boa-fé objetiva, a função social, o equilíbrio substancial entre as prestações.

Se assegurar a liberdade de contratar era a grande missão dos códigos civis oitocentescos<sup>11</sup>, hoje, a grande missão das Constituições e dos códigos civis é assegurar uma tutela privilegiada à pessoa humana. Nesse contexto, os contratos são socialmente funcionalizados, o que impede uma utilização inconsequente da autonomia da vontade. A propriedade, cuja função social tem sede constitucional, restringe o espaço de ação do proprietário, que não pode agir em descompasso com a inserção social do bem que titulariza.

Há, além disso, a necessidade da tutela da confiança das partes e de terceiros. Busca-se, como veremos adiante, o equilíbrio material entre as prestações. A função social dos contratos desempenha relevantes tarefas, ao lado das múltiplas funções da boa-fé objetiva. Passa-se da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Nesse sentido, “um contrato livremente pactuado pode ser, não obstante, um contrato injusto e, nesta medida, pode ser revisto, modificado judicialmente ou mesmo integralmente rescindido: à ênfase na liberdade sucede a ênfase na paridade. Trata-se, pois, de uma transformação profunda no conceito de justiça contratual. A dimensão de tal mudança dificilmente pode ser compreendida em função, apenas, do direito contratual, exigindo, complementarmente, uma contextualização filosófica”. (NEGREIROS, Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 158.).

<sup>11</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 38.

<sup>12</sup> Cf. FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 145; MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 35.

Há negócios jurídicos que têm um núcleo extrapatrimonial irreduzível – e nem estamos falando do direito das famílias. As empresas de plano de saúde, por exemplo, estão sujeitas a uma boa-fé qualificada, decorrentes da intensa função social do serviço prestado mediante remuneração. Não é qualquer bem jurídico que está em jogo. É a saúde humana. Não há possibilidade de realizarmos nossos projetos de vida sem saúde. Sem desconhecer os aspectos patrimoniais envolvidos, não é possível encarar esses contratos sob uma ótica puramente patrimonialista. A tutela da pessoa humana exige, cada vez mais, a atenção do direito. Isso redimensiona o sistema jurídico, faz com que os conceitos e as categorias sofram o impacto da ética, sem uma vinculação estreita com o patrimônio<sup>13</sup>.

## 1.2. A tradição patrimonialista que historicamente permeou os institutos civis

Já no item anterior pudemos vislumbrar o ponto. Cabe, aqui, apenas complementá-lo. Tradicionalmente, os institutos civis carregam forte dose de patrimonialidade. Se percorrermos o Código Civil – apesar dos princípios sociais que o dirigem e das cláusulas gerais que traz – não será difícil identificar fortes resíduos de um passado no qual a preocupação precípua era com o patrimônio<sup>14</sup>.

Hoje, os civilistas aludem, crescentemente, à despatrimonialização e à repersonalização das relações civis. Os juristas são instados a reler a legislação infraconstitucional com novos olhos, observando os valores constitucionalmente prestigiados<sup>15</sup>. Nesse contexto, dificilmente teríamos, hoje, no plano do direito civil, uma conduta agressora das convicções sociais como conforme ao direito. Em face da atual Constituição da República – que adotou, entre os princípios fundamentais da República, a cidadania, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), e entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) – ampliou-se, de modo generoso, o panorama de análise da inconstitucionalidade das leis.

<sup>13</sup> Em sentido semelhante, Rodotà lembra que “agora, não a propriedade, mas a personalidade se torna o contexto em cujo interior deve ser colocado o governo da vida” (RODOTÀ, Stefano. *Perché laico*. Bari: Laterza, 2010. p. 189-205.).

<sup>14</sup> Houve até quem defendesse que o Código Civil de 2002 seria ainda mais patrimonialista que o de 1916 (FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo. Um projeto de código civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 243, set./dez. 2000.).

<sup>15</sup> PERLINGIERE, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972. p. 155.

Vivemos, atualmente, em sociedades complexas e heterogêneas. Pronunciado pluralismo nos caracteriza. As amplas transformações ocorridas na sociedade exigem que o ordenamento jurídico incorpore a ética e não se mostre tão fechado como costumava ser no passado. Além disso, os desafios e ameaças que hoje nos afligem são, de certo modo, distintos daqueles dos séculos passados. Há quem sustente que vivemos numa sociedade de risco. Em boa medida, nossa sociedade é definida por eles<sup>16</sup>.

Durante o século XIX e boa parte do século XX, o direito civil orgulhava-se do rigor formal dos seus conceitos, em sistema logicamente impecável. Porém, paralelamente aos encadeamentos lógicos dos juristas, os poderes privados eram – e, de certo modo, ainda são – marcados por forte carga despótica<sup>17</sup>. O marido sobrepunha-se, social e juridicamente, à mulher; o pai sobrepunha-se ao filho; os empregadores a seus empregados. A igualdade material não inspirava os códigos civis. Os códigos civis clássicos não se preocupavam com esses desníveis de poder privado; antes os secundavam. Padrões de comportamento preconceituosos se repetiam, e a lei os incentivava.

Sob o prisma sociológico, um ponto sublinhado por muitos estudiosos dos padrões culturais brasileiros é o patrimonialismo. Ou – na dicção que se tornou clássica de Nelson Saldanha – a dificuldade, algo crônica, de distinguir o *jardim* da *praça*. Privado e público se misturam numa convivência nem sempre saudável. O público, tão frequentemente, confunde-se com o privado, e as categorias assépticas da lei nem sempre conseguem impedir certos usos promíscuos do que é (ou deveria ser) de todos em proveito próprio ou de alguns. Talvez, em parte, nosso conhecido traço patrimonialista – tão bem denunciado por Raymundo Faoro em *Os Donos do Poder* e por Sérgio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil* – que faz pensar que os bens do Estado não são de ninguém. O Brasil, como democracia constitucional recente, tem entre seus desafios o aprimoramento do sistema jurídico-institucional, buscando aplicar o

<sup>16</sup> A referência teórica mais consistente, a propósito, é Ulrich Beck, que argumenta haver a globalização dos riscos civilizacionais, e que a concretude do risco não respeita fronteiras nacionais (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco - rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.). Há autores, sob diversa orientação teórica, que preferem dizer que vivemos numa “sociedade informacional”. (Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.).

<sup>17</sup> Pontes de Miranda, desde o início do século passado, vigorosamente se punha contra o conteúdo despótico no exercício dos direitos subjetivos, antecipando, em longas décadas, o conceito de função social da propriedade e dos contratos: “Tampouco se definiria o direito subjetivo como poder de mandar, de impor, de comandar. Aos séculos de pontiaguado individualismo foi grata tal concepção, que pôs o indivíduo no lugar dos déspotas. O ‘meu’ direito (subjetivo) significava a minha força, o meu poder, a minha violência, sucedâneos da força, do poder, da violência do príncipe” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes DE. *Tratado da ação rescisória*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 10.).

direito objetivo com isonomia e impessoalidade. A imprensa, com sua fiscalização permanente, exerce relevante função nesse campo.

É preciso lembrar que as relações entre particulares são, frequentemente, assimétricas e desiguais. Há poderes privados – aos quais não deve ser indiferente o Estado<sup>18</sup>. Bem por isso, os direitos fundamentais, hoje, no Brasil, não são apenas direitos de defesa em face do Estado. Exige-se uma postura ativa do Estado para proteger os direitos fundamentais. Essa constatação redefine muitas abordagens, sobretudo da responsabilidade civil do Estado por omissão. Peter Häberle, argutamente, verifica que não há *numerus clausus* das dimensões de proteção dos direitos fundamentais, nem *numerus clausus* dos perfis.

O conservadorismo que sempre timbrou o direito de família – baseado no poder do marido e do pai – refletia por certo a sociedade que tínhamos<sup>19</sup>. Hoje a sociedade é plural, com muitos modelos familiares aceitos, e o direito civil, como não poderia deixar de ser, também reflete isso. Não há dúvida que admitir um mais intenso diálogo do direito civil com a ética não significa dar passaporte para o voluntarismo. Não se trata de substituir a pauta de valores constitucionais pela pauta, pessoal e idiossincrática, de valores do intérprete. Bem por isso, uma linha de conduta hermenêutica se impõe com singular rigor: quanto mais semanticamente aberta for a norma, maiores e mais severos são os deveres argumentativos do intérprete. O dever de densidade argumentativa, portanto, é proporcional à flexibilidade dos signos normativos. Aliás, os estudos recentes têm frisado que a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional é mensurada tanto por seu conteúdo (*output*) quanto pelo seu procedimento (*input*)<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> É inegável, sobretudo em nossos dias, que existem situações de opressão ou desnível entre particulares, algo semelhante com as relações assimétricas que lastrearam - ainda na concepção liberal - os direitos fundamentais em face do Estado. (UBILLO, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* – análisis de la jurisprudencia del tribuna constitucional. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Consitucionales, 1997. p. 369.).

<sup>19</sup> Não por acaso, os civilistas sempre simbolizaram o conservadorismo jurídico. Pierre Bourdieu, por exemplo, enxerga nos privatistas o “culto do texto, o primado da doutrina e da exegese, quer dizer, ao mesmo tempo da teoria e do passado” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 252.). De modo semelhante, percebeu-se que “a permanência jurídica se manifesta, em toda sua plenitude, no setor específico das codificações. E, aí, especialmente em matéria de Direito Civil, tido por protótipo do conservadorismo jurídico” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 144.). Nesse contexto teórico, convém lembrar que o século XIX foi pródigo em generalizações, amplas construções teóricas e esquemas abstratos (MEAD, George H. *Movements of thought in the nineteenth century*. Chicago: The University of Chicago Press, 1972).

<sup>20</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

## 2. A revitalização do direito civil em múltiplas dimensões: o espectro normativo da dignidade e da solidariedade social

As muitas dimensões atuais do direito civil são revitalizadas pelo farto uso dos princípios e cláusulas gerais. O direito privado, nessa perspectiva, sofre mutação funcional, aceitando que seus conceitos, categorias e institutos sejam redefinidos à luz da solidariedade social (e da função social, dignidade, boa-fé etc.). Ganha também força e respeito a concepção teórica – idealizada por Luiz Edson Fachin – que postula um patrimônio mínimo para cada ser humano, como piso para o exercício dos demais direitos de modo digno<sup>21</sup>.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República (CF, art. 1º, III), e a solidariedade social (CF, art. 3º, III), passam a ser invocadas com frequência nos trabalhos acadêmicos e em decisões judiciais. Poderíamos, talvez, resumir a tendência que se observa nos estudos de direito civil em duas palavras: *repersonalização e despatrimonialização*. A doutrina, nesse sentido, tem-se mostrado atenta ao construir “parâmetros de diferenciação capazes de dar o relevo jurídico necessário aos interesses existenciais<sup>22</sup>”.

Há, hoje, toda uma construção – normativa e conceitual – a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há setor da experiência jurídica que não tenha, de algum modo, sido atingido pela eficácia irradiante deste princípio. Direito público e direito privado, relações simétricas e relações assimétricas, com ou sem a participação estatal, é certo que a dignidade humana se projeta com singular força normativa por toda a ordem jurídica. Talvez não seja exagero afirmar que boa parte da abertura do sistema jurídico dos nossos dias se opera através da dignidade da pessoa humana – e suas múltiplas e transformadoras dimensões de eficácia. Trata-se de norma aberta que impõe não apenas omissões (dever de não agir contra a dignidade), mas também ações, prestações (dever de agir, positivamente, para realizá-la).

A dignidade – como de resto os demais princípios constitucionais – não é conceito que possa ser extraído a partir do ser humano isolado, em pobre (e irreal) compartimentalização. Trata-se de norma que supe e exige seres humanos em recíprocos contatos. Só daí será possível

<sup>21</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 300-311.

<sup>22</sup> NEGREIROS, Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103.

extrair, material e dinamicamente, os contornos aproximados do princípio. A doutrina percebe que “há uma lógica evolutiva nas dimensões da dignidade humana [...]. Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente da qualidade ambiental, passam a conformar o conteúdo da dignidade humana, ampliando o seu âmbito de proteção”<sup>23</sup>.

A dignidade humana – assim como a solidariedade social – não constitui, obviamente, princípio de aplicação exclusiva do direito civil, mas de incidência em todo o sistema jurídico instaurado pela Constituição de 1988. A propósito da solidariedade, um primeiro ponto que pede menção é que, até a Constituição de 1988, a única acepção jurídica do vocábulo solidariedade era aquela que dizia respeito à multiplicidade de sujeitos em um dos polos da relação jurídica (aptos, por exemplo, a ser demandados pela integralidade da dívida)<sup>24</sup>. O curioso é que muitos, ainda hoje, confundem os significados, ou os tratam como se fossem um só fenômeno. Em relação à acepção originária e tradicional, lembremos que a solidariedade é a regra na reparação civil no Brasil há cerca de um século. Desde o Código Civil de 1916, sempre que a ofensa tiver mais de um causador, todos respondem solidariamente.

No direito ambiental, essa solidariedade ganha notas particularmente severas – e talvez aí esteja a nota singular – ampliando-se, significativamente, em certos casos, a importância da participação indireta, como na conhecida hipótese de responsabilizar o novo proprietário pela degradação promovida pelo antigo dono (STJ, 222.349). Isso, de fato, é algo forte (à luz do nexu causal), digamos assim. Em se tratando de dano ambiental, a “continuidade delitiva é motivo bastante para a condenação atual da indústria poluente, não obstante tenha o dano sido provocado também por algum antecessor no tempo. É nisso que reside a indenização por responsabilidade objetiva solidária dos danos causados ao meio ambiente”<sup>25</sup>. Embora seja importante frisar – como

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). *Direito ambiental atual*. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 86.

<sup>24</sup> Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Filyrly (Coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167-206.

<sup>25</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Herman (Org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 284. Elucidativo, nesse sentido, são os verbos usados em julgado que busca caracterizar quem são os responsáveis pelo dano ambiental: “quem faz, que não faz quando deveria fazer, quem deixa de fazer, quem não se importa que façam, quem

fizemos anteriormente – os dois significados possíveis da solidariedade (um digamos, mais tradicional, e outro de cores contemporâneas, traduzido pela solidariedade social), isso não quer dizer que eles sejam incompatíveis ou não dialoguem. Em muitos casos, a solidariedade clássica se põe como prestante mecanismo para otimizar e para concretizar a solidariedade social e a própria dignidade humana. Decidiu-se, por exemplo, em julgado recente, que a Igreja responde, civil e objetivamente, perante a vítima, pelo ato do padre que pratica pedofilia (STJ, 1.393.699). Responsabilidade solidária, portanto.

A dignidade da pessoa humana é um princípio – assim como os demais – que só socialmente pode ter sua carga significativa revelada. A solidariedade, hoje, como princípio jurídico, opõe-se vigorosamente ao individualismo que permeou as práticas jurídicas nos séculos passados. Paulo Lôbo percebe que o “*pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade, ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade”<sup>26</sup>. Entre nós, o marco normativo da consagração da solidariedade social foi a Constituição de 1988.

Não estamos diante, decerto, da dimensão espiritual ou caritativa da solidariedade, mas numa dimensão essencialmente jurídica<sup>27</sup>. Assim como a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas preceitua, de modo até mais amplo, o princípio da solidariedade não é oponível apenas ao Estado, mas também aos particulares<sup>28</sup>.

---

financia para que façam, e que se beneficia quando outros fazem” (STJ, 650.728, Rel. Min. Herman Benjamin). Temos, portanto, de modo amplo, a responsabilidade civil não só de poluidores diretos, mas também indiretos.

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81-85. Adiante, conclui: “Assim, podemos afirmar que o princípio da solidariedade é um dos grandes marcos paradigmáticos que caracterizam a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social (por alguns, justamente denominado Estado solidário), com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos”.

<sup>27</sup> Nesse sentido, “a solidariedade social, na juridicizada sociedade contemporânea, já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, pois se tornou um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115-116.). Argumenta-se, de modo semelhante, que “a solidariedade social consubstancia-se, sem dúvida alguma, em um dos principais vetores do direito contemporâneo. A influência dos ideais solidários e do reconhecimento do caráter normativo do princípio da solidariedade social, por toda parte difundido, provocou efeitos revolucionários em diversos setores do direito privado, temperando sua histórica orientação liberal e individualista” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 234.).

<sup>28</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Teoria dei diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 256.

Uma cosmovisão individualista da sociedade reconhece apenas a lógica da competição. O direito civil dos nossos dias – sem desconhecer que a sociedade é, também, o *locus* da competição – opera cada vez mais com a ideia de cooperação, de solidariedade.

Há, também, uma revalorização da equidade, no sentido aristotélico de justiça do caso concreto. Uma consequência até certo ponto óbvia dessas mudanças é a seguinte: quanto mais a ordem jurídica se vale de normas abertas, maior é o campo de atuação do intérprete. Porém, se sua liberdade de movimentação é maior ao lidar com princípios e cláusulas gerais, maiores também serão, proporcionalmente, seus deveres de argumentação, que se mostram mais rigorosos à medida que a norma se evidencia mais aberta. Está havendo um contínuo deslocamento do eixo estrutural do sistema jurídico: de um sistema fechado, autorreferente, composto exclusivamente por regras, para um sistema que, sem desprezar as regras, enfoca, com particular preponderância, os princípios e os conceitos abertos. As fontes normativas - em especial aquelas situadas no vértice do sistema - passaram a operar com um valor não absoluto de constância, o que possibilita uma atividade jurídica mais permeável aos valores<sup>29</sup>. Ademais, gostemos ou não, trata-se de fenômeno dos nossos dias, com os quais devemos aprender a lidar e dele extrair as melhores potencialidades<sup>30</sup>.

### 3. Os ciclos evolutivos da responsabilidade civil: entre velhas estruturas e novas funções

A responsabilidade civil traz consigo, em seus ciclos evolutivos, um potencial inovador considerável. No universo teórico do direito privado – historicamente tido como conservador e cioso das tradições e

<sup>29</sup> Teoriza-se a propósito: “Neste contexto, o Direito se torna um regulador de procedimentos cuja função é legitimar decisões de conteúdo indeterminado. Tal indeterminação não significa, no entanto, aleatoriedade. O sistema jurídico recolhe a núcleos de sentido como os valores, as pessoas, os papéis sociais e as ideologias para conferir conteúdo às normas” (RIBEIRO, Maurício Portugal. O direito contemporâneo e a metodologia de ensino do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 96.).

<sup>30</sup> Percebe-se que “a utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da invenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil brasileiro*. RTDC, v. 27, p. 109, jul./set. 2006.).

do passado –, a responsabilidade civil aparece como um parente agitado, exótico, dado a ideias eventualmente desestabilizadoras. Há, nesse sentido, um componente iconoclasta na responsabilidade civil. Não que esteja presente em todos os períodos históricos, mas, de tempos em tempos, ele se faz sentir, talvez bem mais aqui do que em outras categorias do direito civil.

A explicação possível talvez possa ser encontrada no fato de que a responsabilidade civil tem uma estrutura orgânica que facilita a absorção – possivelmente mais rápida – das mudanças sociais. Para que possamos decidir um caso relativo à responsabilidade civil, precisamos analisar se há dano (lembramos que a valoração humana acerca *do que* é dano varia enormemente. Fatos que há algumas décadas não consideraríamos dano hoje poderíamos considerá-los como tal. Há, portanto, uma historicidade inerente ao conceito de dano, que varia temporal e especialmente)<sup>31</sup>. A responsabilidade civil lida, em boa medida, com conceitos abertos (princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados etc.). Isso, de certo modo, favorece a incorporação dos novos ventos que renovam as relações sociais, trazendo-as para o universo do direito dos danos. Não é exagero afirmar que a responsabilidade civil se redefine a partir das mudanças sociais<sup>32</sup>.

Aliás, hoje se aceita, de modo crescente, a ideia do sistema jurídico como um sistema (pelo menos relativamente) aberto. Canaris define o sistema jurídico como “ordem teleológica de princípios gerais de direito”. A atribuição de eficácia normativa dos princípios está associada à abertura do sistema jurídico, no sentido de aceitar mudanças de fora para dentro, isto é, aceitar que fontes não propriamente legislativas possam modificar o sentido e as possibilidades das normas jurídicas.

---

<sup>31</sup> Percebe-se - como algo constatável, embora nem sempre desejável - que está havendo, nestas primeiras décadas do século XXI, um alargamento do conceito de dano indenizável. Isso “não quer dizer que estes danos sejam novos no sentido de não terem sua existência revelada em outras épocas, mas de que nestes momentos anteriores a sociedade - e o Judiciário, como consequência - teria algum grau de dificuldade em tutelar positivamente esta hipótese por se tratar de situações que requerem uma investigação mais apurada da função atribuída à responsabilidade civil, qual seja, a de possibilitar a proteção da pessoa humana contra violações geradas à sua dignidade (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 28.). Também se nota, atualmente, uma mudança na perspectiva da responsabilidade civil, do ato ilícito para o dano injusto (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 27.).

<sup>32</sup> Cf. CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 101. Aliás, não por acaso, afirma-se que “a responsabilidade civil tem representado nos países ocidentais um papel verdadeiramente revolucionário” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 22.).

Inegavelmente, o direito civil se aproxima das normas abertas da Constituição e dialoga crescentemente com a teoria dos direitos fundamentais. As polêmicas restringem-se, em geral, à forma como deve se dar essa aplicação<sup>33</sup>. A aplicação direta desses direitos, aliás, virou palavra de ordem entre os civilistas, entendendo-se, de modo largamente dominante, que no Brasil a eficácia dos direitos fundamentais se processaria de modo direto, e não de forma indireta como ocorre na Alemanha, berço teórico da concepção. Não só a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas ganha força, mas também – como dissemos antes – a percepção do sistema jurídico como um sistema aberto de princípios normativos. Por isso – mas não só por isso – a sulcada divisão entre direito público e direito privado perde relevância (lembramos que o princípio da dignidade da pessoa humana não conhece setores imunes às suas luzes).

Voltando, de modo específico, ao item que direciona o presente tópico, podemos afirmar que a responsabilidade civil se encontra em processo de abertura e refuncionalização, aceitando o pluralismo e assumindo certo tom menos dogmático. Não mais o sujeito de direito impessoal e abstrato, mas a pessoa humana, com seus projetos e suas dores bastante reais. O direito dos nossos dias reconhece as diferenças socioculturais. Não só as reconhece como as têm como relevantes para as soluções dos conflitos. Outro ponto é a funcionalidade. Aceita-se, atualmente, que a função social defina, internamente, os institutos, não se pondo apenas como limite externo. Em outras palavras: a funcionalidade define o que eles são e não só até aonde podem ir.

Conforme dissemos, a responsabilidade civil passa por um processo de refuncionalização. O instituto renova-se, de modo significativo, a partir das mudanças (não só normativas, mas sobretudo sociais). Houve, nas últimas décadas, intensa produção jurisprudencial a respeito do tema – o que permitiu renovar, criativamente, boa parte dos postulados teóricos aplicáveis à disciplina<sup>34</sup>. Após a Segunda Guerra, muitos

<sup>33</sup> CAPITANT, David. *Lês effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: L.G.D.J., 2001.

<sup>34</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 427. Maria Celina Bodin chega a dizer que é inegável que o Direito da Responsabilidade Civil, em nossos dias, está sendo criado pela jurisprudência (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49.). Assim, “ainda que na origem o direito da responsabilidade civil seja individualista e patrimonialista (pois seu objetivo é a reparação pecuniária e individual de um dano), sua interpretação e aplicação hoje levam em consideração outros fundamentos, de cunho solidarista, instrumentalizando uma ótica personalista do direito civil, especialmente no que se refere ao Direito de Danos”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 13.).

juristas europeus, sobretudo alemães e italianos, voltaram suas atenções teóricas para a jurisprudência, afastando-se da redoma conceitual de abstração e conceitualismo puro que por muito tempo marcou os estudos jurídicos, sobretudo na literatura civilística.

Neste nosso século, a responsabilidade civil é refuncionalizada, ou seja, é chamada a desempenhar novas funções<sup>35</sup>. O instituto, além disso, ao lado de sua índole individualística, tem uma forte dimensão função coletiva. Caitlin Sampaio Mulholland percebe que a “responsabilidade civil passa a cumprir uma renovada função, qual seja, a de reparar os danos sofridos pela vítima, muito mais do que o de obrigar o agente a indenizar por conta de sua conduta culposa”. Diagnosticou ainda que “isso se deve à tomada de consciência e ao sentimento coletivo a respeito da injustiça de deixar a vítima em uma posição desfavorável em relação ao dano que lhe foi ocasionado, mesmo consciente de que o autor do dano pode não ter agido de forma a causá-lo culposamente”<sup>36</sup>.

A maior proteção à vítima vem conjugada com um processo histórico-normativo que torna a responsabilidade civil cada vez mais objetiva. Isto é, os suportes fáticos das normas que determinam a indenizabilidade dos danos exigem, cada vez menos, a presença da culpa. Indeniza-se, mesmo sem culpa. É assim, por exemplo, em regra, na responsabilidade civil do Estado e na responsabilidade civil no direito do consumidor. Também no direito ambiental. Ampliam-se, fortemente, os espaços do dano injusto indenizável. Há danos individuais e danos coletivos, danos atuais e danos futuros. Indeniza-se, até, hoje, a perda da chance. Lida-se não mais com a certeza do dano clássico, mas com a probabilidade<sup>37</sup>. Lembremos que a dimensão preventiva –

<sup>35</sup> Cf. ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>36</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 16. Conclui, no mesmo estudo, adiante que as “bases valorativas do Direito de Danos podem encontrar-se justamente na consagração de dois princípios em nosso ordenamento jurídico: o princípio da reparação integral e o princípio da solidariedade social” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 338.).

<sup>37</sup> Georges Wiederkehr, à luz da realidade europeia, alude ao “convite feito ao juiz de não ser muito exigente acerca da prova da causalidade e de não querer mais do que a probabilidade” (citado por MACHADO, Paulo Afonso Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 357). Na esfera do direito ambiental já se mostram aceitáveis e difundidas as presunções de causalidade. Aliás, os danos ambientais revestem-se de particularidades. Os danos ambientais raramente seguem uma lógica linear. A quantificação é difícilima. Como quantificar e ressarcir – por exemplo – a extinção de certa espécie da fauna? Ou mesmo a contaminação de lençóis freáticos? Trabalha-se, ademais, neste campo, com muita frequência, com o conceito de dano futuro. Pensemos na chamada poluição histórica, que resulta da acumulação, sucessiva e progressiva, de dejetos. Sem falar que há danos que nem sempre se situam no domínio das causas visíveis. Há, frequentemente, um largo espectro de causas e uma distância espacial (e também temporal) entre a ação e o resultado danoso. Não por acaso, Herman

eventualmente dialogando com os princípios da prevenção e da precaução – é fator relevante e essencial na responsabilidade civil atual<sup>38</sup>.

O direito dos nossos dias – talvez melhor fosse escrever: o direito dos danos dos nossos dias – olha menos para a culpa e mais para o risco (não por acaso, título da clássica obra de Alvino Lima). Trata-se de linha de tendência que se esboça em nosso país sobretudo a partir de meados do século passado. Outro aspecto relevante é o seguinte: há uma filtragem ética – ou pelo menos há uma crescente preocupação doutrinária nesse sentido, ainda que, eventualmente, desconsiderada na solução de certos casos – que busca distinguir, para conferir respostas normativamente diferenciadas, entre bens patrimoniais e bens não patrimoniais (existenciais).

Aliás, a bipartição tradicional – que categoriza os ilícitos em absolutos e relativos, conforme o sujeito passivo, se determinado ou não – é neutra em relação aos valores. Incapaz, portanto, sob o prisma teórico, de oferecer uma consideração diferenciada para os bens jurídicos não patrimoniais. Poderíamos, atualmente, nesse contexto, dar um passo adiante em relação à classificação tradicional dos ilícitos em absolutos e relativos e – sem esquecer o dualismo clássico – enxergar os ilícitos civis *também* à luz das lentes atuais da repersonalização e da despatrimonialização. Nesse sentido, talvez nos ajude, hermeneuticamente, enxergar os ilícitos civis a partir de duas categorias contemporâneas: a) ilícitos patrimoniais; b) ilícitos extrapatrimoniais<sup>39</sup>.

---

Benjamin aludiu, a propósito, ao “império da dispersão do nexa causal”. Por isso, como dissemos, há de certo modo um convite ao juiz a não ser muito exigente com o nexa de causalidade e não exigir mais do que a probabilidade.

<sup>38</sup> PERLINGIERE, Pietro. *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*. Rassegna di Diritto Civile, n. 4, p. 1061-1087, 2004.

<sup>39</sup> Cf. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Se a distinção entre ilícitos absolutos e relativos é neutra em relação aos valores, aqui ocorre o inverso. As categorias se opõem em função dos valores que os bens jurídicos traduzem. O tratamento conferido aos direitos patrimoniais, sejam reais ou obrigacionais, pode ser, em grandes linhas, semelhante. Porém os extrapatrimoniais exigem uma tutela qualitativamente diversa. Naturalmente, é um dualismo que só pode ser aceito em termos de preponderância. Será o caráter precipuo da lesão, se ao patrimônio ou à pessoa, que conferirá o *locus* na classificação. A rigor, e como intuitivamente se percebe, não existe agressão ao patrimônio que não atinja, reflexa e indiretamente, a pessoa. As agressões à pessoa, por seu turno, são quase sempre traduzíveis em padrões monetários, embora essa operação não seja, à luz dos dias atuais, a mais indicada, pelo menos em linha de princípio. Feitas essas ressalvas, e armando o espírito contra as cautelas epistemológicas excessivamente matematizantes, é possível e necessário operar com as categorias conceituais dos ilícitos *patrimoniais* e *extrapatrimoniais*. A diferenciação é, sob certo sentido, ética, e não poderia deixar de ser. A carga valorativa que o conceito de pessoa atualmente carrega é tão forte que impõe considerações próprias. O denso conteúdo axiológico dos direitos não patrimoniais exige formas de proteção específicas. Não se pode pretender proteger, igualmente, a propriedade e a pessoa. O direito

Talvez seja interessante sublinhar que – segundo cremos – ilícito civil não se confunde com responsabilidade civil. A doutrina nacional, em geral, os identifica. Imagina que ilícitos civis são aqueles previstos no Código Civil (arts. 186 e 187), cujo efeito é, sempre e apenas, o dever de indenizar (art. 927). Tal visão, segundo cremos, é parcial e não dá conta da realidade do mundo jurídico no que toca aos ilícitos civis (cuja eficácia poderá ser não apenas indenizante, mas também perfazer perdas de direitos ou outras categorias de eficácia; neutralização dos efeitos pretendidos pelo negócio jurídico; autorizações para o ofendido praticar determinados atos etc.). Na verdade, bem vistas as coisas, os ilícitos civis perfazem um rico gênero, variado e multiforme, cujos contornos não aceitam a tradução dogmática oferecida pela doutrina clássica, ainda hoje repetida nas novas edições de antigos livros.

### 3.1. Os degraus da responsabilidade civil: um olhar através dos ciclos históricos

Talvez possamos, historicamente falando, vislumbrar uma escada teórica da responsabilidade civil. Uma escada em que cada degrau não exclui o degrau anterior, mas o pressupõe. Os degraus convivem, não cabendo pleitear a existência exclusiva de determinados pisos, cada qual com funções específicas e relevâncias diferenciadas. No primeiro degrau, teríamos a responsabilidade subjetiva, descansando na sombra da culpa. Esse foi, por muito tempo, o único degrau conhecido, a única condição de possibilidade da existência da responsabilidade civil<sup>40</sup>.

No segundo degrau, teríamos a culpa presumida – largamente usada em boa parte do século XX. Perceba-se que ainda estamos diante de uma hipótese de responsabilidade subjetiva. A culpa persiste importante, só que o ônus probatório não mais está com a vítima, e sim com o suposto ofensor. Na responsabilidade civil clássica, subjetiva, a vítima é que deverá provar a culpa do ofensor. O ônus da prova é dela. Já na culpa presumida, o ordenamento altera o ônus probatório, cabendo ao (suposto) ofensor provar que não agiu culposamente. Nos dois casos, entretanto, como se percebe, a discussão gira em torno da

---

contemporâneo repudia semelhante neutralidade. Sendo distintos os bens jurídicos, são naturalmente depositários de valores éticos variáveis. Por conseguinte, a proteção que o direito oferece não pode ser a mesma.

<sup>40</sup> Talvez o exemplo mais claro e paradigmático de defesa da culpa esteja na obra dos irmãos MAZEAUD. Ver MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Recueil Sirey, 1947. t. I, p. 723 e passim.

culpa. Passamos, portanto, da responsabilidade subjetiva, de índole clássica, descansando na sombra da culpa, para técnicas que, aos poucos, passaram a presumir o elemento subjetivo. Fomos, assim, da culpa clássica para a culpa presumida em muitos casos (foi o que aconteceu, legislativa e jurisprudencialmente, no século passado, em relação às estradas de ferro). A responsabilidade dos pais pelos filhos menores, no Brasil, foi uma hipótese de responsabilidade por culpa presumida até 2002, quando passou a ser objetiva (Código Civil, art. 932, I; art. 933).

No terceiro degrau, teríamos a responsabilidade civil objetiva. A objetivação da responsabilidade civil é uma tendência observável a partir sobretudo de meados do século passado, sendo possível registrar movimentações nesse sentido ainda mais recuadas no tempo. Hoje, a legislação brasileira é farta em hipóteses de responsabilidade objetiva, como ocorre, por exemplo, na legislação ambiental, no transporte de pessoas (aéreo ou terrestre), nas relações entre bancos e clientes, nas relações entre construtoras e adquirentes de unidades residenciais, nas relações entre usuários e planos de saúde, entre muitas outras situações possíveis<sup>41</sup>. A responsabilidade objetiva – ao contrário da responsabilidade

<sup>41</sup> A responsabilidade objetiva, em nossos dias, ganha crescentemente força. Recentemente, mais uma hipótese foi incorporada à nossa ordem jurídica pela Lei n. 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º). O art. 2º estatui: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Temos, aí, mais uma hipótese, na ordem jurídica brasileira, de responsabilidade objetiva: a responsabilidade das pessoas jurídicas diante de atos danosos à administração pública. Em regra, como se sabe, é o Estado que responde sem culpa pelos danos que cause, seja a pessoas físicas, seja a pessoas jurídicas. Já se uma pessoa física causar um dano ao Estado (digamos que alguém, aluno de uma universidade federal, estragou um computador do laboratório de pesquisa), é preciso, para que haja responsabilidade civil, que lhe seja provada a culpa (negligência, imperícia ou imprudência). O mesmo acontecia, em regra, relativamente às pessoas jurídicas de direito privado nas relações com o Estado (perceba-se que não estamos falando das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, nas relações com os cidadãos). Se uma pessoa jurídica causasse um dano ao Estado, em princípio a culpa far-se-ia necessária para a responsabilização, a menos que intervisse uma legislação específica que impusesse a responsabilidade objetiva (por exemplo, uma empresa de transporte de cargas cujo caminhão destrói determinada balança de pesagem de cargas, responderá se tiver havido culpa, a menos que suponhamos uma situação em que possamos aplicar a teoria do risco, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, de feição objetiva). Agora, porém, com o advento Lei n. 12.846/2013, temos uma nova hipótese de responsabilidade objetiva no direito brasileiro. As pessoas jurídicas - ou mesmo entidades não personificadas, já que o art. 1º, parágrafo único, é claro nesse sentido, além de mencionar que a lei se aplica àquelas entidades “constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente” – respondem pelas ações que lesionem “o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”. A lei em questão parece ter sido uma resposta a denúncias feitas pela imprensa em relação a fraudes nas licitações de hospitais públicos, sobretudo no Rio de Janeiro. Seja qual for sua origem, a intenção é louvável. Prevê que, em relação aos atos lesivos

civil por culpa presumida – não admite a prova de ausência de culpa. As discussões, aqui, devem orbitar em torno do nexo causal.

Talvez pudéssemos falar, no quarto degrau, em responsabilidade objetiva agravada<sup>42</sup> (ou outra denominação equivalente, as denominações são, em parte, secundárias). Seriam situações em que se dispensa o nexo de causalidade adequada entre o fato e o dano. Exige-se, porém, que haja *estreita conexão* entre o dano e a atividade do ofensor. Os danos, nesse sentido, precisam guardar conexão com a atividade desenvolvida (os bancos, por exemplo, respondem objetivamente perante os clientes por fraudes praticadas por terceiros – fortuitos internos, consoante reconhece a Súmula 479 do STJ).

Ou talvez pudéssemos inserir, no quarto degrau, as presunções de causalidade, como propõe Caitlin Sampaio<sup>43</sup>. Ou, ainda, com a aplicação de teorias acerca do nexo de causalidade com feição mais flexível, a exemplo da causalidade alternativa, recebida com entusiasmo no direito ambiental. E o quinto degrau ficaria para a responsabilidade objetiva agravada (aquela em que a presunção de causalidade *não é necessária*, porque se prescinde do próprio nexo causal). Qualquer das opções seria, cremos, uma escolha teórica legítima, que tenta descrever, esquematicamente, modelos historicamente utilizados pelo direito dos danos.

---

à administração nacional ou estrangeira (as organizações públicas internacionais são equiparadas à administração pública estrangeira, art. 5, § 2º), a responsabilidade civil (e administrativa) será objetiva (art. 2º). A lei, porém, parece ter optado por restringir os atos danosos – em relação aos quais a responsabilidade civil das pessoas jurídicas é objetiva – àqueles vinculados de algum modo a práticas corruptas. Imaginemos uma situação concreta: fornecimento de refeições para hospitais ou presídios. Um funcionário de determinada empresa oferece propina para ganhar a licitação. Nos termos da lei citada, a empresa não poderá alegar que desconhecia a conduta do funcionário. Desde que haja nexo causal, a empresa responderá. O benefício nem precisa ser exclusivo da empresa. Lembremos, a propósito, que à luz do Código Civil o empregador já responde sem culpa por ato do empregado (Código Civil, art. 932, II; art. 933).

<sup>42</sup> Fernando Noronha argumenta: “Similarmente ao que acontece com a responsabilidade objetiva comum, a agravada também tem como fundamento um risco de atividade, mas agora o risco considerado é bem mais específico. Se na responsabilidade agravada se prescinde de nexo de causalidade adequada entre o fato do responsável e o dano, em contrapartida exige-se que este guarde estreita conexão com a atividade do responsável: não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis, serão apenas aqueles que possam ser considerados *riscos inerentes, característicos ou típicos da atividade* em questão” (NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 638.).

<sup>43</sup> Assim, “admitindo-se a possibilidade de presunção de causalidade quando presentes os critérios já expostos neste Capítulo, inúmeras situações de dano que em épocas passadas seriam consideradas como um fortuito ou um acidente infeliz, hoje seriam indenizáveis, realizando a função plena da reparação da vítima e efetivando o ideal da solidariedade social” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 340.).

#### 4. Proposições conclusivas

Frisamos acima ser possível identificar, na caminhada histórica da responsabilidade civil, alguns conceitos que – venham da lei, da doutrina ou da jurisprudência – se impuseram, em determinados períodos históricos, com resultado de certas discussões e, afinal de contas, das necessidades sociais em constantes mudanças. A caminhada do direito dos danos, através dos séculos, se dá no sentido de uma crescente objetivação. Já esboçamos, anteriormente, de modo sumário – com algum grau de imprecisão e mesmo de voluntarismo que essas classificações carregam – uma espécie de escada histórica da responsabilidade civil.

Desse modo, e com as ressalvas antes feitas, na evolução histórica da responsabilidade civil através dos séculos é possível perceber a passagem por certas etapas, por assim dizer, certos degraus. Não é novidade a dimensão fortemente jurisprudencial da responsabilidade civil, o que possibilita que muitas de suas mudanças – até de suas revoluções, como talvez possamos dizer – sejam feitas no silêncio da lei (e até, às vezes, contra a lei, ou pelo menos contra o literalismo dela). Convém reavivar, com extrema brevidade, o que chamamos de escada histórica da responsabilidade civil: a) responsabilidade subjetiva clássica; b) culpa presumida (que, sabemos, é uma espécie de responsabilidade objetiva, cuja especificidade consiste em que o ônus da prova passa para o suposto ofensor, que poderá provar que não agiu culposamente); c) responsabilidade objetiva (esta, por certo, não admite a prova de ausência de culpa); d) responsabilidade objetiva agravada. Neste capítulo, interessa-nos especialmente esse último degrau.

Vejamos muito brevemente cada uma delas. A responsabilidade subjetiva clássica é, digamos assim, uma senhora com séculos de existência. Por muito tempo, foi a única forma de responsabilidade civil que tínhamos<sup>44</sup>. Ou a vítima provava a culpa do ofensor, ou não haveria

<sup>44</sup> Cabe frisar que “não é de hoje que a culpa perdeu o *status* de centro do sistema da responsabilidade civil, dado o avanço da objetivação das regras reparatórias, e mudou o próprio papel que lhe incumbe desempenhar nas hipóteses residuais (subjetivas), a partir da justificativa finalística de sua releitura, a impor uma feição mais objetiva, normativa, e menos psicológica” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Desafios à concretização do princípio da reparação integral no Superior Tribunal de Justiça*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 261-262. No mesmo sentido: MONTEIRO FILHO, Carlos Edilson do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas (estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.).

dever de indenizar. Ainda hoje é relevante, embora com um campo de atuação substancialmente menor do que dispunha no passado. Está prevista, atualmente, no Código Civil, art. 186 (Código Civil, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”). Assim, se alguém, dirigindo seu carro, colide com outro veículo, a vítima do dano deverá provar a culpa do ofensor, para que haja o dever de indenizar. A responsabilidade subjetiva abrange a culpa *stricto sensu* (negligência, imperícia e imprudência) e o dolo. Em regra, a indenização se mede pelo dano, não pelo grau de culpa (Código Civil, art. 944).

No degrau seguinte – responsabilidade civil por culpa presumida – *ainda estamos falando de responsabilidade subjetiva*. Aqui, a culpa continua como fator relevante. A diferença é que, neste degrau, ocorre uma inversão do ônus da prova. Trata-se de técnica muito usada, aqui e ali, na caminhada histórica da responsabilidade civil, principalmente diante do descompasso entre certas necessidades sociais e o lento conservadorismo da lei civil<sup>45</sup>. Nem sempre o legislador entende ou acolhe as novas demandas sociais. Seja como for, aqui a vítima não mais precisará provar a culpa do ofensor. A culpa é presumida. Porém o ofensor poderá, se desejar, provar que *não agiu culposamente*. Essa a diferença relevante. O ônus da prova transfere-se da vítima para o ofensor. Mas a culpa continua importante, pois se o ofensor provar a ausência de culpa (ausência de negligência, imperícia ou imprudência, por exemplo), não haverá indenização. Gustavo Tepedino, a propósito, enfatiza que “muitas vezes se confunde, tanto nos manuais quanto na experiência pretoriana, a teoria da presunção da culpa, intensamente aplicada, mediante a qual, em termos práticos, se inverte o ônus da prova em favor da vítima de dano injusto”, com as teorias não subjetivistas, “próprias da responsabilidade objetiva, em que não se deve cogitar da culpa para a fixação da responsabilidade”<sup>46</sup>. Um exemplo seria a responsabilidade dos

<sup>45</sup> Já se notou, argutamente, nesse sentido, que “se na virada do século XIX para o XX o problema dos acidentes de transporte era transformado pelo sistema jurídico em uma questão de prova que podia ser resolvido atrás de uma abordagem que recorria às normas de direito processual e à teoria da argumentação consagrada na técnica da presunção, na virada do século XX para o XXI o problema da violência no transporte exige uma abordagem que tome a sério as normas constitucionais e aceite o desafio de atualizar o sentido dado a conceitos do direito privado, buscando compreender os desdobramentos macro-sociais e econômicos decorrentes das opções dogmáticas construídas ao longo da história” (CORRÊA, André Rodrigues. Solidariedade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386.).

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 179.

pais pelos atos dos filhos menores, à luz do Código Civil de 1916. Doutrina e jurisprudência brasileiras entendiam que se tratava de uma presunção de culpa, isto é, os pais ficariam livres de indenização caso provassem que não foram negligentes, imperitos ou imprudentes.

Podemos, atualmente, apontar como exemplo possível de aplicação da responsabilidade civil por culpa presumida as cirurgias plásticas com fins estéticos. Segundo jurisprudência dominante, trata-se, não de responsabilidade objetiva, mas por culpa presumida. Desse modo, “nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva”. Cabe ao médico, “contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia” (STJ, REsp 1.180.815, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, DJ 26/08/2010). No mesmo julgado se destacou que “em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica”, o que, segundo o julgado, “importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico”.

O degrau seguinte – talvez o mais frequente na sociedade atual – diz respeito à responsabilidade civil objetiva. Nesse caso, a culpa não entra como fator de consideração. Em outras palavras: a responsabilidade objetiva *não admite a prova de ausência de culpa*. Mesmo que o ofensor realize essa prova, ela será irrelevante, pois a culpa, aqui, não entra como elemento que possa ter importância jurídica. Basta o dano e o nexo causal, ligado à ação ou omissão de alguém (pessoa física ou jurídica ou mesmo ente despersonalizado, como o condomínio). Se alguém se hospeda em hotel e sofre um dano na piscina ou no elevador do estabelecimento, o hóspede não precisará provar a culpa do hotel ou de seus funcionários para ser indenizado. A responsabilidade civil será objetiva à luz do Código de Defesa do Consumidor (aliás, nesse caso, o hospede poderá: a) solicitar a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII); b) poderá retornar à sua cidade (se o hotel estava situado em outra) e propor a ação em seu domicílio (CDC, art. 101, I); c) poderá se valer de um prazo prescricional mais dilatado do que aquele do Código Civil (3 anos no Código Civil, art. 206, § 3º, V; e prazo de 5 anos no CDC, art. 27); d) o fornecedor de produtos e serviços não poderá se valer da denúncia da lide (CDC, art. 88, ampliado pela jurisprudência para qualquer caso de relação de consumo), entre outras vantagens que a legislação de consumo confere às vítimas de danos.

Por fim, como último degrau – o menos conhecido e mais atual – talvez possamos mencionar a responsabilidade objetiva agravada. Trata-se de modelo teórico ainda não consolidado, não exatamente definido em todos os seus contornos. Até mesmo sua terminologia pode ser substituída ou criticada. Temos, aqui, em linhas gerais, a responsabilidade civil sem nexos causal – uma heresia para os padrões clássicos –, desde que haja uma conexão próxima, estreita, entre o dano e a atividade desenvolvida pelo ofensor. Fernando Noronha argumenta: “Semelhantemente ao que acontece com a responsabilidade objetiva comum, a agravada também tem como fundamento um risco de atividade, mas agora o risco considerado é bem mais específico”. Se na responsabilidade agravada “se prescinde de nexos de causalidade adequada entre o fato do responsável e o dano, em contrapartida exige-se que este guarde estreita conexão com a atividade do responsável: não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis”, serão apenas “aqueles que possam ser considerados *riscos inerentes, característicos ou típicos* da atividade em questão”<sup>47</sup>.

Fernando Noronha, em outra oportunidade, esclarece: “A responsabilidade objetiva agravada não é objeto de expressa previsão legal, ou pelo menos não existe nenhum dispositivo que a ela se refira, em termos gerais. À semelhança do que no final do século XIX e no começo do século XX aconteceu com a responsabilidade objetiva em geral (enquanto realidade contraposta à responsabilidade subjetiva), período em que a responsabilidade objetiva era imposta pela jurisprudência, que para o efeito recorria a presunções de culpa, mas sem permitir prova em contrário, atualmente a responsabilidade objetiva agravada é essencialmente construção jurisprudencial: afirma-se a necessidade de responder por determinados danos que na realidade a pessoa não causou, mas argumenta-se que são situações em que não é possível invocar a escusa do fato de terceiro ou do caso fortuito ou de força maior, ou simplesmente nega-se que estes tenham ocorrido”<sup>48</sup>.

É possível, portanto, atualmente – dentro do campo conceitual da responsabilidade civil objetiva – distinguir a responsabilidade objetiva comum e a responsabilidade objetiva agravada. Na responsabilidade objetiva agravada, o dano não é alheio ao risco criado pela atividade do responsável (há conexão entre o dano e a atividade desenvolvida).

<sup>47</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 638.

<sup>48</sup> NORONHA, Fernando. *O nexos causal na responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, v. 816, p. 751, out. 2003.

Podemos até falar, nestes casos, em desconsiderar onexo causal<sup>49</sup>. Mas para isso é fundamental que haja uma estreita relação entre o dano e a atividade desenvolvida pelo ofensor (*responsabilidade objetiva agravada*). Só assim seria justo e jurídico imputar algo tão grave – dever de indenizar semnexo causal – a alguém. Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva que tem como fundamento o risco da atividade. Sua aplicação, porém, é restrita e excepcional: exige-se que o dano guarde estreita conexão com a atividade – ou estatal, ou empresarialmente organizada. O dano, desse modo, é indenizável, não cabendo alegar fato de terceiro ou fortuito externo. Porém, para isso, é fundamental que o dano perfaça um risco típico da atividade desenvolvida. Nesse contexto, “fica claro que as excludentes de responsabilidade apenas poderão ser consideradas como tal, para o fim de afastar a imputação, quando forem consideradas estranhas ao risco”<sup>50</sup>.

Trata-se de solução mais harmônica com o século XXI, seus valores e suas relações sociais. Prestigia a proteção da vítima e a reparação integral sem esquecer que quanto maior for a desigualdade substancial, maior deve ser a proteção da parte vulnerável. A responsabilidade objetiva agravada – ou do risco agravado –, ademais, dialoga com o princípio da solidariedade social, prestigiando-o.

<sup>49</sup> Podemos – mais cautelosamente – falar, não na desconsideração donexo causal, mas em sua presunção, o que significa dizer que ele continuará sendo relevante no caso discutido, apenas não precisará ser provado pela vítima, e sim afastado pelo ofensor. Convém repetir, no contexto desta tese: aludir, desse modo, à presunção donexo causal significa que ele continuará a ser discutido, que ele não é desconsiderado como algo irrelevante. Porém, não caberá à vítima do dano provar sua existência. Ao Estado é que competirá demonstrar que ele não se formou. Embora essa posição não seja, em absoluto, corriqueira, algumas vozes – teoricamente consistentes – insinuam-se nesse sentido. Há a obra de referência no Brasil – tantas vezes citada nesta tese – de Caitlin Sampaio Mulholland (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.) e há, também, outros estudos, mais próximos da responsabilidade civil do Estado que caminham em sentido semelhante. Juarez de Freitas, por exemplo, que tem conduzido relevantes estudos acerca da responsabilidade civil do Estado, defende: “Dito de modo frontal, deve-se admitir a inversão do ônus da prova, em benefício da suposta vítima, tanto por ações como por omissões”. E continua argumentando que “ao Estado incumbe a prova da exclusão donexo de causalidade, independentemente da indagação de culpa ou dolo, individual ou ‘anonimamente’, sem que se converta em ‘segurador universal’, porque não se acolhe, nem de longe, a teoria do risco integral” (FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e da omissão*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 32, 2005.). Estamos diante, portanto, de uma presunção relativa, não absoluta, à luz da visão exposta.

<sup>50</sup> FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilística*, ano 5, n. 1, p. 23, 2016. A autora conclui, um pouco adiante, que “o presente artigo procurou demonstrar que, para efeitos da diferenciação entre o caso fortuito interno e o externo, há de se buscar parâmetros mais adequados do que onexo de causalidade. Há de se ampliar a reflexão para entender adequadamente o que é risco, qual é sua importância no cenário econômico e social e quais os fundamentos e propósitos da responsabilidade objetiva em razão dele”.

Creemos ser chegado o momento de buscar, concretamente, a diferenciação valorativa das respostas normativas. Não adianta, retoricamente, repetir a todo instante que a pessoa humana deverá ter uma tutela privilegiada, se não construirmos, através da interpretação, categorias que permitam avanços reais. Acreditamos que o modelo conceitual da responsabilidade objetiva agravada poderá ser um modelo conceitual relevante nesse cenário. Convém lembrar que a proporcionalidade deverá permear fortemente a análise, além da vulnerabilidade da vítima (e a dimensão existencial das relações jurídicas). De todo modo, ao impor, judicialmente, a responsabilidade objetiva agravada, são severos os ônus argumentativos para o juiz. A solidariedade social, convém repetir, deverá sempre iluminar os debates sobre a matéria<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *RTDC*, v. 31, p. 79, jul./set. 2007. Oportunidade em que o jurista destaca a solidariedade como função primária de um Estado moderno.