

ESPONSABILIDADE CIVIL: POR UM DIREITO MAIS HOLÍSTICO; POR UMA JUSTIÇA MAIS HUMANA

Prof. Dr. Cláudio Lúcio Firmo da Silveira, H.c.[\[1\]](#)

RESUMO

Analisa-se neste artigo científico o instituto da responsabilidade civil, abordando sua definição e seus pressupostos, evidenciando-lhes os elementos constitutivos: conduta, nexos de causalidade, dano e culpa, transpondo-o a outro patamar ante a perspectiva psicanalítica e sociológica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Psicanálise; Sociologia; Direito.

ABSTRACT

In this scientific article, the institute of civil responsibility is analyzed, approaching its definition and its presuppositions, showing them the constitutive elements: conduct, causal nexus, damage and guilt, transposing it to another level before the psychoanalytic and sociological perspective.

Keywords: Civil Liability; Psychoanalysis; Sociology; Right.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Responsabilidade Civil. 2.1 Responsabilidade Civil e seus Pressupostos. 3 Espécies de Responsabilidade Civil. 3.1 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva. 3.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual. 4 Pressupostos da Responsabilidade Civil: Uma Análise Detalhada. 4.1 Conduta. 4.2 Dano. 4.3 Nexos de Causalidade. 4.4 Culpa. 5 Da Responsabilidade Civil do Estado. 6 Por um Direito Mais Holístico; Por uma Justiça Mais Humana. Considerações Finais. Referência.

1 INTRODUÇÃO

O médico deixará ao jurista construir para fins sociais uma responsabilidade que é artificialmente limitada ao ego metapsicológico.

FREUD

Entende-se, preambularmente, a Responsabilidade Civil enquanto instituto altamente dinâmico e flexível, que, embora sofra constantes mutações, com o fito de satisfazer as necessidades sociais e dos agentes que permutam inter-relações, requer, ainda, seja submetido ao crivo de novéis olhares e perspectivas outras de forma que se evite a propagação de lides que muitas das vezes apenas se limitam a, ao final, a aplicação da letra estática da norma positivada.

O presente estudo aborda os pressupostos clássicos deste instituto, mas pretende mais que isso: procura ir para além do Direito; busca entender o homem em toda a sua dimensão,

para que a Justiça realmente se estabeleça e a Jurisdição promova, de fato, a promoção social.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Conceito

Relaciona-se a ideia de responsabilidade civil à noção de não lesar outrem; define-se esta como a aplicação de medidas que constringam alguém a reparar o dano causado ao outro em razão de sua ação ou omissão. No dissertar de Stoco (2007, p. 114):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 114).

Tal inteligência vai ao encontro com a dicção doutrinária de Silva (2008, p. 642) para quem responsabilidade civil se constitui

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 642).

As definições doutrinárias clássicas partem sempre do parâmetro histórico e etimológico, sem, contudo, por mais atualizada se encontre esse tópico do direito civil, abranger aspecto conceitual que contemple a interdisciplinaridade sempre defendida no âmbito da Ciência Jurídica e, de certa forma, lecionada nas academias, o que – inevitavelmente – resulta em um repetir conceitual mais ou menos igual, com pequenas variantes, como se pode observar na definição de Rodrigues (2003, p. 6), para quem

A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4. p. 6).

Sem que se levem em consideração visões mais dilatadas, que abarquem uma cosmovisão mais holística e, por conseguinte, mais humana e justa, contemporaneamente se tende a não consentir – em uma espécie torpe e em certa medida perigosa de não deixar a vítima sem reparação de cunho pecuniário, como se isso por si só resolvesse a questão e tivesse o condão mágico de lhe restaurar o equilíbrio moral e patrimonial. Nessa linha de visão, Bittar (1994, p. 561) disserta que

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado (BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 561).

Tal entendimento – meramente mitigado, mitificado e mistificado pela atualidade – se prende, em grande parte, a uma acepção etimológica, que há muito deveria encontrar-se superada.

Os doutrinadores e mesmos os demais operadores do Direito, por mais contemporâneos pretendam aparentar, sempre se deixam vincular a ideias meramente originária, sem inovarem em seus postulados ou em suas proposições; limitam-se antes a encravar raízes em conceitos vetustos, e o fazem – não por segurança jurídica – mas ante o medo de transcender os limites estabelecidos pela ‘velha guarda’ do conceito aprisionado, o que implica asseverar que ninguém, por maior desejo tenha, deseja arriscar-se ser ‘porta-bandeira’ ou ‘mestre-sala’ da inovação e da ousadia. O comodismo e o lenitivo podem trazer êxito às lides nas quais trabalham; mas, certamente, acarretará prejuízos à parte vencida. Não o prejuízo pecuniário ou o extrapatrimonial perseguido em si, mas a lesão moral que se inflige à parte vencida.

Impõe-se, entretanto, vislumbrar com maior acuidade de onde advém o pensar estreito da quase totalidade dos operadores, antes que se adentre ao mérito proposto pelo presente estudo.

Como sabido, a palavra ‘responsabilidade’ provém do latim *respondere*, e, de sua análise lexical, extraem-se os seguintes elementos de composição: ‘res’, elemento prefixal que significa “coisa ou bem que pertence ao mundo factível ou a plausíveis relações jurídicas”; ‘pondere’, raiz mórfica que significa “equilibrar”; e, o afixo ‘idade’ que imprime a ideia de ação.

Dessa análise morfológica, têm-se a maioria dos conceitos adotados na Ciência Jurídica; Cavalieri Filho (2010, p. 3) assenta sua fundamentação a partir desse mesmo entendimento histórico-lexical:

Em seu sentido etimológico e também no sentido jurídico, a responsabilidade civil está atrelada a ideia de contraprestação, encargo e obrigação. Entretanto é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3).

Limitar-se a isso ou prender-se a isso implica necessariamente desconsiderar seja o instituto da responsabilidade civil o tópico mais dinâmico, pulsante e vivo do Direito, porquanto se, à contumácia, irrompam novas teses jurídicas com o escopo de absorver as demandas sociais emergentes. Confiná-lo, pois, ao eremitério vetusto de definições que se adstringem ao pretérito que ignora a evolução pluridimensional que o porvir carrearía ao instituto, bem como de sua incidência e profundidade.

Cuida-se, no entanto, que a ideia de reparar o dano injustamente causado, por constituir-se inerente à natureza humana. Contudo, é exatamente por essa razão que o instituto demanda que seja sopesado à transcendência de olhar mais interdisciplinar, evitando-se, assim, injustiça; prevenindo-se que haja enriquecimento ilícito por parte de terceiros eivados de interesses escusos.

Impõe-se, pois, para que se evitem reparações ilícitas chanceladas pelo Judiciário, que a forma de reparação do dano efetivamente causado e cabalmente comprovado acompanhe a evolução social, e, mais que isso, se compreenda o homem como membro de uma sociedade em constantes mutações e ávido por transformações em si mesmo, ainda que não tenha percepção de tais fenômenos.

Não se pode afastar, apesar de todo o argumento científico e teórico que aqui se pretende constituir, a ideia genérica segundo a qual o instituto da responsabilidade civil se constitui no dever de reparar danos provocados em uma situação específica em que dada pessoa venha a suportar prejuízos jurídicos como seqüela de atos ilícitos perpetrados por outrem. O que não se pode é consentir que o instituto se preste a constituir-se mero substituir de pena e, por conseguinte, facilitador de enriquecimento sem causa.

Dias (1987, p. 26) lembra que

A indenização permanecia substituindo o caráter da pena, sendo que os textos relativos a ações de responsabilidade se espraiaram de tal forma que, em último grau do direito romano, já não mais faziam menção apenas aos danos materiais, mas também aos danos morais (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2, p. 26);

o problema maior consiste exatamente na averiguação, no constatar da extensão do dano e mensuração do *quantum* a ser arbitrado à reparação do prejuízo provocado por terceiro. Exatamente por essas razões que o instituto merece ser analisado com maior acuidade, para que se abrolem acuradas análises sobre casos concretos, até porque – ao que se percebe – a teoria clássica da culpa não foi de todo abandonada, inclusive, pela lei substantiva civil brasileira.

3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Na doutrina, costuma-se classificar a responsabilidade civil em razão da culpa e quanto à natureza jurídica da norma violada. Aquela se divide em objetiva e subjetiva; esta em contratual ou extracontratual.

3.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil subjetiva consiste naquela capitaneada por conduta culposa *lato sensu*, e engloba a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa *stricto sensu* se caracteriza quando o agente gerador do dano praticar o ato com negligência ou imprudência. O dolo, por vez, consiste na pretensão conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

Não se pode olvidar – desde já –, muito embora se abordará melhor o tema adiante, de que tanto a jurisprudência quanto a doutrina apreendem hodiernamente que o modelo de responsabilidade pautado na culpa tão-somente não basta para solucionar todos os casos; até porque o paradigma da responsabilidade civil subjetiva deu-se ante a transformação das relações de produção advindos em decorrência da conflagração industrial, o que implicou, por conseguinte, maior probabilidade de acidentes de natureza laboral. A esse respeito Stoco (2007, p. 157) leciona:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.

O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável. (STOCO, Rui. op. cit., p. 157).

Graças à transformação advinda da revolução industrial, nasceu a Teoria do Risco e da qual se irrompeu a denominada responsabilidade civil objetiva, que prescindiu da culpa. Cavalieri Filho, ao conceituá-la, preleciona que

Todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa (CAVALIERI FILHO. op. cit., p. 137).

Não se pode olvidar de que a evolução do instituto da responsabilidade civil tenha sido abarcada pelo atual código civilista; entretanto, não abandonou integralmente a responsabilidade subjetiva, embora tenha estabelecido a responsabilidade objetiva, conforme se depreende da dicção do art. 927:

Art. 927. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Muito questionado pelos civilistas, coube ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, carrear para o ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva, embora adstrita ao fornecedor e ao fabricante, desconsiderando o elemento culpa, como se erige nos arts. 12 e 14 da legislação consumerista:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (CONGRESSO NACIONAL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990).

3.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Consoante a natureza do dever jurídico violado, classifica-se a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, que se configura em decorrência da celebração ou da execução contratual ou de um negócio jurídico unilateral. A respeito deste último, Fiuza (2011, p. 331) doutrina que

A responsabilidade por atos unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa é também contratual, por assemelhação, uma vez que os atos unilaterais só geram efeitos e, portanto, responsabilidade, após se bilateralizarem. Se um indivíduo promete pagar uma recompensa a que lhe restitui os documentos perdidos, só

será efetivamente responsável, se e quando alguém encontrar e restituir os documentos, ou seja, depois da bilateralização da promessa (FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 331).

No que tange à responsabilidade extracontratual, cognominada também de aquiliana, o dever jurídico não se encontra previsto em nenhum contrato e não há nenhuma relação jurídica anterior entre o lesante e a vítima, embora encontre amparo em todo o ordenamento jurídico, o que implica respaldo ao dever de reparar.

4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE MAIS DETALHADA

Qualquer ato que contrarie o ordenamento jurídico causador de lesão a direito subjetivo de outrem, denomina-se ato ilícito e dele, como posto, irrompe a obrigação de reparar o dano, como determina o art. 186 da lei civilista brasileira:

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.

Depreendem-se do dispositivo transcrito os elementos da responsabilidade civil: a conduta culposa do agente, o nexo causal, o dano e a culpa, o que o torna base fundamental da responsabilidade civil e consagra, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio de que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem.

Para a análise dos pressupostos da responsabilidade civil, Noronha (2010, p. 468-469) leciona

que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;

que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;

que tenham sido produzidos dano;

que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3 ed, rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 468/469).

4.1 Conduta

Ao estabelecer a conduta humana como elemento primário da responsabilidade civil, o legislador percebeu o comportamento voluntário do homem é suficiente para produzir consequências jurídicas capazes de gerar o dever de satisfazer os direitos do lesado. A esse respeito, disserta Diniz (2005, p. 43):

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII, p. 43).

Cuida-se de observar que a responsabilidade advinda do ato ilícito se pauta na culpa; por outro lado, aquela que se origina na ausência de culpa se baseia no risco. Por seu turno, o ato comissivo não deriva, enquanto a omissão de que lembra o citado doutrinador nada mais é que a não observância de um dever.

Imprescindível ainda frisar que a voluntariedade constitui-se na qualidade essencial da conduta humana, pois representa o livre arbítrio, ou seja: a liberdade de escolha do agente, o que implica asseverar que sem este elemento não se pode falar em ação humana e, por conseguinte, em responsabilidade civil.

Em foro de responsabilidade civil, o ato de vontade assume, pois, posição contrária ao que preceitua o ordenamento jurídico, ressaltando-se que a voluntariedade acepçiona o discernimento, a consciência, o que implica dizer que aquele que age sem possuir a consciência, a vontade de produzir dano a outrem se exime de culpa; em outras palavras, não pode ser responsabilizado na esfera civil, pois ausentes tanto a responsabilidade civil subjetiva quanto objetiva.

4.2 Dano

O dano constitui-se elemento essencial à responsabilidade civil, não se podendo, por conseguinte, falar-se em reparação e menos ainda em ressarcimento se ausente o este requisito. A esse respeito, leciona Cavalieri Filho (2010, p. 71):

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se

encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, [sic] também, determinante do dever de indenizar (CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 71).

Na dicção de Stoco (2007, p. 128):

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva (STOCO, Rui. op. cit., p. 128).

Aprofundando-se na questão, não se pode deixar de constar que o dano se divide em patrimonial e extrapatrimonial. Aquele atrelado à causa de destruição ou diminuição de bem com valor econômico; este, denominado também de moral, se vincula ao afeto ou a bem que não possua caráter econômico mensurável e não pode retornar ao estado anterior.

Frisa-se, por conseguinte, que os bens extrapatrimoniais vinculam-se aos direitos da personalidade, razão por que imensuráveis no valor e cuja valoração e conseguinte quantificação para fins de reparação se constitui extremamente difícil.

Por derradeiro, o dano imaterial não se liga ao patrimônio da vítima, mas sim a todos os direitos de personalidade como a honra, a imagem, a reputação, a liberdade, conforme disposto no art. 5º, V e X, da CR/88; trata-se, pois, de dano ou lesão cujo conteúdo não se reveste de valor pecuniário.

Por óbvio que a responsabilidade civil, no que concerne ao dano extrapatrimonial, não pode deixar de perpassar-se por questões subjetivas, razão pela qual não pode eximir-se de analisar o homem em sua globalidade. Não se pode deixar de deitar olhos mais holísticos sobre o agente e a vítima. Deixar de fazê-lo é sonegar direito de um e amputar traumáticamente o direito do outro, e, se isso se opera, pode-se dar o nome que se pretenda; menos denominar a esse desleixo de Direito e não se pode esperar que tivesse havido prestação jurisdicional adequada ou minimamente satisfatória.

À luz do art. 402 da lei substantiva civil, o dano patrimonial se subdivide em emergentes e lucros cessantes:

Art. 402 - Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Os danos emergentes consistem no efetivo prejuízo suportado pela vítima, e advém de imediato e não há dificuldades maiores que sirvam de óbice à mensuração do *quantum* que vise à reparação; quanto ao lucro cessante, também denominado de lucro frustrado, este consiste no que a vítima deixou de auferir em decorrência do dano suportado, tratando-se, pois, de um prejuízo projetado para tempo porvindouro.

Ao se tratar do dano emergente, não pode esquecer-se da Teoria da Perda de uma Chance, que se pauta no art. 402 do CC:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Imperioso observar tratar-se de uma subclasse do dano emergente. Trata-se, em outras palavras, de uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto. Nesse sentido,

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 788459 BA 2005/0172410-9; RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES).

Em outra perspectiva, constitui-se um o meio caminho entre dano emergente e lucro cessante e o juiz calculará a reparação pautado no princípio da razoabilidade ou probabilidade, operacionalizando, por conseguinte, uma proporcionalidade.

4.3 Nexo de Causalidade

Entende-se o nexo de causalidade a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado produzido pelo agente da conduta ilícita e que lhe caracterize a responsabilidade civil; não basta ainda que a vítima faça, produza efeito, tenha vontade, exerça – por meio de discernimento – sua capacidade volitiva, necessário que se estabeleça relação entre causa e consequência, sem o que não se pode falar em tipicidade, em conduta ilícita. Imperioso que o dano haja sido causado pela conduta do agente do ilícito e que haja, entre ambos, relação de causa e efeito; trata-se, pois de condição *sine qua non*, sem o que não se poderá falar em responsabilidade civil, ao contrário do que se opera com a culpa, que não se encontra presente na responsabilidade objetiva.

Dentre as teorias que tentam explicar o nexo de causalidade destacam-se:

1. a) a teoria da causalidade adequada, exprime a lógica do razoável; leciona que haverá nexos causal quando, pela ordem natural das coisas, a conduta do agente poderia adequadamente produzir o nexo causal. Em outras palavras, quando múltiplas condições concorrerem à ocorrência de um mesmo resultado, a causa será a mais determinante à produção do efeito danoso, desprezando-se, pois, as demais.
1. b) a teoria dos danos diretos e imediatos denominada ainda de teoria da interrupção do nexo causal, classifica-se a causa como mero antecedente fático que, ligado por vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse esse último como uma consequência sua, direta e imediata;
1. c) e a teoria da equivalência dos antecedentes, também cognominada de teoria da equivalência das condições, ou, ainda, *conditio sine qua non*, considera toda e qualquer circunstância que haja concorrido à produção do dano é considerada como causa, o que se pode perceber, por exemplo, na seara criminal, no art. 13 do CP:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

À análise do artigo 13 do CP, os elementos do fato típico contemplam inicialmente a conduta do autor (a ação ou omissão, que pode ser dolosa ou culposa), também o resultado, que é a lesão ao bem jurídico e não apenas o resultado naturalístico (não verificado nos crimes de mera conduta) e, por fim, o nexo de causalidade entre conduta e resultado.

A maior parte da doutrina, adotando como ponto de partida o art. 403, preleciona que a teoria adotada pelo CCB é a da causalidade direta ou imediata. Estabelece o aludido dispositivo:

Art. 403 – Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual.

Não à toa que Gonçalves (2008, p. 524) leciona:

Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, p. 524).

4.4 Culpa

Ao se analisar o ordenamento jurídico, o elemento culpa em momento algum é definido ou conceituado, o que resta é mero presença *lato sensu* dele, como se opera no art. 186 do CC, que abarca quer o dolo (conduta intencional) quanto a culpa em sentido estrito (ausente a intenção de lesar); quanto à inobservância do dever de cuidado, este se concretizará ante a imprudência, a negligência ou imperícia.

Impõe-se aqui a dicção de Stoco (2007, p. 133):

Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*) (STOCO, op. cit., p. 133).

Imperioso, entretanto, frisar, que, no que se refere à responsabilidade civil, não ascende importância, a distinção entre dolo e culpa *stricto sensu*, uma vez que o objetivo não é o de punir, como se dá na seara penal, mas de indenizar a vítima, medindo-se a indenização pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente.

Como posto no art. 944 do Código Civil,

Art. 944. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

embora não constitua regra geral, incumbe ao magistrado graduar o quantum indenizatório, constatada excessiva desproporção entre o dano causado e a gravidade da culpa.

Afastadas as divergências doutrinárias, a leitura que se faz do art. 186 do CC, entretanto, parece eivar-se da ideia segundo a qual o ato ilícito só se configura ante o comportamento

culposo, mediante dolo ou culpa *stricto sensu*, esta última revestida de condição elementar do ilícito e, por conseguinte, da responsabilidade civil, como doutrina Leonardi (2005, p. 71):

Não se pode olvidar que a responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco criado, foi concebida como exceção, e não como regra. Ampliar demasiadamente seu campo de aplicação criará enorme insegurança jurídica (LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 71).

A questão da reparação no domínio da responsabilidade civil deve necessária e obrigatoriamente passar pelo crivo da boa-fé, não se entendendo esta como sinonímia de boa intenção, não como pressuposto da cooperação entre as partes que participam da relação jurídica.

Nessa cosmovisão, a boa-fé desponta-se como padrão comportamental, revestindo-se, pois, de conceito jurídico indeterminado; entretanto, quando o comportamento se denota exigido, insere-se na órbita da cláusula geral, e, aí, pode apresentar uma das três funções pretorianas: *djuvandi*, *supplendi* e *corrighendi*. Aquela se prende intimamente à interpretação, portanto, à hermenêutica; essa implica supressão ou acréscimo de regras ou deveres não incluídos no direito; esta implica corrigir algo que, no direito, não pode ser considerado justo.

Quanto à boa-fé, vale anotar o entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o

dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (Brasil, STJ, Resp 758.518 – PR, rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, Órgão Julgador: Terceira Turma, j. em 17/06/2010).

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Encontra-se prevista a responsabilidade civil do Estado no Direito Administrativo, assim como na CR/88, no § 6º de seu art. 37:

Art. 37. (...)

(...)

6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Não obstante isso, encontra-se assentada no art. 43 do CC no que concerne à natureza extracontratual, posto que decorra do princípio da boa-fé objetiva e da teoria do abuso de direito:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Isso porque a exposição de motivos do diploma civilista expõe a inexistência de separação absoluta entre o direito público e o direito privado, havendo, pois, dinamismo e complementaridade:

Não há razão para considerar incabível a disciplina dessa matéria no âmbito da Lei Civil. Não se trata de apego a

uma concepção privatista do Direito Administrativo, que está bem longe das conhecidas posições do autor desta Exposição, mas reflete, antes de mais nada [sic], a compreensão da Filosofia e Teoria Geral do Direito contemporâneo, as quais mantêm a distinção entre direito Público e Privado como duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica, considerando-os distintos, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis, e não duas categorias absolutas e estanques. (BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro e Legislação Correlata**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2008, p. 123).

O próprio Direito Administrativo não se escusa de abordar a questão, posto que não se pode – sob a égide da soberania – isentar a administração dos prejuízos que vier a causar em face de seus atos, principalmente no que tange àqueles advindos de sua função judiciária:

Relativamente aos atos judiciais ninguém pode hoje acobertá-los de imunidade, sob pretexto de serem expressão de soberania. Este argumento provaria de mais, porque daria com a irresponsabilidade mesma da Administração e do Legislativo, já que o Judiciário não é um superpoder colocado sobre estes dois (PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 315).

Não se pode olvidar que o ente estatal se exime de responder pela responsabilidade civil advinda de ato praticado por agente público, cabendo, nesse caso ação regressa contra aquele que der causa à pretensão reparatória:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AÇÃO REPARATÓRIA POR ATO ILÍCITO. ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA. (...) 2. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO ESTADO. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente público, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, ao qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso

contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE 228.977-2/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 05/03/2002. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DJ 12-04-2002. PG-12977 EMENT VOL-2064-4 PG-10)

6 POR UM DIREITO MAIS HOLÍSTICO; POR UMA JUSTIÇA MAIS HUMANA

Para que se opere uma cosmovisão mais holística, que enxergue o homem em si e para si, imprescindível que haja o diálogo com as fontes; entretanto, mais cogente que isso, que haja uma interdisciplinaridade mais dilatada e uma análise mais esmiuçada do homem, esmiuçando-lhe a alma, perscrutando-lhe a alma e devassando-lhe a mente. Sem esse mergulho no inconsciente, o que resta é um amontoado de letras fétidas e frígidas da norma posta; não um Direito eficaz e com o qual se possa promover – efetivamente – a justiça.

Não se pode admitir nem sequer tolerar mais que a Responsabilidade Civil permaneça adstrita em si e, por conseguinte, que a luz dos estudos da Psicanálise não lhe forneça subsídios e recursos jurídicos. Aliás, simplesmente não dá para vislumbrar Responsabilidade Civil sem outras perspectivas, sem as quais sequer chega-se com escoreição, defini-la.

Evidente que a Responsabilidade Civil comporta em si a possibilidade de pleitear, junto ao Poder Judiciário, compensação pelo dano causado, arriscando, ainda que de forma capenga e perigosa, valorar pecuniariamente aquilo que se constitui, como posto ao longo da explanação do dano extrapatrimonial, imensurável, enquanto uma espécie lenitiva de contrapeso patrimonial à dor moral.

Se o Direito cuida da lei, e a Justiça cuida da aplicação desta, não compete a ele observar, por si, questões que não lhe sejam inerentes, mas somente afetas, pois não lhe compete analisar a subjetividade e menos ainda as necessidades psíquicas do homem, posto que isso se insira na órbita da Psicanálise; entretanto, uma análise jurídica lídima não pode concretizar-se dissociada da baliza psicológica.

Lamentável que no âmbito da Responsabilidade Civil todos os operadores do Direito, comumente, exerçam seus misteres alijando os casos concretos de uma análise holística, como se diante de si houvesse uma Justiça cega, encarnada na figura mitológica de Themis. Vale frisar: isso não é Justiça, mas injustiça consagrada por preguiçosos profissionais que visam consagrar-se na carreira jurídica e locupletar-se à visão estreita em face do sofrimento alheio.

O instituto da Responsabilidade Civil não merece mais permanecer desengajado de outros olhares contemporâneos, de outras visões mais dilatadas, de outro contemplar mais humano e, portanto, mais justo.

No âmbito do Direito Penal, de há muito a Psicanálise tem emprego largo, em especial no que tange aos crimes contra a vida.

A Criminologia procura cada vez mais aprofundar-se na história do indivíduo com todas as suas particularidades psicológicas, razão pela qual assiste razão a Lacan (2003, p. 128) para quem

A psicanálise amplia o campo das indicações de um tratamento possível do criminoso como tal – evidenciando a existência de crimes que só tem sentido se compreendidos numa estrutura fechada de subjetividade – nominalmente, aquela que exclui o neurótico do reconhecimento autêntico do outro, amortecendo para ele as experiências da luta e da comunicação social, estrutura esta que pode deixar atormentado pela raiz truncada da consciência moral que chamamos de supereu, ou, dito de outra maneira, pela profunda ambigüidade do sentimento que isolamos no termo culpa (LACAN, Jacques. *Premissas a Todo o Desenvolvimento da Criminologia in Outros escritos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 128).

O homem não é uma ilha e não pode submeter-se ao crivo universal que planifica e uniformiza tudo; o homem é a medida de seu inconsciente, e a verdadeira digital se encontra na alma, não nas pontas dos dedos.

Isso porque a realidade humana não é apenas obra da organização social, mas é uma relação subjetiva que, por estar aberta à dialética patética que tem de se submeter o particular ao universal, tem seu ponto de partida numa dolorosa alienação do indivíduo em seu semelhante, e encontra seus encaminhamentos nas represálias da agressividade (LACAN, Jacques. *op. cit.*, p. 128).

Se assim é na Criminologia, assim deverá ser em matéria civilista, posto que o homem não possa ser visto de uma forma no Direito Penal e enxergado doutra forma no Direito Civil: o homem deve ser o ponto de partida para o Direito e sua aplicação; não o ponto-final da Justiça comumente tardia e falha.

A Psicanálise se amolda bem na busca da verdade posto que vise à subjetividade, particularmente no que tange ao dano extrapatrimonial, não alienando o homem de sua história ou amputando-lhe traumáticamente desta. Assiste, pois, razão a Lacan (2003, p. 131) quando doutrina que

A ação concreta da psicanálise é de benefício numa ordem rija. As significações que ele revela no sujeito culpado não o excluem da comunidade humana. Ela possibilita um tratamento em que o sujeito não fica alienado em si mesmo. A responsabilidade por ela restaurada nele corresponde à esperança, que palpita em todo o ser

condenado, de se integrar em um sentido vivido (LACAN, Jacques. op. cit., p. 131).

Muito embora pensado no campo da Criminologia, a ideia lacaniana da responsabilidade do sujeito vale ao instituto da Responsabilidade Civil:

A verdade que a psicanálise pode conduzir o criminoso não pode ser desvinculada da base da experiência que a constitui, e essa base é a mesma que define o caráter sagrado da ação médica – ou seja, o respeito pelo sofrimento do homem (LACAN, Jacques. op. cit., p. 131).

O respeito ao sofrimento alheio deve constituir-se base da contemporânea aplicação do direito na Responsabilidade Civil, particularmente quando se busca mensurar coisa intangível e imensurável como é o caso do dano extrapatrimonial:

A psicanálise do criminoso tem limites que são exatamente aqueles em que começa a ação policial, em cujo campo ela deve se recusar a entrar. Por isso é que não há de ser exercida sem punição, mesmo quando o delinqüente, infantil, se beneficia de uma [sic] certa proteção da lei (LACAN, Jacques. op. cit., p. 131).

Destarte, da mesma forma, não se pode deixar de perceber a volitiva oculta de a vítima de dano extrapatrimonial pretenda de alguma forma locupletar-se de suposto dano, valendo-se de brechas legais exploradas por escusos operadores do Direito que pouco ou nada se importa com a outra parte, a não ser vencê-la e com isso satisfazer a pretensão de seu cliente.

Não se pode olvidar de que o sujeito para a psicanálise seja inapreensível, nem pode o Direito crê-lo de outra forma e deve por isso senti-lo e pensá-lo holisticamente, até porque é no inconsciente que se revela o homem em sua plenitude e se escondem seus desejos e suas frustrações e traumas, não à toa que Lacan (1969, p. 96) dissertou:

Ali onde penso não me reconheço, não sou – é o inconsciente. Ali onde sou, é mais evidente que me perco. (LACAN, Jacques. Seminário, livro 17, **O Averso da Psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1969, p. 96).

Quando o Direito perscrutar o indivíduo na sua profundidade e mergulhar na profundidade de sua alma, promover-se-á verdadeira Justiça, principalmente quando tratar-se da dor, do dano extrapatrimonial.

Mandatário que o Judiciário tome em conta o histórico do indivíduo para que se possa proporcionar a devida e balizada prestação jurisdicional e a historicidade do homem se encontra exatamente no mais recôndito de si, na mais indelével profundidade. É aí que reside o homem; é exatamente aí que o homem se revela e é capaz de reconhecer-se e é onde deve ser analisado para que se possa efetivar uma prestação jurisdicional que lhe apazigüe

a dor ou que se lhe afaste o desejo de mera vingança e, por conseguinte, cercear-lhe a intenção de obter vantagem ilícita.

Na dicção de Lacan (1966, p. 263), a historicidade do indivíduo assume essa dimensão:

O que ensinamos o sujeito a reconhecer como seu inconsciente é sua história – ou seja, nós o ajudamos a fazer a historicização atual dos fatos que já determinaram em sua existência um [sic] certo número de reviravoltas históricas. Mas se eles tiveram esse papel, já foi como fatos históricos, isto é, como reconhecidos num certo sentido ou censurados numa certa ordem. (LACAN, Jacques. **Função e Campo da Fala e da Linguagem**, in Escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1966, p. 263).

Quanto à responsabilização do sujeito, coube a Freud (1917, p. 278-279) primeiro observá-la:

Quando, em sua exacerbada autocrítica, ele se descreve como mesquinho, egoísta, desonesto, carente de independência, alguém cujo único objetivo tem sido ocultar as fraquezas de sua própria natureza, pode ser, até onde sabemos, que tenha chegado bem perto de se compreender a si mesmo; ficamos imaginando, tão somente, por que um homem precisa adoecer para ter acesso a uma verdade dessa espécie (FREUD, Sigmund. **Luto e Melancolia**, ESB, v. XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1917, p. 278-279).

O dano extrapatrimonial, como posto no instituto da Responsabilidade Civil, deve ter preenchidas suas lacunas por princípios basilares inerentes a outras ciências. Passou da hora de o Direito reconhecer-se verdadeiramente falível antes que chegue o tempo em que venha à falência não só de seus institutos, mas o depauperamento de si mesmo.

Se, ao conceituar-se o Direito enquanto ciência que regula as relações de convivência e sobrevivência das relações humanas, como leciona Bobbio (1997, p. 139):

O conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, relações econômicas, as relações superiores de poder, e ainda a regulamentação dos modos e formas através das quais o grupo social reage à violação das normas (BOBBIO, Noberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4 ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1997, p. 139),

não se pode deixar de perscrutar essas mesmas relações ante o manto e mesmo a chancela de outras ciências, dentre as quais a Psicanálise, sob pena de incorrer a própria Justiça em injustiça. Sem compreender o homem, já que este é o objeto de que trata a Psicanálise, o Direito não passa de um aglomerado de normas impostas, de uma favela de diplomas legais rudes e em certa medida aplicados ao alvedrio de operadores do Direito nem sempre cômicos de sua missão e nem sempre lúdimos em seus interesses de operacionalizar verdadeira Justiça. Impõe-se, pois, que o próprio Judiciário abarque – particularmente na seara da Responsabilidade Civil – a análise científica do comportamento e dos processos mentais do indivíduo.

Ao adotar uma perspectiva mais holística, calcada, sobretudo, na Psicanálise, buscar-se-á uma prestação jurisdicional, uma distribuição da justiça mais equânime e, por conseguinte, justa; afastar-se-á a fragilidade e a temeridade do próprio órgão jurisdicional.

Até porque não compete ao magistrado meramente aplicar a lei, imperioso que a aplique com justeza, por um lado, fazendo com que a penalidade imposta ao sucumbido produza eficácia; por outro, que o vencedor da lide se sinta plenamente acobertado pelo senso de humanidade de que deveria revestir-se a Justiça. Para tanto é indispensável que os operadores do Direito não convivam mais no mundo das aparências; cogente que entendam que o mundo exterior constitui-se e se erige em falácias e que o mundo subterrâneo, aquele mesmo trancafiado no silêncio da alma é capaz de falar mais alto e expressar sua angústia, sua consternação, seus desejos, matérias com as quais se constrói o homem.

Não se pode deixar de ater-se à linguagem humana; não àquela ensinada como primeiras letras, mas a linguagem real, aquela aprendida na vivência e que se forja na convivência, inclusiva ou exclusiva, com o meio familiar ou social. Dessa análise decorrerá a transvaloração dos valores, adentrar-se-á no mundo real existente dentro da alma humana. Coube a Nietzsche (2007, p. 25) primeiro entender isso:

Para mim é evidente em primeiro lugar que essa teoria procura e fixa a origem de emergência do conceito “bom” num lugar em que não está: o juízo “bom” não emana daqueles a quem se prodigalizou a “bondade”. Foram os próprios “bons”, os homens nobres, os poderosos, aqueles que ocupam uma posição de destaque e tem a alma enlevada que julgaram e fixaram a si e a seu agir como “bom”, ou seja, “de primeira ordem”, em oposição a tudo o que é baixo, mesquinho, comum e plebeu (NIETZSCHE, Friedrich. **Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal**. Nº 20. São Paulo: Escala, p. 2007, p. 25).

Para ele, muitas das vezes, a compensação para satisfação de uma obrigação pode eivar-se mais de violência que de justiça. Assim, na dicção de Nietzsche (2007, p. 63):

[...] concedendo ao credor certa satisfação a título de compensação e pagamento, a satisfação de exercer impunemente seu poder com relação a um ser privado de poder, o deleite de *fazer o mal pelo gosto de fazê-lo*,... Pelo castigo de seu devedor, o credor participa do *direito dos*

amos... É nessa esfera, no direito das obrigações, portanto, que se encontra a origem, no mundo dos conceitos morais, de “falta”, de “consciência”, de “dever”, de “caráter sagrado do dever” – seu início foi, como o começo de tudo o que há de grande na terra, fundamental e longamente banhado de sangue. (NIETZSCHE, Fredrich. op. cit., p. 63).

Se e as primeiras pesquisas constituíram-se importantes à construção da teoria do risco e da noção de responsabilidade civil objetiva, o que implicou em uma visão clássica, como se pode observar na dicção doutrinária de Gonçalves (1995, p. 18):

Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade, cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como risco-proveito, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora, mais genericamente como risco criado, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 1995, p. 18),

não se pode afastar de que a sociedade, de lá para cá, sofreu mutações mais abruptas, profundas e inimagináveis; portanto, não se pode mais conceber um Direito Civil adstrito aos limites da responsabilidade tradicional; mandatário, pois, que haja uma perspectiva mais dilatada, que abarque a responsabilidade subjetiva, que contemple a reparação do dano extrapatrimonial, sem que o torne mercadoria nas mãos de déspotas travestidos de operadores do Direito, nem posta à venda para interesseiros de plantão, que visam ao enriquecer-se fácil, ao arrepio da dor alheia. Da mesma forma, cogente que haja meio mais equânime, equilibrado e justo para mensurar a extensão do sofrimento alheio, sem incorrer-se pela mesma viela perigosa pela qual percorrem aqueles outros.

Cuida-se, aqui, de uma vez, lembrar a lição de Reale (2009, p. 91):

Direito não é só norma, como quer Kelsen; Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor (REALE, Miguel. **Lições Preliminares**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91).

Isso porque o Direito se constitui em uma ciência histórico-cultural e visa buscar compreender as relações humanas, suas vivências e suas inter-relações e não se limita a si mesmo. Diniz (2015, p. 143) corrobora com essa tese:

Para Miguel Reale, a ciência do direito é uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores, para a realização ordenada da convivência humana. Logo, os modelos do direito ou dogmáticos, elaborados no âmbito da ciência do direito, são estruturas teórico-compreensivas do significado dos modelos jurídicos e de suas condições de vigência e de eficácia na sistemática do ordenamento jurídico (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. v. 1, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143).

Deplorável que muitos operadores desse mesmo direito se afastem dessa ideia, preferindo as letras frígidas da norma positivada a vislumbrar o homem que se esconde por detrás dessa mesma regra e que procura mais que a resolução de sua demanda; requer seja percebido. Isso porque, como doutrina Ferraz Júnior (2003), ao elucubrar sobre a lição do tridimensionalismo de Miguel Reale:

(...) propõe para a ciência jurídica, nos termos do culturalismo, uma metodologia própria, de caráter dialético, capaz de dar ao teórico do direito os instrumentos de análise integral do fenômeno jurídico, visto como a unidade sintética de três dimensões básicas: a normativa, a fática e a valorativa (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003).

Se o Direito se pauta na dialética, deve – necessária e obrigatoriamente - comunicar-se não só com outras fontes do próprio Direito, deve, antes e acima de tudo, comunicar com outras ciências, absorvendo-lhes os conhecimentos e solicitando-lhes ajuda para que a dimensão fática seja de fato compreendida e sobre ela não haja um peso demasiado da norma pura e, assim, a fase valorativa se dê de forma equilibrada e, por conseguinte, justa.

De forma complementar, não se pode deixar de perceber, por amor ao próprio Direito, que, no turbilhão e do caos social, irrompe a consciência do homem:

Na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A

totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência (MARX, Karl. **Para a Crítica da Economia Política**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 135).

Não se encontrar sensível a isso, não é aplicar o Direito nem promover a Justiça, até porque, dentro do homem existe a capacidade de causalidade ou de ser capaz de constituir-se moral ou imoral, e esta deve ser levada em conta em respeito mesmo à dignidade do homem. Nesse diapasão, Jonas (2006, p. 177) leciona:

Quando falamos da dignidade do homem como tal, somente devemos compreendê-la em um sentido potencial, pois caso contrário tal discurso expressará uma vaidade imperdoável. Contra tudo isso, a existência do homem é uma prioridade, pouco importando que ele a mereça em virtude do seu passado ou da sua provável continuidade. (...) Expressando-nos de forma extremada, poderíamos dizer que a primeira de todas as responsabilidades é garantir a possibilidade de que haja responsabilidade (JONAS, H. **O Princípio Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 177).

Não se pode, ante todo o exposto, aprisionar o conceito de Responsabilidade Civil à linha tradicionalista da hermenêutica caduca e embalsamada como múmias; imperioso que o conceito seja expandido de forma que abranja o princípio da solidariedade, que se vislumbrem as possibilidades de coparticipação no evento, que se avaliem todas as vertentes plausíveis, com senso de equidade e prudência. Cesar (1998, p. 67) corrobora com este entendimento ao partir da análise proposta por Ricoeur:

Ricoeur entende que o conceito de responsabilidade deve ir além da tradicional imputação e incluir o cuidado, a solidariedade, a amizade que devem compor a responsabilidade sobre o outro, bem como a previsão e a avaliação das implicações da ação humana em senso de prudência que também existe junto a essa responsabilidade (CESAR, Constança Marcondes (ORG). **Paul Ricoeur: Ensaios**. São Paulo: Paulus, 1998, p. 67).

Mais adiante, acrescenta que:

Assim como Jonas, Ricoeur também elabora uma caracterização do atual cenário social e filosófico. Sua análise é um tanto quanto pessimista, como a de Jonas, a qual já vimos. Por sua vez, no plano da vida social e política, nossa época se caracteriza pela volatilidade, em virtude da rapidez da troca de ideias, técnicas, informações etc.; pelo individualismo decorrente do desaparecimento de pequenas comunidades e grupos; pelo estreitamento dos laços entre hemisfério norte e o sul; pelo desenvolvimento, que põe em primeiro plano a possibilidade de surgirem distorções catastróficas quanto à repartição de bens, e comprometimento do ecossistema, pela exploração predatória feita por grupos econômicos; pela emergência de uma mediocracia que impõe, seletivamente, a informação; pelo caráter problemático da democracia, em vista crise da participação e do surgimento de novos desafios; pela dificuldade de fundamentação última da ética, em vista da pluralidade de perspectivas e culturas rivais, e da perda de referência objetiva quanto aos valores (CESAR, Constança Marcondes (ORG). op. cit., p. 68).

Insofismável que a volatilidade se estabelece ante a mutação veloz que os tempos modernos imprimem às relações humanas; da mesma forma ela se estabelece como formadora não só do plano político e social, o que estampa, mesmo no plano da Responsabilidade Civil, seleção de informes e de informações, decotando-as do contexto para que visem a interesses nem sempre lícitos.

Se há pluralismo de perspectivas e de culturas e interesses que se rivalizam, maior deve ser a atenção que o Judiciário deva impor às suas análises e, por conseguintes, decisões, para que estas sejam revestidas de Justiça e não de mera aplicação cadavérica da letra frígida da norma positivada.

Essa mutação social demanda análise que transcende o papel dos operadores do Direito, requer que se ampliem horizontes metodológicos e científicos, buscando, assim, identificar – no tempo e no espaço – os verdadeiros limites do risco e do dever de reparar no âmbito da Responsabilidade Civil.

Quanto à identificação dos responsáveis pelos eleitos da ação, Cesar (1998, p. 72) leciona:

Numa sociedade como a em que vivemos, as principais, a seu ver, consistem em identificar o(s) responsável(eis) pelos efeitos negativos da ação; identificar até que ponto se estende, no espaço e no tempo, a responsabilidade individual; refletir sobre os limites da socialização dos riscos desencadeados pela utilização da técnica (CESAR, Constança Marcondes (ORG). op. cit., p. 72).

Até porque, o sujeito dos riscos, o anonimato e a impessoalidade devem ser sopesados ante uma profunda reflexão, inclusive, no que tange a aspectos psicológicos:

Para Ricoeur, o sujeito dos riscos, o anonimato, a impessoalidade, [sic] devem ser superados mediante o aprofundamento da reflexão sobre a identidade. (...) A identidade não deve ser pensada somente no plano psicológico, como narrativa de uma vida pessoal está inscrita na história dos outros (CESAR, Constança Marcondes (ORG). op. cit., p. 73).

Por derradeiro, impõe-se imprescindível que a noção de responsabilidade seja submetida ao crivo da moral, enquanto plano superior ao próprio Direito como doutrina Ricouer (2008, p. 34):

Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola o âmbito da reparação e da punição. Essa extrapolação é tão insistente, que é com esse significado que o termo se impõe hoje em filosofia moral, a ponto de ocupar todo o terreno e de tornar-se 'princípio' em Hans Jonas e, em grande parte, em Emmanuel Lévinas. (RICOEUR, Paul. **O Justo I**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 34).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se da análise do instituto da responsabilidade civil que este se encontra em perene mutação, ao menos do ponto de vista jurídico, evoluindo ao longo do tempo, como é possível perceber na forma de reparar o dano, sendo a reparação feita com o próprio corpo do ofensor na antiguidade e através de 'pena' pecuniária atualmente. É necessário que se faça uma profunda análise dos pressupostos deste instituto, como forma de não deixar sem reparação nenhuma vítima de ofensa, seja ao seu patrimônio patrimonial, seja na sua moralidade.

Tal reflexão se impõe pela transformação mesma da sociedade e das relações interpessoais que nela se estabelecem; razão por que outros mecanismos para a apuração da Responsabilidade Civil seja cabalmente vislumbrada. Impõe-se que a modernidade carregue, pois, o diálogo com as fontes, não só do Direito, mas com as demais ciências, dentre as quais a Filosofia, a Sociologia e, sobremaneira, a Psicanálise.

Não se pode mais permitir, por fim, que vetustas hermenêuticas pautadas em interesses nem sempre lúdimas se prestem para valorar a reparação no âmbito da Responsabilidade Civil. Se as ciências evoluem a ponto de provocar mutações nas relações interpessoais, não se pode consentir que este instituto permanecesse preso aos grilhões medievais de um pensar alijado de amparo que transcenda os próprios limites do Direito.

Fazer Justiça, como posto, é mais que uma questão de aplicar a letra frígida e estéril da norma positivada; é entender que o homem deva, enfim, ser vislumbrado de forma plena, para que, afinal, se possa haver um Direito mais holístico e, por conseguinte, uma Justiça mais humana.

REFERÊNCIA

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4 ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro e Legislação Correlata**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CESAR, Constança Marcondes (ORG). **Paul Ricoeur: Ensaio**. São Paulo: Paulus, 1998.

CONGRESSO NACIONAL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. v. 1, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREUD, Sigmund. **Luto e Melancolia**, ESB, v. XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1917.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

_____. **Responsabilidade Civil**. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 1995.

JONAS, H. **O Princípio Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LACAN, Jacques. Premissas a Todo o Desenvolvimento da Criminologia in **Outros Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. Função e Campo da Fala e da Linguagem, in **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1966.

____. Seminário, livro 17, **O Averso da Psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1969.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MARX, Karl. **Para a Crítica da Economia Política**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

NIETZSCHE, Friedrich. **Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal**. Nº 20. São Paulo: Escala, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3 ed, rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RICOEUR, Paul. **O Justo I**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

[1] Professor; Escritor; Vice-Presidente da Academia de Letras do Brasil; Vice-Presidente, no Brasil, da Academia da Lusofonia. Licenciado em Letras pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais