

(RE)PENSAR A RESPONSABILIDADE CIVIL: O DIREITO DE DANOS A PARTIR DO
DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NO BRASIL

*TO RETHINK TORT LAW: CONTEMPORARY TORT LAW FROM BRAZILIAN PRIVATE-
CONSTITUTIONAL LAW*

Vitor Ottoboni Pavan;¹

Maurício Gonçalves Saliba.²

Resumo: O presente artigo visa a analisar o desenvolvimento da responsabilidade civil no Brasil desde o seu primeiro Código Civil até a contemporaneidade. O objetivo da análise é verificar os aspectos sociais que embasaram cada modelo de responsabilidade e as transformações jurídico-filosóficas destes modelos em referência às mutações da sociedade em que estavam inseridos. A análise proposta foi realizada através de investigação histórico-jurídica. Uma vez estabelecidos os caracteres de cada modelo de responsabilidade em seu tempo e espaço, buscou-se aplicar o modelo de responsabilidade por danos contemporânea ao problema da pragmatização do dano, com coerência teórica e respeitando os pressupostos jurídico-filosóficos estabelecidos. Nesse aspecto, a pesquisa se desenvolveu através da linha crítico-metodológica com uso do raciocínio dedutivo. As premissas extraídas do modelo de responsabilidade contemporâneo identificado foram aplicadas no problema da pragmatização dos danos. Foi identificada a incoerência teórica da função punitiva com a responsabilidade por danos e a possibilidade de utilização da teoria do lucro de intervenção e da prevenção como instrumentos de neutralização do fenômeno combatido.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito de Danos. Pragmatização do dano. Lucro de Intervenção.

Abstract: This paper aims to analyze the development of tort law in Brazil since its first Civil Code until nowadays. The main objective of the study is to ascertain the social aspects that paved the way to each model of liability and the philosophical and legal transformations of these models in reference to adapt to the changes in the society it were inserted, in a specific spacetime. The purposed analyses have been done through historical-legal investigation. Once established the characters of each model of liability in its spacetime, the effort was to apply the contemporary tort law to the problem of ordinary damages, with theoretical consistency and in due to the established philosophical-legal preconditions. From this point of view the research has been developed through the critical-methodological methodology

¹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná na linha de pesquisa Função Política do Direito.

² Doutor em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil (2006) Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Artigo recebido em 23/04/2019 e aprovado para publicação em 09/12/2020.

using deductive thought. The premises extracted from the contemporary liability model were applied to solve the problem with ordinary damages. It has been concluded that punitive damages are incoherent to Brazil's contemporary liability and that is possible to apply the disgorgement of profit and the prevention as legal instruments to neutralize the confronted phenomenon.

Keywords: Constitutionalization. Tort Law. Ordinary damages. Disgorgement of profit.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é de relevância ímpar para a sociedade, visto que, entendido o Direito como gerenciador de conflitos, é a responsabilidade civil que, no âmbito do Direito Civil, irá responder aos danos advindos desses embates relacionais e sociais.

Visando a melhor delimitar o alcance do estudo ora proposto, esclarece-se que será considerada a responsabilidade civil tal qual concebida no Brasil desde o final do Império até a contemporaneidade. A análise busca evidenciar a construção de sistemas de responsabilidade civil em consonância com as necessidades da sociedade de cada época, com aspectos históricos e sociais. Juntamente, busca-se investigar as transformações da responsabilidade civil em seus pilares filosóficos.

A pesquisa é baseada, em um primeiro momento, em uma análise histórico-jurídica, com uma abordagem interdisciplinar. A partir dos pressupostos estabelecidos, o estudo se vale da metodologia jurídico-crítica, através do raciocínio dedutivo, a fim de alcançar os objetivos propostos. Toma-se por pano de fundo a corrente denominada Direito de Danos a partir da metodologia do Direito Civil Constitucional.

Busca-se, a partir dos dados teóricos obtidos, enfrentar a problemática da pragmatização do dano em consonância com os pressupostos metodológicos do Direito Civil Constitucional. A delimitação temática e metodológica justifica o desenvolvimento proposto nesses termos.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA NO BRASIL

A formação colonial do Brasil, e o desejo de vinculação à metrópole mantido pelos portugueses durante quase todo o período colonial, impediu que houvesse o desenvolvimento de um ordenamento jurídico próprio brasileiro até a vinda da família real para a colônia em

1808. Anos depois, o Brasil alcança o *status* de Reino Unido a Portugal e Algarves, aumentando sua relevância política e econômica para o Império português e culmina com a independência em 1822. Foi somente a partir da conquista de nossa soberania que o país passou a efetivamente se preocupar com a edificação de um arcabouço normativo próprio.

A história da formação jurídica brasileira, contudo, esteve ligada, pelo menos até a metade do Século XIX, às ordenações imperiais que aqui vigoraram até mesmo depois de revogadas na metrópole, e a uma elite burocrática brasileira formada nos bancos da Faculdade de Direito de Coimbra (CARVALHO, 2008, p. 65). A preocupação da metrópole era "criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação" (WOLKMER, 2002, p. 49). Não havia por parte de Portugal uma verdadeira preocupação com o desenvolvimento de uma sociedade justa na colônia.

Somente com a criação das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, em 1827, é que se iniciou um desenvolvimento do Direito no território brasileiro. Esse fato representou não só a criação de uma elite jurídica no país, mas uma mudança social no sentido de criação de uma verdadeira elite social intelectual, destinada a tomar as rédeas da nação e construí-la sob os ideais individuais e liberais que pujavam naquela época. Sobre o tema, diz Adorno (1988):

A criação e fundação dos cursos jurídicos no Brasil, na primeira metade do século XIX, nutriu-se da mesma mentalidade que norteou a trajetória dos principais movimentos sociais que resultaram na automização da política dessa sociedade: o individualismo político e o liberalismo econômico. (ADORNO, 1988, p.77)

Essa elite intelectual, patriarcal, agrária e oligárquica passou a ocupar os principais cargos da então Monarquia e faria o mesmo mais tarde na República. Foi essa elite criada nas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife que acabou por dirigir o nascimento de um direito "genuinamente" brasileiro. Esta, como dito, uma elite fundada no individualismo político e no liberalismo econômico. É a partir desse substrato social que começa a se discutir a responsabilidade civil no Brasil.

Não se pode deixar levar por anacronismos e criticar o modelo de responsabilidade civil inicialmente adotado no país somente pela sua característica individualista, como se viu, a elite do país era formada por esse pensamento, de forma que nada diferente se poderia imaginar que não a influência desta filosofia no pensamento jurídico brasileiro do século XIX. Não se busca aqui criticar o caráter liberal ou individualista das leis daquela época, mas

demonstrar as diferentes centralidades da responsabilidade civil no transcorrer deste aproximadamente um século de história genuinamente brasileira.

Rompidos os laços coloniais, em tese, o Brasil iniciava a construção de um sistema jurídico próprio. Se o substrato social era de inclinação à filosofia individualista, outro rumo não poderia tomar a legislação pátria que não a filiação a uma responsabilidade civil firmada no conceito de culpa. Já no século passado, o jurista Orlando Gomes (2017) realizava essa análise de nosso sistema clássico de responsabilidade:

A noção de culpa surge assim como uma construção técnica necessária à adaptação de normas jurídicas aos postulados filosóficos do individualismo. No fundo, é um expediente inspirado na necessidade de coerência para a obtenção de uma imprescindível correspondência lógica. (GOMES, 2017, p.349)

A adoção de um sistema de responsabilidade civil centrado na culpa, contudo, não se deu sem influências de outros processos codificadores, em especial europeus. Segundo Cláudia Lima Marques (1997):

O direito civil brasileiro só pode ser compreendido na sua formação dogmática e inspiração científica quando se tem presente as quatro fontes principais da ordem jurídica brasileira que formaram suas características e seu espírito atual [...]. (MARQUES, 1997, p.12)

As quatro fontes citadas pela autora são a legislação civil portuguesa, forçosamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, que tinha, à época das ordenações, uma forte influência do direito romano; a segunda fonte é o direito comparado em geral, cujo início se dá com a Lei da Boa Razão de 1769 e insere no Brasil a ideia de interpretação e de integração do direito, que passam a ser aplicadas a partir do *usus modernus pandectarum*, surge, portanto, uma tradição comparatista; a terceira fonte relaciona-se à própria tradição de buscar nos próprios usos e costumes e nas decisões judiciais fontes do direito; a quarta e última fonte é o *Code Civil* francês de 1804 que influenciou a edição de ao menos 172 normas do Código Civil de 1916 (MARQUES, 1997, p. 13-14).

Na construção da responsabilidade civil clássica deve-se, ainda, adir a influência da ciência jurídica alemã sobre os professores da Escola de Direito do Recife, em especial o idealizador do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilácqua. Das influências citadas, parece inevitável que o Código Civil de 1916 não acabasse por adotar a teoria da culpa na responsabilidade civil. O Direito português tem sua formação muito relacionada ao Direito Romano, assim como ocorre com o Direito Germânico. A predisposição do jurista brasileiro para uma absorção da cultura jurídica europeia influenciou também na construção do Código

Civil de 1916 com a adoção da sistemática do *BGB* e do regramento do *Code Civil*, este último decorrente da influência francesa.

É com base nesses pilares que se constrói o sistema de responsabilidade civil na República Velha. O Código de 1916 era baseado em um sistema subjetivo de responsabilidade civil baseado na culpa. Admitia-se apenas a existência de uma culpa presumida, *juris tantum*, para alguns casos em específico onde haveria um dever de cuidado por parte de alguém com relação a outrem ou a alguma coisa. Após tais observações, é o que conclui Cavalieri Filho (2003, p. 69): "Então, o Código de 1916 era subjetivista, porque todo o sistema de responsabilidade civil nele previsto estava amarrado à cláusula geral do art. 159". O art. 159, por sua vez, tinha a seguinte redação "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano", nessa primeira parte, fica claro que o sistema geral é subjetivo. Na parte final disciplinava o modo de verificação da culpa e a culpa presumida: "A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553" (BRASIL, 1916).

O Código Civil de 1916 refletia, portanto, os ideais individualistas construídos pelo bacharelismo das Arcadas e do Recife. Era um regramento voltado para relações entre indivíduos, e não de massas, ou entre grandes empresas e a coletividade, ou entre seres não humanos e os seres humanos. Era reflexo do individualismo para uma sociedade de indivíduos e não de coletivos.

Há de se considerar, ainda, que o Direito Civil de matriz liberalista teria como primado a proteção do ter e não do ser. Sendo o *Code Civil* uma produção decorrente de uma revolução burguesa "[n]ada melhor, para o sucesso de seus negócios, que um ambiente seguro e de simples compreensão para que a economia pudesse se desenvolver. [...] Tais códigos não só almejaram, como foram capazes de promover a proteção do patrimônio" (CATALAN, 2013, p. 18). Assim, a responsabilidade civil subjetiva do Código de 1916 está fundada em pilares filosóficos individualistas e no patrimonialismo burguês que sustenta o liberalismo econômico.

Os códigos oitocentistas, "perfeitas projeções do racionalismo" (CATALAN, 2013, p. 19) foram meticulosamente organizados para proteger o patrimônio e propiciar o bom desenvolvimento dos negócios da classe dominante, no caso do Brasil, a classe agrária, oligárquica e patriarcal, que estudava os filhos nas Faculdades de Direito de São Paulo e do

Recife. A culpa como critério de imputação para a reparação de danos atende ao desejo dessa classe dominante. Segundo Catalan (2013, p. 26) "[p]ercebe-se que a inspiração individualista - ao legitimar a alocação da culpa como figura central no universo do dever de reparar - atende aos anseios da classe econômica detentora do poder".

A responsabilidade civil brasileira clássica foi construída sobre pilares do Direito Europeu, em especial da reinterpretação do Direito Romano e do então novel Direito Civil Francês. Era um sistema subjetivo fundado na culpa e em direção a um patrimonialismo que refletia a elite social e política da época e que atendia ao seu fim de proteção absoluta da propriedade e do *status quo* dessa classe dominante, de forma a atender aos objetivos da filosofia individualista e do liberalismo econômico que imperavam nas mentes intelectuais do período.

3 A TEORIA DO RISCO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Tão logo o Brasil ganhava seu primeiro Código Civil, as codificações que influenciaram sua elaboração já se mostravam em descompasso com as mudanças tecnológicas, e mesmo filosóficas, do início do Século XX, na Europa. É o relato de Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2013) sobre os movimentos de autores pertencentes à corrente do socialismo jurídico europeu:

É correto afirmar que autores como Menger, Gierke e, na Itália, Enrico Cimbali, deram ênfase à necessidade de uma transformação social nos Estados europeus, que o crepúsculo do século XIX começava a deixar entrever e cujo efeito se revelaria de maneira trágica nas décadas iniciais do século XX, com a Revolução Russa e a Primeira Guerra Mundial.

O Direito Civil, por diversas razões, foi o epicentro da crítica desses autores, que clamavam por uma ampla transformação de seus institutos. (RODRIGUES JUNIOR, 2013, p. 92)

Por aqui, ainda se mostrava um instrumento apto a atender aos interesses da classe dominante: uma elite agrária, patriarcal e oligárquica. E não por culpa de seu elaborador, Clóvis Beviláqua, que, conquanto por vezes taxado de liberal e despreocupado com certos setores sociais, era, desde aquela época, defensor da capacidade da mulher e da substituição do individualismo pelos fins sociais do Estado. Esses seus ideais, contudo, foram suprimidos do projeto quando de sua longa tramitação nas casas de leis da época (COSTA FILHO, 2013).

O movimento imigratório e o início da industrialização promovida principalmente em São Paulo, o surgimento do automóvel, a abertura das linhas férreas, em suma, as

transformações sociais e de tecnologia do início do século ressaltaram o caráter obsoleto do sistema de responsabilidade civil clássico. Segundo Cavalieri Filho (2003):

[...] à medida que aquele sistema começou a vaziar água, revelou-se insuficiente, em razão do progresso tecnológico, do desenvolvimento científico, da explosão demográfica, foi necessário admitir outras hipóteses de responsabilidade civil não fundada na culpa, e isto foi acontecendo, repito, fora do Código Civil, por meio de leis especiais. (CAVALIERI FILHO, 2003, p.70)

A culpa representava um obstáculo à indenização, transferindo ao lesado um encargo de provar o agir ilícito do lesante, de forma que a reparação do dano era colocada em segundo plano em prol de um sistema protetivo do patrimônio e não da pessoa.

A massificação das relações, o incremento no tráfico jurídico e o aumento de situações com potencial lesivo demandaram uma mudança no modo de ver a responsabilidade civil no Brasil, principalmente quanto ao declínio do individualismo como filosofia fundante das relações sociais:

A decadência incontestável do individualismo jurídico compromete o prestígio desse expediente. [*da culpa*]

Já não há interesse em conservar um processo de ajustamento a diretrizes filosóficas que estão sendo desprezadas por não mais corresponderem ao espírito da época. Os quadros sociais alargaram-se e o comércio jurídico deixou de constituir-se exclusivamente de relações de indivíduo a indivíduo.

Assim, a sociedade não mais pode ser concebida atomisticamente. O individualismo declina. (GOMES, 2017, p. 349-350)

A queda do individualismo, filosofia que fundou a codificação civil brasileira na República Velha, acarreta a necessidade de rever os pilares filosóficos da própria responsabilidade civil. A antítese do individualismo é a socialização, a coletividade, assim, também a responsabilidade civil fundada na culpa deveria encontrar uma antítese, e no caso foi o risco.

A mitigação da culpa como critério de imputação, como apontou Cavalieri Filho no excerto acima transcrito, não se deu por alteração no Código Civil, mas foi realizada através da edição de legislação esparsa. Teve papel importante nesse cenário o acidente de trabalho. A dificuldade de reparação encontrada pelos trabalhadores que restavam destinados à dura tarefa de provar a culpa de seu empregador para pleitear uma indenização no direito comum fez com que nascesse, na França, um movimento pela mitigação da culpa e adoção de um sistema de responsabilidade civil onde esta era considerada presumida de forma *juris et de jure*, praticamente a responsabilidade objetiva, fundado em outro critério de imputação, o

risco (WALD, 2006). Esse desenvolvimento, contudo, não se deu sem críticas de autores tradicionalistas, como, por exemplo, de Ripert (1949):

Os juristas escrevem: devemos abandonar a idéia da culpa; é uma idéia antiga; o progresso a substituiu pela idéia do risco. Ousariam eles escrever: devemos esquecer que o homem deve proceder bem; devemos dizer-lhe: conduze-te como quiseres, por tua conta e risco, desde que pagues pelo dano causado. (RIPERT, 1949, p. 11)

O fato é que os avanços tecnológico, industrial e social não mais comportavam uma responsabilidade civil fundada unicamente na culpa. A preocupação de Ripert era com o abandono do elemento de moralidade³, do conteúdo axiológico que orienta a ação humana. Com o abandono da culpa, não mais o homem deveria pensar se sua ação era ou não boa, não faria julgamentos morais, mas sim julgamentos eminentemente matemáticos, fundados no risco e na resposta econômica prescrita.

O desenvolvimento de meios de transporte como as ferrovias e os automóveis abriram novas possibilidades para a responsabilidade civil. No Brasil, ganham destaque a legislação sobre responsabilidade por danos causados em estradas de ferro, qual seja o Decreto n. 2.681/1912, que trouxe a hipótese de culpa presumida, assemelhando-se ao sistema de acidentes de trabalho francês, visto que a lei taxativamente elencava certos fatos que ilidiam a culpa. Foi em 1934, com o Decreto n. 24.642, que versava sobre acidentes de trabalho, que a responsabilidade objetiva fundada no risco acabou por ser positivada, segundo a redação do art. 2º do referido decreto.

O Brasil se mostrava um país em ascensão industrial, com o crescimento das concentrações populacionais em grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro, contudo o Código Civil de 1916 matinha-se intacto, e assim manteve-se até 2002, o que, segundo Wolkmer (2002, p. 121) "manteve inalterados os privilégios jurídicos da burguesia agrária, não se adentrando na regulamentação de avanços no âmbito principalmente de direitos de natureza política e social". Não é de se espantar, visto que as elites que dominaram o país até muito recentemente tinham os mesmos caracteres daquela elite formadora do direito civil brasileiro e da própria República.

Houve, a partir desse momento, uma mudança de paradigma na responsabilidade civil por parte da doutrina e da jurisprudência, que passaram a construir teses capazes de ilidir a

³ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 21), esta percepção pode decorrer do "caráter moralizador que a responsabilidade civil sempre apresentou e na arraigada noção de culpa que diretamente se associa, na civilização ocidental, de origem judaico-cristã, à religião e ao pecado".

regra geral do art. 159 do Código Civil de 1916 e a garantir a reparação do dano à vítima. Ocorre aí uma verdadeira mudança de direção na responsabilidade civil. Se antes a teoria subjetiva era centrada na prova da culpa do lesante, impondo obstáculos frente ao patrimônio do lesante, a partir do final da República Velha e início da Era Vargas um movimento doutrinário passou a privilegiar a segurança da vítima e a reparação do dano em determinadas áreas da sociedade:

Em outras relações, como os acidentes de trabalho, de veículos ou os decorrentes da atividade empresarial, garantia-se a segurança da vítima com base nas teorias da responsabilidade objetiva, baseada no risco ou nas situações de profunda desigualdade existente entre quem causava o dano e a vítima da lesão. (WALD, 2006, p. 86)

Claramente, há uma mudança não só dogmática, mas filosófica. Nota-se que na responsabilidade clássica fundada na culpa há, como revela a crítica de Ripert, um elemento moral de responsabilidade orientado à identificação do agir culposo. O agir culposo revela o caráter de ser mau, e, por ser mau, conseqüentemente, ser punido e corrigido. Verifica-se, assim, uma justiça de caráter corretivo na responsabilidade subjetiva clássica, a relação entre crime e castigo.

Já a responsabilidade pelo risco funda-se em outros pilares filosóficos. Do excerto extraído do trabalho de Wald é possível perceber que não há um juízo moral sobre o ofensor, não se verifica se ele agiu de forma má ou boa, mas somente se a sua atividade levou a um dano e que, portanto, este deve ser reparado. É um juízo de utilidade, um conceito prático e não axiológico. Quando Wald se refere a "situações de profunda desigualdade existentes entre quem causava o dano e a vítima da lesão" (WALD, 2006, p. 86), revela neste critério de imputação um caráter de justiça distributiva, e não corretiva como na responsabilidade por culpa.

A mudança dos pilares filosóficos revela que a responsabilidade sem culpa, naquele momento, representaria uma teoria mais voltada a um Estado Social e à distribuição dos riscos na sociedade. A esse respeito disse Wilson Melo da Silva (1974):

Em matéria de reparação de danos, a balança da justiça tem, invariavelmente, se inclinado francamente nestes tempos de socialização do direito, em prol da vítima. O que se tem procurado com empenho, até onde o permita a equidade, em questões que envolvam reparações por prejuízos ou danos, é, tanto quanto possível e sempre que possível, a melhoria da situação da vítima. (SILVA, 1974, p. 41)

Verifica-se assim, ao menos em parte da doutrina e ao menos em algumas situações, uma relevante mudança de paradigma, da proteção do patrimônio do lesado à segurança da vítima. Essa socialização do direito com o progressivo abandono do individualismo promoveu a abertura de campo para que a proteção integral da vítima fosse explorada. Segundo Judith Martins-Costa (2001):

Abre-se, assim, vasto e rico campo de reconstrução de institutos e conceitos no Direito Privado, entre os quais o de responsabilidade civil, o adjetivo ligando-se menos à disciplina consagrada pelo paradigma oitocentista da sociedade burguesa e mais às suas raízes etimológicas, indicativas de quem está na *cive*, e, sendo assim, vive em necessária comunidade. (MARTINS-COSTA, 2001, p. 24)

A pessoa volta ao centro do direito civil. A gradual transformação da responsabilidade em razão das transformações sociais, ganha um novo capítulo. Com os ocorridos dos meados do Século XX, a pessoa volta a ocupar o centro do Direito, não mais o legalismo ou o patrimônio, mas a pessoa dotada de dignidade. Como disse Judith Martins-Costa seria a hora de reconstruir institutos e conceitos no Direito Privado.

4 TRANSFORMAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Em meados da década de 80, um novo momento social era vivido no Brasil. E em que pesem as críticas ao caráter "democrático" da Constituição de 1988 (LÉRIAS, 2008, p. 252) é fato que a carta contemplou uma gama de garantias fundamentais aptas a orientar um programa de um país social democrata. Todo o processo constitucional brasileiro é cercado de controvérsias, fazendo dele um caso *ad hoc*, que em razão de suas peculiaridades não pode ser comparado à experiência de outros países como Estados Unidos e França (BARBOSA, 2012, p. 35).

Não só o momento social e político do Brasil era diferente, o mundo todo passava por transformações. A complexidade das relações sociais impunha novos desafios ao Direito e entregava, nas mãos dos constituintes brasileiros a chance de criar uma carta constitucional já adequada aos anseios da contemporaneidade, desvinculada dos conceitos modernos.

O fato é que a Constituição de 1988 inseriu no Brasil uma nova ordem constitucional, reconhecendo direitos e garantias fundamentais como forma de afirmação da sociedade em um período pós-ditatorial em que as liberdades foram objeto de restrição. O que já havia

ocorrido na Europa durante o pós-guerra agora acontecia no Brasil com a instituição de um Estado Democrático de Direito:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. (BARROSO, 2007, p.131)

A Constituição de 1988 representou, certamente, a reafirmação de um Estado Social Democrático efetivo, voltado à redução de desigualdades, à promoção da dignidade humana e da cidadania, enfim, "incumbido de construir uma sociedade de bem-estar" (CASTRO, 2009, p. 596).

Os efeitos dessa transformação não ficaram restritos ao Direito Constitucional. A grande dicotomia da ciência do Direito no século XIX e XX – Direito Público e Privado perde força, respeitando um movimento pendular histórico em que por ora um ou outro ramo suplanta ou influencia o outro. Essa dicotomia teve como fruto mais relevante o "contraste entre 'teoria do Direito como relação' e 'teoria do Direito como instituição'" (DEL NERO, 1997, p. 50). Foi durante a passagem do Estado Liberal para o Estado Social que o Direito Público passou a "contaminar" o Direito Privado, de forma que no Estado Social a concepção privatista do Direito Civil como teoria da relação social apenas sob uma ótica individualista, não se sustenta. Há mudanças nos pilares filosóficos do Direito que já não sustentam as teorias clássicas. Aparentemente o Direito Público estaria englobando o Privado.

Não se deve confundir publicização com a constitucionalização. A publicização é a tomada de matérias do direito civil para o Direito Constitucional, o que não se deseja. Já a constitucionalização tem relação com a mudança no substrato filosófico e de teoria do direito e não com a suplantação entre os tradicionais ramos do direito (LÔBO, 2003, p. 199).

Se antes o Direito Civil, e em especial o Código Civil, era o epicentro do Direito Privado, quase como que uma Constituição privatista totalmente apartada do sistema constitucional, agora quem assume esse papel é a Constituição Federal e seus princípios e garantias fundamentais:

Antes havia a disjunção; hoje a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre). (LÔBO, 2003, p. 198)

A unidade do sistema, antes assumida pelo Código Civil, segundo Perlingieri, é garantida não só formalmente pela Constituição, mas substancialmente: "a Lei Fundamental não garante, de fato, somente a forma e procedimento preestabelecidos da ação estatal, mas compreende também ao mesmo tempo elementos normativos substanciais" (PERLINGIERI, 1991, p. 193). A dicotomia público e privado estaria, assim, superada pela interpenetração da Constituição nas normas de direito privado (TEPEDINO, 1999). O intérprete deve obedecer ao princípio da legalidade, mas não o da visão exegética, e sim um renovado, ligado à complexidade das fontes do ordenamento, à coordenação entre os preceitos individuais e à harmonização destes com os princípios constitucionais fundamentais, confrontando os potenciais significados com a realidade fática e concreta a ser regulada, de forma circular (KONDER, 2016).

A constitucionalização do Direito Civil se opõe à fragmentação do direito em microssistemas autônomos. Os microssistemas encerram ilhas isoladas em um mito de suficiência autopoietica. Na crítica de Perlingieri, no que é acompanhado por Paulo Lôbo e Tepedino, a garantia de unidade do ordenamento ocorre com o deslocamento da constituição ao vértice axiológico do sistema (LÔBO, 2019; PERLINGIERI, 1999; TEPEDINO, 1999), mas não só formalmente, senão substancialmente sustentando a coerência sistemática.

Essa coerência passa pelo reconhecimento da força normativa da Constituição. Segundo Barroso (2007, p. 132), "O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo". Dessa forma, abandona-se em parte a ideia do positivismo normativo para recuperar fundamentos do direito natural, temperando a norma com conteúdos abertos e de natureza axiológica, congregando as correntes que antes pareciam incomunicáveis.

Um dos efeitos do pós-positivismo é a constitucionalização do direito. Em razão da força normativa adquirida pelo texto constitucional, agora com reconhecida eficácia imediata "[o]s valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional" (BARROSO, 2007, p. 138).

Essa virada de paradigma significa também uma virada na centralidade do Direito Civil. Se antes no âmago do Direito Civil clássico reinava o patrimônio e as relações intersubjetivas patrimoniais, a constitucionalização coloca a pessoa com dignidade no centro das preocupações, mesmo porque a Constituição Federal de 1988 elege a dignidade da pessoa como o valor principal que atrai em convergência todo o ordenamento. Não que o

patrimônio fosse a única e exclusiva preocupação da legislação civil, mas era o ponto de referência.

Na codificação francesa, a liberdade era guiada principalmente pela noção patrimonial, e o mesmo ocorria na codificação brasileira de 1916. Sobre o tema Paulo Luiz Netto Lôbo (2003) assenta que:

É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como pólo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real. (LOBO, 2003, p. 205)

Essa posição de centralidade do patrimônio no Direito Civil é incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, modelo que veio a suplantiar o Estado Social da segunda metade do século XX (CATALAN, 2013). Não se coaduna com o programa constitucional e, principalmente, com o seu princípio orientador da dignidade da pessoa humana, o qual é denominado, por vezes, macroprincípio. Não é a pessoa que deve servir ao patrimônio, mas o patrimônio deve ser um meio de realização da pessoa. O fim é a pessoa, o meio os demais conceitos jurídicos. Interpretando a dignidade da pessoa humana sob a ótica da teoria kantiana Oscar Vilhena (2006, p. 67) aduz que "O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros".

A metodologia do Direito Civil Constitucional propõe uma virada no centro de gravidade que atrai funcionalmente os institutos de Direito Civil. Se antes a organização estrutural do Direito Civil se dava em torno do patrimônio, este visto como razão de ser do *ser*, agora sua releitura à luz da legalidade constitucional "implica necessariamente em uma 'despatrimonialização' dos seus institutos tradicionais" (SCHREIBER, 2016, p. 17).

O desafio ao Direito Civil é, portanto, repensar seus postulados, conceitos, institutos e tradições de forma a adequá-lo à nova realidade constitucional, onde a pessoa é fim em si, não instrumento de realização alheia, onde o patrimônio é subserviente aos objetivos constitucionais de busca da plena dignidade da pessoa humana. Segundo Tepedino (1999, p. 1) há um "dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional". Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 206) é acertivo quando afirma que "A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais". E é esse o fio condutor

que guia a metodologia do Direito Civil Constitucional a reconhecer a “funcionalização das situações patrimoniais – propriedade e empresa – às situações existenciais” (PERLINGIERI, 1999, p. 181⁴).

A Constituição da República elegeu a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, pelo que se extrai uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa” (TEPEDINO, 1999, p. 48). O *ter*, relacionado comumente a situações jurídicas pautadas na livre iniciativa e na propriedade privada, está constitucionalmente atrelado aos valores sociais. A metodologia do Direito Civil Constitucional pressupõe não uma segregação entre *ter* e *ser*, mas uma subordinação do *ter* ao atendimento de valores não econômicos. O *ter* subordina-se aos valores existenciais consagrados na Constituição não isoladamente, mas inserido na subordinação de todo o sistema à tábua de valores constitucionais (SCHREIBER, 2016, p. 20).

Há posições contrárias, que entendem que nossa tradição jurídica predominantemente de *civil Law* não permitiria essa influência dos valores constitucionais como fatores externos de correção, defendendo uma interpretação baseada na teoria kelseniana para uma análise interna do Direito Civil (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 49). Para a responsabilidade civil, o fenômeno da constitucionalização do direito privado e a repersonalização do Direito Civil representa também uma virada de paradigma.

A conclusão de que o Direito Civil deve ser iluminado pelos valores constitucionais, inclusive como fator externo de correção, mostra-se a mais adequada a responder às necessidades de uma sociedade muito mais complexa que aquela existente quando na formulação da teoria kelseniana. Não se ignora que a teoria kelseniana permitia a internalização de valores e conteúdos axiológicos no período de formação da norma positivada, e mesmo fatores de interpretação sistemática. Entretanto, a mudança dos objetivos da sociedade na qual o Direito está inserido, o reconhecimento dos direitos fundamentais e de sua eficácia direta e imediata, o reconhecimento da força normativa da Constituição e da força normativa dos princípios e de sua posição hierárquica no sistema levam à necessidade de reformular a teoria do Direito que embasa a interpretação e aplicação das normas de forma a congregar essa série de fatores que inexistiam na época dos estudos

⁴ Tradução livre. No original: “*funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali, proprietà ed impresa, alle situazioni esistenziali*”.

de Kelsen. Segundo o próprio Kelsen (1976), seu objetivo era justamente afastar do direito, influências sociológicas, políticas, econômicas e filosóficas.

Tal modelo, não se coaduna com a sociedade contemporânea, a qual segundo Francisco Amaral (2003, p. 63) "já não é própria para a sistematização e as grandes sínteses, mas sim para a análise crítica e a desconstrução dos sistemas vigentes, sob a égide de princípios jurídicos que dão maior eficácia, garantia e legitimidade à matéria privada". A constitucionalização do Direito Civil e sua repersonalização surgem como inevitáveis transformações na forma de pensar, criar e aplicar o direito privado.

A responsabilidade civil, como ramo inserido no Direito Civil, não fica excluída dessa sistemática metamorfose. No Estado Liberal, moderno, a responsabilidade civil estava fundada na culpa, no individualismo e na justiça corretiva. Já no Estado Social, durante o desenvolvimento da teoria do risco e da responsabilidade objetiva no Século XX, as noções da responsabilidade civil passaram a ser ocupadas pela utilidade social, pela justiça distributiva e pelo risco como critério de imputação (BARBIERI, 2017, p. 19).

Vencidas essas duas etapas na responsabilidade civil brasileira, verifica-se no Estado Democrático o surgimento de uma nova tendência teórica denominada Responsabilidade por Danos ou Direito de Danos. A responsabilidade civil igualmente passa a sofrer um processo de ser repensada a partir da constitucionalização do Direito Civil. O tradicional tripé que sustentava as teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil dá lugar a um sexteto de pressupostos que fundamentam a Responsabilidade por Danos:

(i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora da justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar. (FROTA, 2014. p. 228-229)

Nessa perspectiva, a centralidade do patrimônio é substituída pela da pessoa, o que já era denunciado por Wilson Melo da Silva (1974, p. 41) antes mesmo da Constituição de 1988: "Em matéria de reparação de danos, a balança da justiça tem, invariavelmente, se inclinado francamente nestes tempos de socialização do direito, em prol da vítima". Esse movimento se fortaleceu e passou por outras transformações com o advento do Estado Constitucional Democrático. O que se vê é uma verdadeira transformação ética da responsabilidade civil:

A ética da solidariedade - ou da responsabilidade, perante o(s) outro(s) - parece ter ocupado o lugar outrora reservado à ética da liberdade. A sociedade exigiu essa mudança ao perceber que poucos eram os que realmente poderiam ser denominados homens livres. (CATALAN, 2013, p. 49)

No Estado Democrático de Direito, o individualismo é substituído pela solidariedade, contudo esta ganha um papel muito mais relevante dentro da teoria da responsabilidade, é ela que, segundo o Direito de Danos, "funda o dever de reparar" (CATALAN, 2013, p. 49). Assim, verifica-se uma ampliação dos interesses dignos de tutela, acentua-se a função preventiva, e alarga-se o princípio da precaução. Ao contrário da responsabilidade civil tradicional, que colocava a culpa quase que como um obstáculo à reparação, ou a sistemática da culpa presumida com seus róis de hipóteses ilidentes ou, ainda, na responsabilidade objetiva, a dificuldade de demonstração do nexo de causalidade, o direito de danos visa ampliar os danos suscetíveis de reparação, e facilitar sua reparação inclusive através da coletivização dos prejuízos (NORONHA, 1999).

Abandona-se a noção de crime e castigo e a justiça corretiva para promover uma tutela dos valores existenciais e o contínuo desenvolvimento da pessoa humana. O papel de centralidade da pessoa e a cláusula geral de tutela permitem uma expansão da responsabilidade civil rumo à integral proteção do *ser*. Nesse sentido, destaca Maria Celina Bodin de Moraes (2006):

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. (MORAES, 2006, p.238)

A Responsabilidade por Danos, ou Direito de Danos, mostra-se como teoria apta a responder ao momento de insegurança e de aumento do potencial lesivo da sociedade, como denunciado por Bauman (2007, p. 91) quando diz que "[e]m vez de grandes expectativas e doces sonhos, o 'progresso' evoca uma insônia repleta de pesadelos 'de ser deixado para trás', perder o trem ou cair da janela de um veículo em rápida aceleração". A segurança da era moderna é substituída pela insegurança dos tempos de modernidade líquida. E o que Fachin (2013) aduz serem as novas lentes pelas quais se deve olhar para conter os danos na sociedade do hiperconsumo coincide com boa parte dos valores que hoje são reconhecidos como formadores de uma responsabilidade civil conforme a legalidade constitucional ou, em última análise, no surgimento de um verdadeiro direito de danos (ALSINA, 1997).

Na Responsabilidade por Danos revisitam-se as funções e pressupostos da responsabilidade em busca de alargar o alcance dos interesses tutelados para abarcar o máximo de lesões possíveis e proteger a vítima em sua integralidade. Quanto às funções da responsabilidade civil, "Normalmente, são individualizadas três funções principais da responsabilidade civil, as quais, dependendo dos momentos, são, ora uma ora outra, mais em voga: a função compensatória, a sancionatória e a preventiva." (MONATERI, 2017, p. 22).

Neste momento, não se vislumbra, pelo menos por ora, a noção de punição, visto que seria metodologicamente incoerente alegar o abandono do postulado de justiça corretiva e defender uma função punitiva para a responsabilidade civil. A teoria da responsabilidade por danos tem se voltado a priorizar a tutela da vítima, abandonando tanto o elemento culpa como a preocupação com a função de punir o ofensor (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 49).

A princípio, portanto, seria incompatível com o direito de danos a existência de uma função punitiva. Esta já existiu, mas não condiz com os aspectos teóricos da vertente que se denomina Direito de Danos. Diferente da função da responsabilidade civil clássica que a princípio era corretiva e da responsabilidade civil objetiva que foi a socialização dos danos causados por risco, a responsabilidade por danos tem uma missão constitucional para com a tutela da pessoa e de sua dignidade que lhe é intrínseca, tratando o ser humano como fim em si mesmo e não como meio para terceiros ou para concepções utilitaristas e patrimonialistas.

A responsabilidade por danos esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima (MORAES, 2006). Ela redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, prospectivamente, com a extensão e a inovação de direitos e deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis à sociedade (FROTA, 2014). Madero anuncia uma virada epistemológica da responsabilidade civil, de forma que a responsabilidade civil pautada no ilícito estruturada a partir do *Code Civil* francês restava substituída por uma responsabilidade por danos, o Direito de Danos

El principio *aqueil 'ne pas responsabilité sans faute'* ha mudado su centro de atención para este Derecho de Daños que hoy nos rige: no hay responsabilidad si no hay daño; este último en la actualidad es el elemento clave de la responsabilidad (MADERO, 2002, p. 168)

O desenvolvimento do Direito de Danos no Brasil demanda muito mais que mudanças legislativas, mas, em verdade, uma mudança de cultura jurídica (FROTA, 2014). Ressalte-se que não se trata de um fetichismo jurídico em busca de um ideal de justiça utópico, mas uma readequação da responsabilidade civil aos novos postulados filosóficos, às transformações

sociais e aos novos fundamentos epistemológicos do Direito. A teoria do Direito de Danos tem o mérito de desenvolver-se de forma a expandir a tutela da vítima, possibilitando abarcar uma gama maior de danos. Há a construção de uma nova responsabilidade civil, que sob a ótica da reparação dos danos causados à vítima recebe a denominação de direito de danos⁵.

A partir dessa teoria, ainda que se compreenda que a responsabilidade civil contemporânea pode e deve manter um olhar voltado também à contenção de comportamentos, tentar-se-á averiguar a viabilidade da punição e da restituição de lucros ilícitamente obtidos como meios de resposta à visão pragmática da violação.

As radicais transformações sociais demandaram o repensar dos postulados da responsabilidade civil clássica. A adoção da teoria da Responsabilidade por Danos mostra-se compatível com boa parte dos desafios do porvir, principalmente frente ao crescente aumento de lesões, da exponencialização das relações sociais através da tecnologia, da internacionalização do mercado e apta a garantir a maximização da efetividade da tutela da pessoa a partir da reparação de danos.

5 OS DESAFIOS FRENTE À PRAGMATIZAÇÃO DO DANO

Diante do estudo até o momento realizado, as transformações culturais, sociais e políticas do Brasil desde o fim do Século XIX influenciaram a construção das teorias de responsabilidade civil até o definitivo abandono dos ideais liberais e individualistas da sistemática de responsabilidade civil clássica, com a adoção de uma nova visão sobre a responsabilidade civil denominada Responsabilidade por Danos, fundada na ética da solidariedade, na alteridade, tendo como fim a tutela da vítima – consequência da repersonalização, ou seja, a promoção da pessoa ao papel de centralidade no direito civil – através do alargamento dos danos, da mitigação das excludentes, da substituição do nexo de causalidade clássico pela formação da circunstância danosa, do privilégio à prevenção e à

⁵ Segundo Caitlin Sampaio Mulholland (2010, p. 15, nota 5): “a expressão direito de danos deve ser utilizada preferencialmente quando nos referimos ao estado atual da Teoria Geral da Responsabilidade Civil”. No mesmo sentido Felipe Braga Netto (2019, p. 113) afirma que responsabilidade civil e direito de danos são expressões que representam um mesmo instituto em momentos históricos e com valores diferentes. Consideramos, contudo, que o Direito de Danos é o estudo da responsabilidade civil contemporânea voltada à reparação dos danos suportados pelas vítimas, enquanto por responsabilidade civil contemporânea se entende a análise com foco na contenção de comportamentos, e não de danos.

precaução, enfim, de uma série de novos aspectos a serem trabalhados sempre sob os valores constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2006).

A responsabilidade civil ressignificada no Direito de Danos orienta-se pelo magnetismo do valor constitucional máximo que é a tutela integral da pessoa humana. Foca-se a preocupação funcional na maximização da reparação de danos de forma a eliminar os obstáculos herdados do individualismo e do patrimonialismo oitocentistas.

Parece claro que, para o Direito de Danos, o sistema de responsabilidade civil não tem preocupação com o patrimônio do ofensor, tampouco deve perder energias buscando a punição deste, mas sim voltar todas suas forças para a proteção da vítima de forma a tutelar a pessoa de forma integral. Mesmo porque a referida corrente identifica no dano o elemento central do instituto (MORAES, 2006).

Ocorre que a tendência de se adotar a teoria objetiva da responsabilidade civil com o crescente abandono da culpa pode ter levado a uma consequência denunciada por Ripert, já citado neste estudo e que merece reflexão. Disse o autor francês:

Os juristas escrevem: devemos abandonar a idéia da culpa; é uma idéia antiga; o progresso a substituiu pela idéia do risco. Ousariam eles escrever: devemos esquecer que o homem deve proceder bem; devemos dizer-lhe: conduze-te como quiseres, por tua conta e risco, desde que pagues pelo dano causado. (RIPERT, 1949, p. 11)

Ou seja, Ripert adiantava a possibilidade de que os ofensores passassem a realizar um cálculo de utilidade dos danos desvinculado de juízos morais, de forma que, bastaria ao lesante realizar o cálculo de uma possível indenização de todos os danos causados por um determinado evento previsível e evitável e, caso o cálculo se mostrasse favorável, praticar a lesão. A favorabilidade do cálculo mencionado por Ripert é o lucro. Assim, uma empresa pode realizar um cálculo de utilidade e concluir que é economicamente viável lesar, tendo em vista as regras de experiência e mediante um cálculo jurimétrico dos valores médios das indenizações conferidas para a lesão em questão.

Essa realidade é identificável, por exemplo, em contratos de consumo de massa, tais como de telefonia, bancários, planos de saúde, onde há a cobrança de valores indevidos reiteradamente, de forma ilícita, portanto, sem que houvesse consequência alguma no caso de condenação que não a restituição do indébito, na forma simples, gerando um fenômeno denominado ilicitude lucrativa (FORTES, 2015).

Contra este fenômeno, parte da doutrina brasileira inclinou-se à adoção dos *punitive damages* brasileiros como forma de coibir a prática e sinalizar ao mercado que tal conduta não seria tolerada:

Há, conforme visto, um tipo de fornecedor que age em larga escala e que tem nas normas de defesa do consumidor uma variável a ser considerada no cálculo econômico de eficiência tendo como objetivo a maximização de lucro. Nesse contexto, a função punitiva da indenização por dano moral funciona como um elemento sancionatório dissuasor da reiteração da conduta lesiva pelo fornecedor. Ao cumprir essa função, do ponto de vista sistêmico, espera-se que a regra que extraída de uma decisão que afirme a imposição de valores indenizáveis com finalidade punitiva sinalize ao mercado que pode não ser eficiente inserir o nome do consumidor em cadastro de inadimplentes como mecanismo de cobrança de determinada coletividade de consumidores. (FREITAS FILHO; LIMA; 2013, p. 95)

Tal solução, contudo, encontra resistência na doutrina brasileira por dois motivos. Um dos argumentos é sua incoerência com a tradição brasileira decorrente da *civil Law* de origem romano-germânica, onde a função de punição da responsabilidade civil teria sido abandonada desde a adoção da *Lex aquilia*, e que a tendência à imitação do estrangeiro parece ser vista como mérito acadêmico e muitas vezes o trespasse de tradições jurídicas ocorre sem o necessário rigor técnico e crítico que demanda (MARTINS-COSTA; PARGENDLER; 2005). Há estudos que acabaram por indicar que os *punitive damages* haviam sido absorvidos no direito brasileiro através da teoria do desestímulo (BITTAR, 1999), ou mesmo expressamente como uma função secundária, de caráter punitivo, aplicada na quantificação dos danos morais (NORONHA, 1999).

Há, entretanto, diferenças entre a função de desestímulo, ou dissuasória, e a punição em si. A punição busca punir condutas passadas, já a dissuasão, evitar condutas futuras. Na prevenção, "o objetivo de prevenção geral de dissuasão ou de orientação sobre condutas a adotar passa a ser o fim principal. O meio para alcançá-la, contudo, passa a ser a condenação à reparação/compensação dos danos individuais" (FACCHINI NETO, 2003, p. 164.).

Pelo raciocínio punitivo, o Direito Civil estaria utilizando de alguém como meio para atingir um fim, neste caso a punição e a "educação" sobre a prevenção de condutas. Ainda que o objetivo seja louvável, há uma incoerência teórica no caso de a Responsabilidade por Danos admitir tal fator na quantificação do dano. Se a Responsabilidade por Danos é fundamentada na dignidade da pessoa humana, roga o imperativo categórico kantiano que a pessoa é um fim em si mesmo e não pode ser meio em favor de terceiros, muito menos da coletividade. Ao adotar a possibilidade de punição, a teoria estaria contrariando sua própria

base filosófica e teleológica: “O objetivo não é mais punir aqueles que causaram danos injustos, mas reparar aqueles que sofreram injustamente” (SEGUÍ, 2004, p. 275).

Outro argumento é que a punição não é função do Direito Civil na contemporaneidade e que pensá-la como punição, sanção ou castigo moral fundado na culpa seria um retrocesso aos ideais liberais do século XIX, há muito superados (CATALAN, 2013). Por fim, um terceiro argumento é de que ao impor uma pena civil, sem previsão legal que a fundamente, já que o art. 944 do Código Civil adotou como critério de quantificação da indenização a extensão do dano com o objetivo de reparar integralmente a lesão (EHRHARDT JÚNIOR, 2017), estar-se-ia violando a própria Constituição Federal em um de seus direitos fundamentais essenciais, o princípio do *nullum crimen nulla poena sine legem*, isto é, não configurará crime e não se imputará pena sem que exista previsão legal - art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Mesmo que dirigido ao direito penal, a disposição configuraria princípio geral aplicável ao direito civil (ROSENVALD; KUPERMAN, 2017, p. 13).

A responsabilidade, no contexto da constitucionalização do direito no pós-positivismo, estaria descumprindo com uma norma de eficácia direta e imediata da constituição, um direito fundamental. Constitui, assim, raciocínio contraditório, quando exige postura escoreita dos cidadãos e propõe como resposta do Direito o desrespeito a um direito fundamental. É, portanto, incoerente. A função punitiva, vencida através de argumentação sua suposta incoerência com a visão da responsabilidade civil a partir da metodologia civil constitucional, somente seria viável a partir de uma previsão legislativa anterior.

Realmente, a aplicação de uma pena civil sem fundamento legal parece desconstruir toda a fundamentação até aqui exposta, contrariando a demonstrada transformação dos princípios filosóficos e pressupostos da responsabilidade civil até a contemporaneidade. Seria realmente um regresso ao Estado Moderno. *A priori*, a indenização estaria sujeita à extensão do dano e à restituição do equilíbrio rompido com o dano, é o que conclui Paulo de Tarso Sanseverino (2010):

A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não se podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real). (SENSEVERINO, 2010, p.58)

O problema é que, ainda que se garanta a reparação integral da vítima quanto aos danos tradicionalmente identificáveis pelo direito, continua inquietante o fato de que o cálculo de utilidade seja realizado por empresas, e que vidas humanas, e seu respectivo valor indenizatório, sejam considerados como custos a fim de que sejam tomadas decisões gerenciais com um único e exclusivo objetivo: o lucro. Tal visão justamente subverte um dos pressupostos da metodologia do Direito Civil Constitucional que é a funcionalização das situações patrimoniais às situações existenciais, e não o contrário.

Se há um fundamento de solidariedade na sociedade, este não é observado nessas oportunidades. Se essa situação parece hipotética, um caso recente a trouxe para o mundo real. Recentemente foi divulgada pelos principais jornais do país a notícia de que a Vale do Rio Doce computou todos os custos indenizatórios no caso do rompimento de uma barragem no Córrego do Feijão, em Brumadinho - MG (AMÂNCIO; PAMPLONA; VETTORAZZO; 2019). A Vale acabou adotando o modelo de barragem a montante no local, mais barato e menos seguro, sendo que referido modelo foi banido no Chile, país de relevante produção minerária, e, segundo especialistas, não seria indicado para o local (ZAREMBA, 2019).

Ainda que a Vale alegue que o estudo de custos em caso de catástrofe é uma rotina das inspeções de segurança geofísica, o fato é que, mesmo ciente dos riscos, da reduzida segurança e da não indicação do modelo para aquele local, decidiu pela construção da barragem a montante por critérios puramente econômicos, de redução de custos e maximização do lucro.

Claramente que diante da tragédia sem precedentes, das centenas de vidas perdidas, do desastre ambiental incalculável e dos efeitos reflexos ainda não calculados, a reação automática é recorrer à justiça corretiva, à sanção, ao crime e castigo. A punição civil mostrou-se como um prato a ser devorado.

Pois bem, mesmo nos Estados Unidos, onde os *punitive damages* se desenvolveram justamente para hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de atos praticados sob a égide de um elemento semelhante ao dolo, a punição não se mostra mais tão eficaz (MARTINS-COSTA; PARGENDLER; 2005). As empresas estadunidenses, cientes do modelo de responsabilidade punitiva, passaram a contratar seguros de responsabilidade civil que impedem que a empresa seja levada à *banca rotta*. O capital sempre encontrará um jeito de se proteger. Cabe ao Direito Civil, portanto, tendo como elemento central a pessoa, promover a tutela das vítimas e, desde já, a responsabilização preventiva e a supressão do lucro

decorrente do ilícito. Não se trata de opor pessoa e capital, mas não permitir que a pessoa passe a ser instrumento de guarida de situações patrimoniais, invertendo-se a hierárquica axiológica constitucional.

A teoria do lucro de intervenção é uma das soluções passíveis de adaptação. Nela, aquele que causa dano através da intervenção na esfera dos direitos alheios e desta intervenção retira lucros, deve ser condenado ao pagamento dos lucros que obteve com o ilícito. Uma teoria presente em um *locus* limítrofe entre a responsabilidade civil e a vedação ao enriquecimento sem causa e que tem por objetivo justamente impedir que se torne:

[...] indiferente para o interventor escolher entre celebrar um contrato com o titular para uso ou aquisição do bem ou dele apropriar-se deliberadamente, pois, caso decida burlar a via negocial, somente terá que pagar, a título de indenização, o valor de mercado do referido bem. (SAVI, 2017, p. 275)

A teoria no excerto acima é trabalhada por Sérgio Savi em relações contratuais envolvendo o uso ou apropriação por uma pessoa de bens ou direitos economicamente aferíveis de outra, sem sua anuência, para fins de lucro. Tal raciocínio poderia certamente ser incorporado aos casos de exploração de direitos da personalidade de outrem.

No caso de Brumadinho, por exemplo, é fato que a Vale, ao desconsiderar os riscos envolvidos para as pessoas que ali trabalhavam, viviam, para todo o ecossistema daquela região intuiu no direito destes - à vida, à integridade física, ao meio ambiente preservado e equilibrado - e dessa ponderação de possibilidades acabou por escolher o lucro sobre a vida. Ao assim agir, a Vale obteve lucros decorrentes da criação de um risco eminente e calculado. Na ilicitude pela afronta aos direitos à vida, à integridade física, ao cadáver, ao meio ambiente preservado e equilibrado. Tais lucros, portanto, são ilícitos.

Se no caso da Vale houve esse cálculo, é possível pensar na hipótese de que deve a empresa ser condenada a restituir aquilo que ilicitamente lucrou sobre as vidas perdidas e os danos ambientais causados, além das indenizações pelos danos morais e materiais. A situação é diferente da hipótese em que a empresa houvesse tomado todas as providências necessárias, adotado a melhor técnica, e decidido pelo tipo mais seguro de barragem e mesmo assim, a tragédia fosse inevitável. Nesse caso, o agir não é ilícito, há dano, deverá ser reparado, mas o lucro obtido na operação decorreu de atividade lícita.

As consequências de danos ilícitos não podem ser as mesmas dos comportamentos permitidos, enunciou o Supremo Tribunal Federal ainda no século passado (BRASIL, 1965). Segundo Sérgio Savi (2017):

Para garantir que a violação a interesses dignos de tutela seja sancionada de maneira eficaz em casos como os acima narrados, é necessário, portanto, que o juiz imponha ao interventor uma obrigação de entregar ao titular do direito o lucro obtido através da indevida intromissão na esfera jurídica deste e que excederem os danos causados. (SAVI, 2017, p.277)

A utilização do termo *sancionada* pelo autor acima citado não retira a coerência teórica do estudo, visto que o enriquecimento sem causa é fator de imputação do dever de restituir aquilo que se lucrou indevidamente, sendo instituto inserido no regramento dos atos jurídicos unilaterais. Não se trata, portanto, de sanção, mas de regra decorrente do aumento injustificado do patrimônio do ofensor e não de redução do patrimônio do lesado. O fato que determina a entrega do lucro não é o dano, mas enriquecimento da parte à custa do direito de outra pessoa. Na teoria do lucro da intervenção, derivada dos desenvolvimentos do enriquecimento sem causa no direito alemão, a obrigação de restituir pertence à categoria do enriquecimento sem causa e não da responsabilidade civil, é esse o entendimento externado por Schreiber e Guia (2018). A partir da análise funcional das obrigações, a restituição do lucro ilícito estaria compreendida, portanto, no enriquecimento sem causa.

Por outro lado, em uma análise que compreende uma responsabilidade civil polifuncional e calçada em uma classificação baseada em eventos causais das obrigações, o lucro obtido a partir de um ilícito receberia tratamento dentro da disciplina da responsabilidade civil, como defendem Rosendal e Kuperman (2017e, em especial em ofensas aos direitos da personalidade, Teffé (2014). Tal ideia não significa adotar uma função punitiva, mas restitutória, com objetivo de restituir ao ofendido os lucros que foram indevidamente obtidos pelo ofensor à custa de violações à esfera patrimonial ou existencial que, axiomáticamente, é de titularidade do lesado.

A corrente que compreende ser o enriquecimento sem causa o *locus* ideal de sistematização do lucro da intervenção defende que se o lucro obtido superar o dano causado, não deverá por ele absorvido, então a ação indenizatória poderá ser manejada em conjunto com a de restituição do lucro obtido com o enriquecimento sem causa. Visto que a vedação à utilização de ação de enriquecimento quando da disponibilidade de outro meio processual aplica-se somente quando a outra ação puder alcançar o mesmo resultado ou um mais favorável que aquele alcançado pelo exercício da pretensão de restituição do enriquecimento produto do ilícito (SAVI, 2017).

É de se reconhecer, contudo, que a remoção ou restituição do lucro ilícito atende ao primado ético de solidariedade e de alteridade que fundamenta a responsabilidade por danos (FROTA, 2014). A discussão fica, portanto, à compreensão dos limites da responsabilidade por danos e das interações desta com o enriquecimento sem causa que a avizinha.

Reconhece-se que a previsão de Ripert se cumpriu, não pelos motivos que este previu, mas pelas consequências idealizadas. O cálculo de utilidade da lesão, que também pode receber a alcunha de pragmatização dos danos, é um risco considerável a ser combatido na realização do objetivo de construção de uma sociedade solidária, pautada na justiça social e que privilegia a promoção e tutela da pessoa em sua integral dignidade.

A Responsabilidade por Danos mostra-se apta a responder às questões contemporâneas, através do alargamento da noção de danos, da eliminação da necessidade de discussão da culpa ou risco como critério de imputação, mitigação dos filtros e das transformações conceituais do nexos de causalidade. A solução para que os lucros ilícitos fossem removidos ou restituídos através da responsabilidade por danos – isto é, conforme a corrente do Direito de Danos (MADERO, 2002) – seria, para manter a coerência teórica, alargar o conceito de dano para reconhecer como integrante das consequências danosas os benefícios obtidos pelo ofensor com a lesão. E não se estaria aqui falando em punição, mas em restituição. Isso porque para o Direito de Danos, conforme as bases de sua construção teórica a responsabilidade civil, só existiria frente à existência de um dano (ZANNONI, 1982).

O Direito de Danos ainda comportaria um segundo caminho frente à pragmatização dos danos. A tutela da vítima é a primazia da responsabilidade por danos. Não cabe, segundo a visão teórica do Direito de Danos, punir ou perseguir. Apenas lhe cabe buscar elevar o conceito de pessoa através da devida proteção e principalmente da precaução e prevenção.

O desenvolvimento de uma teoria de responsabilidade de precaução ou preventiva evidencia-se elementar para o combate à pragmatização do dano através dos cálculos utilitaristas. O manejo de tutelas contra o dano em potencial ou o dano iminente é medida que também reclama espaço:

Destarte, algumas tendências podem ser extraídas da proposição de uma responsabilidade por danos: [...] c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção, prospectivamente, diante da crescente socialização dos riscos, das imprevisibilidades, dos perigos e do incremento dos casos de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa - haja vista a repersonalização do direito civil e do consumidor, também lastreada nos princípios da adequada reparação, da prioridade da vítima e da solidariedade. (FROTA, 2014, p. 230)

A precaução e a prevenção podem ainda ser promovidas pela criação de fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para danos recorrentes, pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, ação direta contra o segurador do lesante, entre outros. (FROTA, 2014).

Verifica-se, assim, que conquanto tenha o capital sistematizado as lesões através de um princípio utilitarista de cálculo, de certa forma aproximando-se da crítica de Ripert ao abandono da culpa, não se pode imputar à teoria objetiva da responsabilidade civil essa consequência. Trata-se de uma consequência lógica de mercado. É da natureza do capital a persecução do lucro, muitas vezes a qualquer custo. Se o objetivo perseguido é aquele previsto na Constituição de construir uma sociedade solidária, com base na alteridade, com justiça social e com a pessoa como ponto central, é preciso pensar em uma responsabilidade por danos que esteja apta a combater o utilitarismo do dano. Se mudar o pensamento do capital é difícil, que ao menos seu comportamento possa ser influenciado através da restituição dos lucros injustamente obtidos aos titulares dos direitos que foram lesados para a percepção de tais frutos.

Para tanto, tomando o Direito de Danos como pano de fundo teórico, seria necessário um alargamento do conceito de dano para compreender entre suas consequências também os lucros obtidos pelo ofensor com a lesão, um verdadeiro terceiro método de cálculo do dano patrimonial (SCHREIBER; SILVA, 2018) e extrapatrimonial.

Ainda, o foco da responsabilidade por danos em mecanismos de precaução e prevenção é necessário. Se a indenização – pós-dano – não se tem mostrado apta a controlar o crescimento desenfreado dos danos, a adoção de novas figuras, como a responsabilidade por dano em potencial ou por dano eminente e a restituição dos luros ilícitos, mostram-se de suma importância para que o sistema de responsabilidade construído desde a República Velha no Brasil continue a se transformar, a fim de atender, a cada vez mais, ao fim de promoção da pessoa e de sua dignidade, tal qual previsto na Constituição que direciona os rumos do Direito Civil Contemporâneo.

O fato é que no Direito de Danos compreendido a partir da metodologia do Direito Civil Constitucional – tomado nesse artigo como premissa a par de se reconhecer as diferentes visões quanto às consequências da metodologia do Direito Civil Constitucional para a responsabilidade civil, aqui não abordadas pela delimitação metodológica estabelecida – a lógica funcional é de que as situações patrimoniais (lucro) devem ser funcionalizadas às

situações existenciais (pessoa) de forma que a pragmatização do dano, especialmente do dano à pessoa, deve ser combatida sob pena de se inverter essa ordem axiológica estabelecida constitucionalmente.

A Constituição reconhecida enquanto norma estabelece a dignidade da pessoa humana como valor guia e unificadora de todo o ordenamento (art. 1º, III) e a construção de uma sociedade solidária como objetivo (art. 3º, I), de forma que qualquer visão da responsabilidade civil a partir da metodologia do Direito Civil Constitucional deve observar tais valores.

O Direito de Danos pode colocar-se frente à pragmatização dos danos de duas maneiras: alargando o conceito de dano para alcançar os lucros ilicitamente obtidos pelo ofensor a partir da lesão; e/ou desenvolvendo lógicas preventivas de danos, evitando, assim, que este se concretize.

6 CONCLUSÃO

O sistema de responsabilidade civil clássica no Brasil foi coerente com os aspectos sociais e políticos de sua época e refletiu os interesses da elite dominante. Seguindo a orientação liberal, e com base em uma filosofia individualista, a responsabilidade civil clássica tinha na culpa seu critério de imputação, construindo uma justiça corretiva e que refletia, como no Direito Civil em geral, o patrimônio como elemento de centralidade. Em suma, a responsabilidade civil clássica trazia, além dos anseios da elite oligárquica, patriarcal e agrária, os aspectos do Estado Moderno e das codificações européias advindas de países já com esta forma de organização.

As transformações socioeconômicas demandaram mudanças no regime de responsabilidade civil subjetiva clássico. Paulatinamente, a culpa foi abandonada dando lugar ao risco como fator de imputação de responsabilidade. A balança da responsabilidade civil passava a pender em favor da vítima. Além disso, o pilar filosófico da responsabilidade objetiva passou para a utilidade social e para a justiça distributiva, juntamente com a passagem do Estado Moderno para o Estado Social. A responsabilidade objetiva ampliou a proteção da vítima e sua tutela, contudo, a imutabilidade do Código Civil até 2002 colaborou para a manutenção do *status quo*. A pessoa, entretanto, foi tomando seu espaço como

elemento central do Direito Civil, provocando necessidade de alterações nos institutos do direito privado.

Os tempos de pós-modernidade, que marcam o Estado Democrático de Direito ao mesmo tempo e que trazem o reconhecimento da força normativa das Constituições, dos princípios e a eficácia direta dos direitos fundamentais, trazem incerteza, insegurança e um aumento exponencial nas situações lesivas em razão do avanço da tecnologia e das mudanças sociais experimentadas. Diante de um novo cenário também o Direito Civil se transforma: perde seu lugar central que passa a ser ocupado pela Constituição, que orienta e unifica o ordenamento. A pessoa, eleita o vértice axiológico constitucional, passa definitivamente ao lugar central do Direito Civil e reclama pela efetivação de seus direitos fundamentais, em especial de sua dignidade.

O Direito Civil liberal e individualista é superado. A dicotomia estanque entre Público e Privado dá lugar a um sistema axiologicamente unificado pela Constituição. A partir disso tomam-se como premissas os valores constitucionais, a funcionalização do *ter* ao *ser*, e a construção de uma hermenêutica voltada à realização substancial da Constituição e não apenas na validação formal das leis que a ela estão subordinadas.

A responsabilidade civil, a partir dessa ótica, transforma-se novamente, passando a ser reconhecida, pelos adeptos dessa corrente, como Direito de Danos. Segundo o Direito de Danos a responsabilidade civil sofre alterações de seus pressupostos ético-filosóficos, jurídicos e sociológicos passando a fundar-se na ética da solidariedade, na alteridade, na justiça social, na tutela da vítima, no rompimento com a culpa e o com o dolo, na prioridade da precaução e da prevenção, e na substituição do nexo de causalidade por outras regras de imputação com mitigação das excludentes. O objetivo do Direito de Danos é primordialmente a tutela da pessoa e a promoção de sua dignidade a partir da integral reparação dos danos. A perspectiva de investigação da conduta é alterada, deixando a conduta do lesante para se concentrar no dano. A proposta teórica nesses aspectos mostra-se condizente com o momento social, com o Estado Democrático de Direito e com o pós-positivismo.

Por outro lado, a pragmatização do dano ocorre através da realização de cálculos de utilidade onde a responsabilidade civil é mecanizada em detrimento da proteção integral da pessoa e do sacrifício de sua dignidade, a missão da responsabilidade por danos é buscar meios, teoricamente coerentes e que estejam de acordo com seus pressupostos, que sirvam a combater esse fenômeno, a evitar que se esvazie o sentido da responsabilidade. A premissa

da funcionalização das situações patrimoniais às situações existenciais é invertida, colocando-se a pragmatização do dano como um dado estranho e incoerente frente à metodologia do direito civil constitucional.

Tomando como pano de fundo a teoria do Direito de Danos, mostram-se como alternativas viáveis o tratamento do lucro de intervenção para restituição à vítima de lucros indevidamente obtidos através de lesão aos seus direitos, desde que alargado o conceito de dano para alcançar os ganhos realizados pelo ofensor com o ilícito, atentando-se à reparação integral dos danos à vítima e o reequilíbrio social. E, ainda, o estabelecimento de um sistema de responsabilidade baseado em mecanismos precaução e prevenção, com medidas prospectivas, a fim de não só reparar integralmente os danos, mas evitar que estes venham a se concretizar, em uma necessária atuação *ex ante* e não apenas *ex post facto*.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AMÂNCIO, Thiago; PAMPLONA, Nicola; VETTORAZZO, Lucas. Em documento, Vale projetou mortes, custos e até causas possíveis de colapso: Empresa afirma que fazia manutenção de barragem e defende que estrutura não estava em risco. *Folha de São Paulo*, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/em-documento-vale-projetou-mortes-custos-e-ate-causas-possiveis-de-colapso.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2019.

AMARAL, Francisco. Código Civil e interpretação jurídica. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 47-66, jan. 2014.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Fundamentos filosóficos da responsabilidade civil: mapa para uma discussão. In: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 15-26.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Série Colóquios de Excelência. Brasília: Edições Câmara, 2012. v. 2.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário 56904/SP*. 1) Para efeito de direito autoral, a tradução é obra autônoma. Sua proteção jurídica não desaparece por ter caído no domínio público a obra original, de que se poderão fazer outras traduções (C. Civ., art. 652). 2) Na tradução anotada e comentada por outrem, o silêncio do tradutor quanto à reimpressão não acarreta nem dispensa o consentimento do comentador (C. Civ., art. 653). [...] Recorrente: José Honório Rodrigues. Recorrida: Livraria Martins Editora S.A. Relator: Min. Victor Nunes, 6 de dezembro de 1965. *Seção de Jurisprudência*, Brasília: [s.n.], 5 out. 1966 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=155098>. Acesso em 29 mar. 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: teatro de sombras*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto político de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103222>. Acesso em: 04 abr. 2019.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 48, p. 69-84, out. 2003.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Um Código "social" e "impopular": uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916)*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29327>. Acesso em: 30 mar. 2019.

DEL NERO, João Alberto Schützer. "Do Estado liberal" ao "Estado social": o caso do Direito Privado? *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília: Nova Série, v. 3, p. 43-63, jan. 1997.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé enquanto dever geral de conduta*. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 45-73.

FACHIN, Luiz Edson. Da felicidade paradoxal à sociedade de riscos: reflexões sobre risco e hiperconsumo. In: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES

JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código Civil. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FORTES, Pedro Rubim Jorge. The Phenomenon of Lucrative Illegality. *Journal of the Oxford Centre for Socio-legal Studies*, Oxford, n. 1, 2015. Disponível em: <https://joxcsls.com/2015/10/12/issue-no-1/>. Acesso em: 10 ago. 2017.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 87, p. 93-122, mai. 2013.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: nexos de causalidade e imputação*. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Orlando. Culpa x risco. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 11, p. 349-358, abr. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976. Coleção Studium.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In.: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; KLOCK, Andrea Bulgakov (Orgs.). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: SÁ, Maria Fátima Freire de; FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Orgs.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

MADERO, Jaime Fernández. *Derecho de daños: nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 741, p. 11-37, jul. 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, v. 28, p. 15-32, jan. 2005.

MONATERI, Pier Giuseppe. Natureza e finalidades da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 112, p. 1-34, jul. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Novo manual de responsabilidade civil*. Salvador: JusPodivm, 2019.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

RIPERT, Georges. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Paris: LGDJ, 1949.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do Século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, Coimbra, a. 143, v. 2, p. 43-66, ago. 2011.

ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Korman Bernard. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, a. 6, n. 15, p. 11-31, jan./abr. 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVI, Sérgio. Lucro da intervenção. In: MILAGRES, Marcelo; ROSENVALD, Nelson (Orgs.). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017. p. 273-286.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7815>. Acesso em 21 jan. 2020.

SEGUÍ, Adela Maria. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, p. 267-318, out./dez. 2004.

SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1974.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILHENA, Oscar. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, p. 81-94, mar. 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.

ZAREMBA, Júlia. Mais barato, modelo de barragem usado em Brumadinho foi proibido no Chile: Projeto de lei em MG tenta vetar método de construção, considerado o menos seguro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, jan. 2019. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/mais-barato-modelo-de-barragem-usado-em-brumadinho-foi-proibido-no-chile.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2019.