

A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa*

Thaís G. Pascoaloto VENTURI**

RESUMO: O presente artigo pretende investigar a funcionalização do Direito da responsabilidade civil com base na prevenção de danos às pessoas, sobretudo no que diz respeito à proteção adequada dos direitos fundamentais. A pesquisa parte da análise do redimensionamento dos danos como um fenômeno decorrente das naturais alterações da forma de ser da vida social e como isso vem acarretando profundas revisões nos sistemas de justiça, incluindo-se o Direito de responsabilidade civil. A revisão da doutrina e da jurisprudência demonstra a gradativa consagração da aplicação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, que parece rechaçar qualquer tentativa de uma separação rígida entre os campos do Direito público e privado, evidenciando ainda mais a funcionalidade do Direito da responsabilidade civil relativamente à efetiva tutela dos direitos das pessoas. A partir de tais premissas, o presente artigo empreende a análise crítica da refundamentação da responsabilidade civil com base na prevenção, visando atender ao objetivo maior de tutela da integridade dos direitos das pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: *Responsabilidade civil; danos; prevenção; direitos fundamentais.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. A transformação da concepção de dano a partir da tutela da pessoa; – 3. A vinculação e a incidência da aplicação dos direitos fundamentais sobre o direito privado; – 4. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa; – 5. Conclusões.

ENGLISH TITLE: *Torts Law as a Tool of Protection and Effectiveness of Human Rights*

ABSTRACT: *This article intends to investigate the functionalization of Tort Law based on the prevention of damages to people, especially with regard on the adequate protection of fundamental rights. The research starts from the analysis of the resizing of damages as a phenomenon resulted from the natural changes in the way of being of social life, intending demonstrate how this has led to profound revisions in the justice systems, including tort law. The review of the doctrine and jurisprudence demonstrates that the gradual application of the fundamental rights on private law seems to avoid any attempt of a rigid separation between the fields of public and private law, highlighting further the functionality of the law of civil liability for the effectiveness of the people's fundamental rights. From these premises, this article undertakes a critical analysis of the re-grounding of liability based on prevention, given the larger goal in the protection of individual rights' integrity.*

KEYWORDS: *Tort law; damages; prevention; fundamental rights.*

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The transformation of damage conception from the person's protection; – 3. The linking and the impact of the application of fundamental rights on private law; – 4. The tort law as a tool of protection and effectiveness of the people's rights; – 5. Final remarks.

* Versão adaptada e ampliada de capítulo da tese de doutoramento da autora.

** Pós-doutoramento na Fordham University - The School of Law em Nova York. Mediadora pela Universidade da Califórnia - Berkeley Law School. Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora de Direito Civil das Faculdades de Direito da Universidade Positivo (UP) e da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Coordenadora executiva do curso de direito da Universidade Positivo – UP. Advogada. (thaisgpv@uol.com.br)

1. Introdução

A promoção de uma efetiva proteção à pessoa humana constitui um dos pilares do ordenamento jurídico,¹ que não se contenta com a garantia de reparação dos danos pelas lesões perpetradas. Deve ir além, passando “da responsabilidade da pessoa à responsabilidade para com a pessoa”.²

O fenômeno da constitucionalização do Direito civil³ implica a revisão de seus postulados clássicos, no intuito de se concretizar valores referentes à repersonalização e à despatrimonialização, imprescindíveis à proteção da dignidade da pessoa humana, por via da *funcionalização* dos seus institutos.⁴

A Constituição Federal brasileira de 1988 (artigo 1º, inciso III) consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana⁵ como um dos fundamentos da República, configurando-se tal dispositivo verdadeira *cláusula geral de tutela da pessoa*, visto que embasa a

¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito contemporâneo e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luiz Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269 e segs.

² MONIER, Jean Claude. *Personne humaine et responsabilité civile. Droit et Cultures*, n.º 31, 1996-1. Paris: L'Harmattan, 1996, p. 52 e 59.

³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32 segs. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-22.

⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: CZ Editora, 2011, p. 149 e segs. E, ainda, conforme explica Tepedino: “A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim um processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado”. TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.2, p. vi, 2000.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 573. AZEVEDO, Junqueira de. Caracterização jurídica da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 9, jan./marc., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

proteção da totalidade dos direitos humanos qualificados como primordiais em nosso ordenamento jurídico-constitucional.⁶

No específico campo da responsabilidade civil, referida funcionalização estaria sendo implementada por via do deslocamento da análise da figura do ofensor e de sua culpabilidade (modelo classicamente adotado), para a figura da vítima e de seus direitos ao recebimento da mais efetiva e integral indenização pelos danos suportados (*restitutio in integrum*).⁷ Tal redimensionamento revelaria uma renovada forma de “humanização”⁸ e, portanto, de readequação do Direito privado às necessidades dos novos tempos. A alteração do fundamento de sustentação da responsabilidade, assim, conduzi-la-ia cada vez mais para a consagração de um verdadeiro “Direito de Danos”.

É nesse panorama que se torna imprescindível a revitalização do Direito da responsabilidade civil na busca da efetividade da proteção dos direitos essenciais do ser humano, o que de certa forma já vem ocorrendo a partir do reconhecimento de que o centro das atenções deve se estabelecer sobre a pessoa da vítima e da asseguaração dos seus direitos.

Assim, ao se constatar a transformação do Direito da responsabilidade civil em um “Direito de Danos”, parece evidente que se está a testemunhar a consagração definitiva

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10. “No que concerne especificamente ao Direito Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana tem permitido a reconstrução do conceitual do termo “pessoa” em larga medida com base no fato de as ‘Constituições do século XX’ o terem posto – ou deixado suposto – como princípio estruturante da ordem constitucional. É indiscutível que a atual ênfase numa esfera de valores existenciais da pessoa deve-se, entre outros fatores, à compreensão do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no Direito Civil na medida em que estes, para além de constituírem normas jurídicas atuantes nas relações de Direito Público, têm incidência especial em todo o ordenamento e, nesta perspectiva, também no Direito Civil, disciplina das relações jurídicas travadas entre os particulares entre si”. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, v. 789, jul., São Paulo, 2001, p. 25-26.

⁷ “*A priori*, fazer da proteção dos direitos subjetivos o fundamento da responsabilidade civil pareceria como uma inversão completa da perspectiva tradicional que funda a responsabilidade sobre a culpa, vale dizer, sobre o desatendimento de deveres e obrigações do sujeito responsável. Todavia, na medida em que se estabeleceu que a culpa não é nem pode mais ser o único fundamento da responsabilidade civil, parece natural que se indague sobre a possibilidade de encontrar nessa noção de proteção de direitos subjetivos um fundamento que permite explicar notadamente os casos – ou certos casos – de responsabilidade sem culpa”. “*A priori, faire de la protection des droits subjectifs le fondement de la responsabilité civile apparaît comme un renversement complet de la perspective traditionnelle qui fonde la responsabilité sur la faute, c’est-à-dire sur la méconnaissance des devoirs et des obligations du sujet responsable. Toutefois, dans la mesure où Il est bien acquis désormais que la faute n’est plus et ns peut plus être le fondement unique de la responsabilité civile, Il paraît naturel de s’interroger sur la possibilité de trouver dans cette notion de protection des droits subjectifs un fondement qui permette d’expliquer notamment les cas – ou certains des cas – de responsabilité sans faute*”. Tradução livre. VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité: Traité de droit civil*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 122.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6 e segs. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

de que o grande fundamento do instituto tem a ver com a proteção dos direitos das pessoas, seja em caráter repressivo, seja em caráter preventivo.

Preliminarmente será analisado o Direito *de Danos* - caracterizado pela preocupação com a pessoa da vítima e a adequada reparação dos prejuízos por ela suportados, sobretudo diante da sociedade de riscos.⁹ É interessante constatar como a alteração da própria concepção do que consista exatamente o dano¹⁰ provocou grandes modificações no sistema de responsabilidade civil.

Em seguida será analisada a teoria da aplicação dos direitos fundamentais sobre o Direito privado que, para além de fulminar com qualquer tentativa de uma separação rígida entre os campos do Direito público e privado, evidencia a aproximação do Direito da responsabilidade civil da tutela dos direitos.¹¹

⁹ De acordo com Teresa Ancona LOPEZ, “O risco está no centro do Direito. Não se entende Direito sem risco, como não se entende sociedade moderna sem risco. Porém, é na responsabilidade civil atual que o risco vive seu maior prestígio e, dentro dela, se destaca o risco da atividade ou risco empresarial como a principal teoria fundamentadora do direito de danos”. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 44. Acerca do tema consultar GIDDENS, Anthony. *Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000, p. 49-50.

¹⁰ “(...) a doutrina de toda parte tem empregado expressões como novos danos ou novos tipos de danos. A rigor, a alusão a ‘tipos’ mostra-se imprópria na maior parte dos ordenamentos, já que a tendência mundial hoje é a de se rejeitar a aplicação do princípio – ou da lógica- da tipicidade no que tange à definição dos danos ressarcíveis. Justamente por essa razão, o arrolamento destes ‘novos danos’ mostra-se tarefa das mais ingratas. Não sendo possível exauri-los, sua indicação tem como utilidade apenas a descrição ilustrativa da amplíssima expansão do dano ressarcível que vem chocando tribunais ao redor do mundo “. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87.

¹¹ A esse propósito, afirma Geneviève VINEY que “*cette position favorable à l'utilisation de la notion de droit subjectif pour fonder la responsabilité civile paraît se heurter au fait que les différentes <<déclarations des droit de l'homme>>, qu'elles procèdent de textes constitutionnels ou de conventions internationales, présentent ces droits fondamentaux comme des droits de l'individu contre l'État. Or cette verticalité, si elle permet effectivement de ranger le respect des droits de l'homme parmi les fondements possibles de la responsabilité de l'État. Or cette verticalité, si elle permet effectivement de ranger le respect des dorits de l'homme parmi les fondements possibles de la responsabilité de l'État, paraît s'opposer en revanche à ce qu'il puisse être invoqué à l'appui d'actions en responsabilité civile entre particuliers. Toutefois, de l'avis des spécialistes, cette objection serait de moins en moins valable en raison du processus d'<<horizontalisation>> qu'a d'ores et déjà réalisé la Cour européenne des droits de l'homme. Conforme M. Olivier Lucas, notamment, certains articles de la Convention européenne des droit de l'homme, que la Cour de Strasbourg interprète largement, sont considérés comme applicables dans les relations interindividuelles lorsqu'ils ne sont pas purement et simplement assortis d'un «effet horizontal direct»*”. Tradução livre: “essa posição favorável à utilização da noção de direito subjetivo para fundamentar a responsabilidade civil parece tomar em conta o fato de que as diferentes «declarações de direitos do homem», procedam de textos constitucionais ou de convenções internacionais, apresentam esses direitos fundamentais como direitos do indivíduo contra o Estado. Mas essa verticalização, se permite efetivamente assegurar o respeito dos direitos do homem entre os fundamentos possíveis da responsabilidade do Estado, parece se opor, contudo, a que ela pudesse ser invocada para apoiar as ações na responsabilidade civil entre particulares. Todavia, para os especialistas, essa objeção seria menor e de menos valia em razão do processo de horizontalização já realizado pela Corte Europeia dos direitos do homem. Conforme M. Olivier Lucas, notadamente certos artigos da Convenção Europeia dos direitos do homem, que a Corte de Strasbourg interpreta amplamente, são considerados como aplicáveis nas relações interindividuais, na medida em que não são pura e simplesmente derivados de um «efeito horizontal direto» “. VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil: Introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 124-125.

Por fim, avalia-se como a responsabilidade civil deve atuar como instrumento de proteção dos direitos, focando-se na prevenção como o objetivo essencial do instituto, que somente conseguirá cumprir concreta e integralmente a sua própria função social na medida em que se revele eficiente em evitar ou dissuadir a comportamentos potencialmente causadores de danos graves e irreversíveis.¹²

2. A transformação da concepção de dano a partir da tutela da pessoa

A valorização da pessoa humana e a sua adequada e integral proteção jurídica passaram a ser tarefas consideradas absolutamente prioritárias pelo Estado Social, sobretudo em decorrência dos naturais e cada vez maiores riscos diante da proliferação e da complexidade das novas modalidades de danos que se desenvolvem em ritmo frenético.¹³

No ordenamento brasileiro, os direitos da personalidade recebem proteção constitucional¹⁴ e infraconstitucional,¹⁵ permitindo-se uma ampla tutela diante da verificação de novas formas de danos à pessoa.¹⁶ Como refere PERLINGIERI, “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se

¹² No dizer de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “(...) a proteção da dignidade se dá em uma dimensão intersubjetiva – que implica a imposição de limites à ação dos sujeitos, com vistas a evitar que os demais tenham ofendido sua dignidade – pode, e deve, o direito, através da responsabilidade civil, buscar a prevenção de danos à pessoa”. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. *Diálogos sobre direito civil*. Carmem Lucia Silveira Ramos (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 135.

¹³ ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 23 e segs.

¹⁴ Podemos citar algumas cláusulas gerais que regulam a responsabilidade civil em nosso ordenamento: art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana) e art. 5º, inciso V (direito de resposta), inciso X (o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas), inciso XXVII (o direito de autor), da Constituição Federal.

¹⁵ Destacam-se os artigos 11 a 21 do Código Civil, art. 6º, incisos VI e VII da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei n.º 9.610/1998 – proteção à propriedade intelectual, dentre outros.

¹⁶ Nesse sentido, expressivas são as conclusões de Gustavo TEPEDINO: “Como já se teve ocasião de sublinhar, mostra-se insuficiente qualquer construção doutrinária que, tipificando vários direitos da personalidade ou cogitando de um único direito geral da personalidade, acaba por limitar a proteção da pessoa à atribuição de poder para salvaguarda meramente *ressarcitória*, seguindo a lógica dos direitos patrimoniais. Critica-se, nesta direção, a elaboração corrente, que concebe a proteção da personalidade aos moldes (ou sob o paradigma) do direito de propriedade. Tal perspectiva, porém, não se confunde com a construção de um único direito geral de personalidade, significando, ao contrário, o caso da concepção de proteção da pessoa humana associada exclusivamente à atribuição de titularidades e à possibilidade de obtenção de ressarcimento. (...) Cabe ao intérprete ler o novelo de direitos introduzidos pelos arts. 11 a 23 do Código Civil à luz da tutela constitucional emancipatória, na certeza de que tais diretrizes hermenêuticas, longe de apenas estabelecerem parâmetros para o legislador ordinário e para os poderes públicos, protegendo o indivíduo contra a ação do Estado, alcançam também a atividade econômica privada, informando as relações contratuais. Não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional “. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE*, nº 03. 2003, p. 26-28.

traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.”¹⁷

Os direitos da personalidade¹⁸ representam uma específica categoria de direitos fundamentais que dizem respeito aos valores essenciais da pessoa humana.¹⁹ Assim sendo, pode-se dizer que todos os direitos da personalidade devem ser considerados fundamentais,²⁰ mas nem todos os direitos considerados fundamentais são direitos da

¹⁷ Acrescenta ainda referido autor que “Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-156.

¹⁸ De acordo com Luís A. Carvalho FERNANDES, “A categoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza, quanto ao seu âmbito e até quanto às questões mais singelas como a sua própria designação. Vários autores têm proposto outras designações, como direitos à personalidade, direitos essenciais ou fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais e direitos personalíssimos; contudo, a designação que se mostra com maior aceitação é a de direitos de personalidade ou da personalidade”. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1995, p. 187. Os direitos da personalidade são direitos inatos “cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo (a nível constitucional ou a nível de legislação ordinário), dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte: contra o arbítrio do Poder Público ou às incursões de particulares (no primeiro, como liberdades públicas; no segundo, como direitos da personalidade)”. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999. Acerca das liberdades públicas consultar: TOBEÑAS, José Castán. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Instituto Réus, 1952, p. 15; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1981, p. 5 e segs.; CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais Editora, 1961, p. 17 e segs.; FERNANDES, Milton. *Os direitos da personalidade*. Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 131; CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 106 e; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 56 e segs.

¹⁹ De acordo com Rabindranath Valentino Aleixo CAPELO DE SOUZA, O conceito de personalidade pode ser definido a partir dos valores essenciais que constituem o ser humano em sua esfera física, psíquica e moral, também denominado personalidade propriamente dita. E, ainda, como personalidade jurídica, isto é, como atributo da pessoa humana, a partir da concepção de sujeito de direito, como titular de direitos e deveres. Os dois conceitos estão diretamente relacionados. E, continua, o referido autor, “Na verdade, foi através de sanções penais que os elementos constitutivos e as manifestações da personalidade humana começaram por ser jurídico-estatalmente tutelados e, presentemente, ainda, a tipologia penal continua a ser uma das formas de tutela de específicos bens de personalidade mais significativos socialmente, quando lesados mais gravemente”. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 98 e 106-107.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 529-532. AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-256.

personalidade.²¹ O inescandível objetivo da categoria dos direitos da personalidade diz respeito à proteção dos valores essenciais relativos às pessoas, compreendendo o seu aspecto físico, intelectual e moral.²²

Os danos à pessoa²³, considerados como de natureza extrapatrimonial,²⁴ atingem a sua própria essência, acarretando, assim, certos tipos de lesões consideradas absolutamente irreversíveis na medida em que afetam bens jurídicos não mensuráveis

²¹ O concreto estabelecimento de quais dentre os interesses ou direitos mereceriam ser reconhecidos como “fundamentais” sempre foi tema dos mais difíceis. Conforme assinala CANOTILHO, “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma «norma de *fattispecie* aberta», de forma a abranger, para além das positivacões concretas, todas as possibilidades de «direitos» que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao *princípio da não identificação* ou da *cláusula aberta*”. (...) Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente constitucionais”, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 539.

²² Rubens Limongi FRANÇA propõe uma classificação tripartida para os direitos da personalidade, à qual de certo modo todos os danos à pessoa estariam ligados: direito à integridade física, intelectual e moral. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 411. Desse modo, os danos físicos ou corporais seriam aqueles em que há violação à integridade corporal, ou seja, “aos componentes materiais da estrutura humana, como o corpo, os órgãos, os membros e a imagem corpórea”. Os danos psíquicos seriam aqueles que ofendem a integridade psíquica, isto é, “os atributos do intelecto e do sentimento que constituem os elementos intrínsecos, ou íntimos, da personalidade”. Por último, o dano moral seria aquele que “atenta contra o conceito que a coletividade tem da pessoa, isto é, que viola elementos valorativos (ou virtudes) da pessoa, como ser social “. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 559. Consultar, ainda, CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 26. Na síntese de BITTAR, os direitos de personalidade “são direitos essenciais da pessoa, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade”, BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

²³ MARTINS-COSTA. Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 27-28. Acerca do desenvolvimento das pretensões indenizatórias para a categoria de danos à pessoa consultar, COMANDÉ. Giovanni. *Risarcimento del danno alla persona a alternative istituzionali*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 4 e segs.

²⁴ Afirma Sérgio SEVERO, “Porém, deve-se ressaltar que a importância dos direitos da personalidade muitas vezes conduziu a equívocos, não só no sentido de considerá-los um *tertium genus*, como também no de reduzir os danos extrapatrimoniais, às lesões dos direitos da personalidade. Nem uma nem outra assertiva é verdadeira. A proteção cível dos direitos da personalidade encontra-se inserida na esfera dos danos extrapatrimoniais, é uma de suas espécies; não é, portanto, um gênero autônomo, nem, muito menos, a síntese dos interesses não econômicos juridicamente protegidos “. SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47. No mesmo sentido, afirma Judith MARTINS-COSTA: “Entendo efetivamente que, sendo mais ampla, a expressão ‘danos extrapatrimoniais’ inclui, como subespécie, os danos à pessoa ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde ou danos à integridade psicofísica, inclusos os ‘danos ao projeto de vida’, e ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’, os danos à vida de relação inclusive o ‘prejuízo de afeição’, e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais “. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul. 2001 p. 34.

economicamente.²⁵ Tal constatação coloca em evidente xeque o princípio da plena reparabilidade dos danos, prevista pela ordem constitucional (art. 5º, inciso V).

Com efeito, a própria modificação do conceito de dano faz concluir que a reparação não se limita apenas às hipóteses de violação a um direito subjetivo da vítima²⁶, dizendo respeito, em verdade, à lesão *sine iure* de um direito, ou de um interesse merecedor de proteção.²⁷ Como afirma TEPEDINO, “a personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias.”²⁸

Acerca da nova compreensão e das possibilidades abertas pelos chamados “danos à pessoa”, ITURRASPE anota:

²⁵ Anota Judith MARTINS-COSTA que “A idéia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida. Se o mais relevante for a relação entre pessoa e os seus bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, cresce em importância a responsabilidade patrimonial, na qual a pessoa é vista tão-só como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser a pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípio e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial”. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 21.

²⁶ “A limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p.116. De acordo com João de Matos Antunes VARELA, “O Código Civil fala, é certo, nos direitos de personalidade, entre os quais destaca o direito ao nome, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada, mas apenas para referir alguns dos aspectos da tutela de que gozam certos valores ligados à personalidade (...). Mas não é a simples designação da lei, mesmo que se trate de textos constitucionais, que nos garante tratar-se de verdadeiros direitos subjectivos. (...) Além de se não tratar de interesses disponíveis, como os que constituem a substância do comum dos direitos subjetivos, à violação dos valores ligados à personalidade corresponde em regra uma tutela de direito público – que, no todo ou em grande parte, transcende a vontade do indivíduo, titular do interesse imediatamente lesado, para, como diz Larenz, (II, 12 ed., § 72 I), se situar no plano superior da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana “. *Das obrigações em geral*, v. I. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 552-553.

²⁷ “*El daño reparable no es más aquél producido ilícitamente al violarse un derecho subjetivo de lá víctima, sino, más bien, la lesión sine iure de un derecho, o de un interes merecedor de protección. Esta injusticia surge de la percepción de los intereses lesionados y rescata como merecedores de tutela todos aquéllos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida expresa en las normas. En principio, todo daño es injusto salvo que resulte justificado porque el ordenamiento jurídico haya considerado merecedor de tutela el interes del lesionado*”. Tradução livre: “O dano reparável não é mais aquele produzido ilícitamente ao violar-se um direito subjetivo da vítima, mas sim, a lesão ‘sine iure’ de um direito, ou de um interesse merecedor de proteção. Esta injustiça surge da percepção dos interesses lesionados e resgata como merecedores de tutela todos aqueles que a sociedade e os valores comumente aceitos mostram como dignos e respeitáveis, embora não tenham previsão expressa nas normas. Em princípio, todo dano é injusto salvo que resulte justificado porque o ordenamento jurídico seja considerado merecedor de tutela do interesse do lesante”. SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, n.52, out.-dez., 2004, p. 281.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE*, nº 03. 2003, p. 26-28..

a) A aparição do dano à pessoa, na doutrina nacional e comparada, resulta um avanço positivo e marcante na vida do Direito; b) A nova visão da pessoa humana tem muito a ver com as correntes filosóficas personalistas e existencialistas das últimas décadas; c) Significa, eventualmente, um reconhecimento do valor “humanidade” e a realocação da pessoa humana no centro do Direito; d) Se acentuam todos os aspectos que a pessoa humana mostra: os físicos ou somáticos e os psíquicos; individuais, sociais, familiares, reativos a capacidade de contemplação, de gozos, de projeção, sentir, amar, ao estado de saúde; e) Semelhante enfoque supera largamente o tradicional dano moral, como preço da dor, assim entendido como “dano por desgosto” ou “dano à satisfação” ou alteração dos estados de ânimo; f) O saber jurídico tem necessidade de uma complementação, para captar em sua totalidade a pessoa humana, e em profundidade, com outros saberes: médicos, sociológicos, psiquiátricos, antropológicos, e filosóficos; g) Pode aceitar-se que o “dano à pessoa” acarrete consequências patrimoniais e morais ou espirituais, e que umas e outras podem ser traduzidas em uma indenização pecuniária; h) A “guerra dos rótulos” ou debate sobre a denominação que corresponde dar a tais ou quais danos, assim como a “guerra das autonomias” ou debate se esses danos integram a categoria dos danos morais ou patrimoniais, ou, pelo contrário, se tem autonomia ou formam uma categoria própria, distinta, é uma questão menor, que não vai ao fundo da questão e na qual se perde muitas vezes a visualização da questão central; i) O “dano à pessoa” deve marchar em total harmonia com os denominados “direitos humanos” e com os “direitos da personalidade”; j) De pouco servem essas preocupações jurídicas se elas não estiverem aparelhadas, para o homem concreto, de cada comunidade, ‘uma vida melhor’; k) O denominado ‘progresso jurídico’, do qual o “dano à pessoa” é mostra acabada, nas carências materiais e espirituais que são comuns em muitos lugares do mundo; l) O “dano à identidade”, entendido como detrimento ao patrimônio ideológico-cultural da personalidade, conjunto de atributos vinculados com a posição profissional, religiosa, ética, política e com os riscos psicológicos de cada pessoa, é

a nova meta no tema que nos ocupa. O dano fundado na dimensão do homem em sua concreta realidade.²⁹

O que parece claro, é que a reconceituação e o redimensionamento dos danos³⁰, decorrentes das naturais alterações da forma de ser da vida social, têm acarretado e ainda acarretarão profundas revisões nos sistemas de justiça, aí incluindo-se o Direito de responsabilidade civil, a partir de uma nova concepção preventiva, ora preconizada.

Daí a enorme relevância da refundamentação da responsabilidade civil com base na prevenção, atendendo ao objetivo maior de tutela da integridade dos direitos da personalidade.

Se os danos às pessoas, passam a ser caracterizados, no mais das vezes, como impassíveis de adequada recomposição *in natura*, e muito menos em dinheiro, parece claro que a proteção que se lhes pode proporcionar condignamente é a preventiva, o que implica a imprescindibilidade de reestruturação do sistema de responsabilidade civil, como observa THIBIERGE:

²⁹ Tradução livre. “a) *La aparición del “daño a la persona”, en la doctrina nacional y comparada, resulta un avance positivo y remarcable en la vida del Derecho; b) La nueva visión de la persona humana tiene mucho que ver con las corrientes filosóficas personalistas y existencialistas de las últimas décadas; c) Significa, a la postre, un reconocimiento del valor “humanidad” y la reubicación de la persona humana como centro del Derecho; d) Se pone el acento en todos los aspectos que la persona humana muestra: los físicos o somáticos y los síquicos; individuales, sociales, familiares, relativos a la capacidad de contemplación, de gozos, de proyectar, sentir amar, al estado de salud; e) Semejante enfoque supera largamente el tradicional “daño moral”, como precio del dolor, aun entendido como “daño por disgusto” o “daño al placer” o alteración de los estados de ánimo; f) El saber jurídico há menester de una complementación, para captar em su totalidad a la persona humana, y en profundidad, com otros saberes: médicos, sicológicos, siquiátricos, antropológicos, sociológicos e incluso filosóficos; g) Puede aceptarse que el “dano a la persona” acarrea consecuencias patrimoniales y morales o espirituales y que unas y otras pueden ser traducidas em una indemnización dineraria; h) La “guerra de las etiquetas” o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la “guerra de las autonomías” o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o, por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central; i) El “daño a la persona” debe marchar en total armonía con los denominados “derechos humanos” y con los “derechos de la personalidad”; j) De poco sirven estas preocupaciones jurídicas si ellas no traen aparejada, para el hombre concreto, decada comunidad, “una vida mejor”; k) El denominado “progreso jurídico”, del cual el “dano a la persona” es muestra acabada, en las carencias materiales y espirituales que son comunes en muchos lugares del mundo; l) El “daño a la identidad”, entendido como detrimento al patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos sicológicos de cada persona, es la nueva meta en el tema que nos ocupa”. ITURRASPE, Jorge Mosset. El dano fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad “. Daños a la persona. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 39-40.*

³⁰ A Itália foi pioneira em sistematizar os direitos de personalidade no seu Codice Civile (arts. 5 a 10, Livro I, Título I). Não obstante ter sido o primeiro país a desenvolver a expressão “danos à pessoa”, assim como “dano biológico”, “dano à saúde” e “dano existencial”, tal avanço se deu em razão da necessidade de superar a “norma de clausura” prevista no art. 2059 do referido Codice, segundo a qual a responsabilidade não patrimonial é admitida “somente nos casos determinados pela lei”, permitindo-se, assim, a reparação somente quando o dano seja consequência de um fato que tipifique um crime, conforme o art. 185 do Código Penal italiano.

Uma tríplice influência de fatos novos, a insuficiência do direito positivo e ideias emergentes anunciam frequentemente as grandes transformações da responsabilidade civil. Nesse sentido, o paralelo com a aparição de danos novos ignorados no período precedente: o surgimento de acidentes ligados à evolução técnica, no fim do século XIX, o surgimento de novos riscos ligados à evolução tecnológica, ao fim do século XX. Esses últimos ilustram uma mudança de escala, na qual os riscos são maiores, e uma alteração de natureza, na medida em que eles são gravíssimos e faticamente irreversíveis, tal como determinados danos ecológicos ou genéticos.³¹

Nesse contexto, a responsabilidade civil preventiva pode constituir instrumento apto a viabilizar proteção especial contra a prática de atos que desrespeitem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos cidadãos, constituindo-se, só assim, instrumento apropriado para tornar efetiva a garantia da inviolabilidade constitucionalmente assegurada (art. 5º, caput, e inciso X).³²

Para tanto, como adiante se demonstrará, uma tal reestruturação passa a ser condição para viabilizar a funcionalização do Direito da responsabilidade civil, sobretudo no que diz respeito à proteção adequada dos direitos fundamentais.

3. A vinculação e a incidência da aplicação dos direitos fundamentais sobre o direito privado

³¹ “Une triple influence de faits nouveaux, d'insuffisance du droit positif et d'idées naissantes prélude souvent aux grandes transformations de la responsabilité civile. A cet égard, le parallèle avec l'apparition de la théorie du risque est très significatif. La pression des faits sur le droit consiste en l'apparition de dommages nouveaux ignorés dans la période précédente : apparition des accidents liés à l'évolution technique, à la fin du XIXe siècle, apparition de nouveaux risques liés à l'évolution technologique, à la fin du XXe siècle. Ces derniers illustrent un changement d'échelle, en ce que ces risques sont majeurs, et un changement de nature, en ce qu'ils sont très graves voire irréversibles, à l'instar de certains dommages écologiques ou génétiques(...)”. THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la responsabilité, responsabilité d'avenir*. Recueil Dalloz. Chronique, Paris, n.9 (4 mars 2004), p. 577-582.

³² Conforme observa CALVÃO DA SILVA, “Na tutela jurídica dos direitos de personalidade, a que se contrapõe um dever geral de abstenção ou obrigação geral de respeito, é de grande relevo a cominação feita a quem ameaça violar o direito para que se abstenha de consumir a ameaça, como o é a intimação feita a quem já ofendeu o direito para que cesse a ofensa. E porque os direitos de personalidade são direitos pessoais, de conteúdo e função não patrimonial, a sua adequada e eficaz tutela passa pela prevenção do acto ilícito lesivo e não pela repressão e remedeio da violação “. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 466

A existência de um compromisso do Direito privado com a efetivação dos direitos fundamentais,³³ ou, ainda, a forma como tal compromisso se concretizaria, sempre foi tema dos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência dos países que se pretendem vocacionados, a um só tempo, à proteção das liberdades individuais e do bem-estar social.

Neste campo, o eterno embate entre a autonomia e a liberdade privada, de um lado, e a necessidade de proteção dos direitos, de outro, gerou uma interminável discussão de índole político-constitucional a respeito da chamada *eficácia horizontal* da teoria dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.³⁴

Assim, se no Direito norte-americano prevalece a concepção negativista derivada da doutrina liberal da *state action*, vale dizer, a da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos,³⁵ nos países de tradição romano-

³³ “As expressões «direitos do homem» e «direitos fundamentais» são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seria os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica”. (...) “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como «direito à pessoa ser e à pessoa devir», *cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 529-532.

³⁴ “É, porém, o peso ideológico do proprietarismo individualista que ainda hoje intervém quando, perante a necessidade de fazer vigorar nas relações privadas os princípios e normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais (o direito civil seria, assim, e cada vez mais, um *direito constitucional concretizado*), se reage emocionalmente denunciando as metástases «cancerígenas» do direito constitucional no âmbito do ordenamento civil, se invoca a perversão do direito civil, da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade, perante a «coacção» feita nas relações privadas pelas normas constitucionalmente referentes a direitos fundamentais. Este peso ideológico justifica também o artificialismo de certas doutrinas, obrigadas a reconhecer as novas dimensões da proteção dos direitos fundamentais, e as soluções retrógradas que continuam a dar-se a alguns problemas de proteção dos direitos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 604.

³⁵ Em estudo sobre o tema, Daniel SARMENTO explica a razão de tal orientação, fundada na doutrina liberal da *state action*, originada já a partir da literalidade do Bill of Rights, que impõe limitações quase que exclusivamente aos Poderes Públicos, não atribuindo aos particulares o exercício de deveres ou direitos fundamentais frente a outros particulares, à exceção da proibição da escravidão (prevista na 13ª Emenda) e de algumas situações especialmente referidas pela jurisprudência por via da chamada *public function doctrine*. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 197.

germânica é praticamente consensual a ideia oposta, muito embora haja grande disparidade de opiniões a respeito *da forma e da extensão da referida vinculação*.³⁶

A diversidade das correntes acerca da incidência ou não dos direitos fundamentais sobre os particulares deve-se, em grande parte, à premissa segundo a qual as normas de direitos fundamentais têm como destinatários também os sujeitos de Direito privado ou, com exclusividade, o Estado e seus órgãos.³⁷

Na doutrina brasileira é possível apontar a predominância da corrente que preconiza a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, a partir do próprio texto constitucional de 1988, que, para além de preconizar a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais (§2º do art. 5º da CF), não afirma que tais normas seriam exclusivamente destinadas ao Poder Público.³⁸

Ademais, referida eficácia horizontal, de incidência direta e imediata, derivaria ainda da necessidade de proteção do chamado “mínimo existencial” e da dignidade da pessoa humana, cada vez mais ameaçada e lesada não apenas por parte do Estado, mas da

³⁶ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 197.

³⁷ Defendendo a última orientação, CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 55.

³⁸ Conforme sustenta GEDIEL, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, por sua vez, também é exigência do projeto político e da normatividade constitucional assumidos pela sociedade brasileira em 1988. Essa vinculação se manifesta, de modo especial, nas relações contratuais de trabalho para exigir dos cidadãos comportamentos que, concomitantemente, sejam a expressão de sua liberdade econômica e de respeito aos seus concidadãos”, GEDIEL, José Antônio Peres. *A irrenunciabilidade de direitos da personalidade pelo trabalhador. Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (org. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 157.

própria sociedade de massa.³⁹ A coordenação das eficácias vertical e horizontal, assim, presidiria a incidência da teoria dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.⁴⁰ A jurisprudência dos tribunais brasileiros vem se consolidando, gradativamente, no sentido da afirmação de tal coordenação, ao preconizar a existência de *deveres de proteção* dos direitos e garantias fundamentais, impostos tanto ao Poder Público como ao Poder Judiciário, assim como aos particulares, que devem tomar em conta referidos deveres nas relações privadas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, por ocasião do julgamento de recurso extraordinário pelo qual se examinou a exclusão de sócio de entidade privada sem a oportunização do exercício da ampla defesa e do contraditório. Em tal ocasião, proclamou a Suprema Corte nacional, expressamente, a vinculação não apenas do Estado, mas também dos

³⁹ Sobre o tema, exemplifica Carlos Roberto Siqueira CASTRO: “O Estado deixa gradativamente de ser o grande e único inimigo das liberdades públicas, haja vista que proliferam na sociedade outros focos de poder – poderes inorgânicos e não departamentais da soberania do Estado – a exemplo do poder da mídia e das comunicações, o poder dos bancos no sistema financeiro, do poder tecnológico, do poder patronal-empresarial dos oligopólios e do poder do banditismo paramilitar, dentre outros, todos eles, potencialmente, em condições de periclitarem a todo instante o exercício dos direitos fundamentais do homem”. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)*. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 143.

⁴⁰ Nesse exato sentido, pronuncia-se Ingo Wolfgang SARLET: “A partir das observações precedentes e considerando que um Estado Democrático de Direito genuíno é necessariamente um Estado “amigo” e não detrator dos direitos fundamentais, já que comprometido justamente com a proteção dos direitos fundamentais de todas as pessoas, de modo a prever mecanismos eficientes para que tais violações (inclusive e - importa frisar – não exclusivamente do poder público) sejam, senão completamente evitadas (o que é impossível), pelo menos eficientemente coibidas e reparadas, assume-se hoje como sedimentada a posição de acordo com a qual tanto o Estado como os particulares (pessoas físicas e jurídicas) encontram-se, de alguma forma, vinculados aos direitos fundamentais”. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Daniel Sarmento, Flávio Galdino (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 579. A similar conclusão chega Daniel SARMENTO: “O reconhecimento de que o Estado tem o dever de proteger os particulares de lesões não apresenta nenhuma incompatibilidade ou contradição com a ideia da incidência direta dos mesmos direitos na esfera privada. Muito pelo contrário, ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos”. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255.

particulares no âmbito das relações privadas, aos direitos e às garantias fundamentais, tal como a derivada da cláusula do *due process of law*.⁴¹

A partir de tal precedente, percebe-se claramente a dispersão da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, tanto por parte do Supremo Tribunal Federal⁴² como do Superior Tribunal de Justiça,⁴³ envolvendo os

⁴¹ Trata-se de julgamento da segunda turma do STF (datado de 11/10/2005, publicado no DJ em 27/10/2006, p. 064 e na RTJ, vol. 0209-02, p. 821), no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 201819, de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie e de relatoria para para o acórdão do Ministro Gilmar Mendes. Pela relevância do julgamento, transcreve-se adiante sua ementa: “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LÍMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO “.

⁴² STF, AC 2695 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/2010, DJe-231, div. 30/11/2010, pub. 01/12/2010. Nesse julgamento, a análise recaiu sobre a razoabilidade do pedido de direito de resposta como forma de desagravo contra publicação abusiva veiculada pela imprensa, como destacamos: “Cabe lembrar, neste ponto, que a oponibilidade do direito de resposta a particulares sugere reflexão em torno da inteira submissão das relações privadas aos direitos fundamentais, o que permite estender, com força vinculante, ao plano das relações de direito privado, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, pondo em destaque o tema da eficácia horizontal dos direitos básicos e essenciais assegurados pela Constituição da República”.

⁴³ STJ, AREsp 065303, rel. Min. Raul Araújo, DJ 10/11/2011. Da decisão, destacamos: “Assim, considerando que princípio implícito da razoabilidade e o princípio da igualdade são princípios constitucionais inseridos no rol dos direitos fundamentais, e considerando que referidos direitos (fundamentais) são de observância obrigatória não só nas relações entre Poder Público e particulares, mas também entre estes últimos, estando direcionados, portanto, à proteção dos particulares em face dos poderes privados, o que caracteriza a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não se justifica a pretensão reconvenicional do apelado, sendo de rigor o acolhimento da inicial, no sentido da manutenção dos aparelhos de ar condicionado em sua unidade”.

mais diferentes temas considerados essenciais, tais como a isonomia, o devido processo legal e a saúde, indispensáveis à proteção da dignidade da pessoa humana.⁴⁴

A adoção dessa orientação, que acaba por consagrar definitivamente a chamada “constitucionalização do Direito privado”, implica profundas consequências não apenas na interpretação e aplicação do Direito por parte dos tribunais, mas também, e antes disso, a necessidade de uma profunda reformulação no modo de ser das relações privadas, na medida em que os valores liberais relativos à liberdade de contratação, à livre iniciativa e ao direito de propriedade, passam a ser pautados pelo critério da funcionalização do Direito.

Isso se deve, notoriamente, à relativização da dicotomia Direito público *versus* Direito privado, decorrente das próprias dificuldades conceituais históricas do que pudesse vir a ser designado como *interesse público* ou *interesse privado*, que torna extremamente delicada a tarefa de se apontar interesses particulares absolutamente desatrelados de qualquer inter-relação com o coletivo ou o social.⁴⁵

⁴⁴ Destacamos as seguintes decisões do TJ/RJ: AC 0155908-04.2007.8.19.0001, 3.^a Câmara Cível, rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho: “Direito dos associados à integração que tem como fundamento a paridade com os servidores da ativa, corolário do princípio constitucional da isonomia, que também se aplica às relações privadas. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Previdência complementar que tem como princípio a preservação do bem-estar e condição social dos associados, o que passa pela preservação da paridade, que não encontra óbice legal ou constitucional. Mutualismo resguardado pela sentença, que determinou aos autores contribuição com prestação equivalente ao benefício auferido com a demanda (...). AC 0003254-31.2009.8.19.0011, 9.^a Câmara Cível, rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 04/07/2011: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO RECONHECIDO. DESCONTO INDEVIDO NA CONTA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONSUMIDORA PENSIONISTA DO INSS. SUPRESSÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SUA SOBREVIVÊNCIA FÍSICA E MATERIAL. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. EFICÁCIA HORIZONTAL. DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Conduta abusiva do fornecedor de serviços de crédito consistente na apropriação indevida de valores de conta de benefício do INSS. Inexistência de relação creditícia entre a instituição de crédito e a pensionista. Dever de indenizar. Dano moral presumido (in re ipsa), decorrente da própria violação ao direito subjetivo da parte, dispensando qualquer comprovação efetiva do dano. Conduta ilícita e imoral que suprime de pessoa idosa, carente de toda a espécie de recursos inerentes à manutenção da dignidade da pessoa humana, seus parcos proventos, imprescindíveis à sua sobrevivência física e material. Conhecimento do recurso para negar-lhe seguimento, na forma do caput do artigo 557 do CPC”. AC 0070402-60.2007.8.19.0001, 4.^a Câmara Cível, rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 01/03/2011: “Termo de Ocorrência de Irregularidade. A produção de prova unilateral malfere as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Impossibilidade de sobreposição das normas administrativas, redigidas pela ANEEL (Agência Reguladora) à lei. Não é lícito, *in casu*, permitir o corte do fornecimento de energia elétrica sem que seja efetivamente comprovada a fraude.5. Dano moral. Indevidas as cobranças efetivadas pela concessionária de serviço público em decorrência da lavratura de TOI, não sendo lícita a conduta da ré em efetivar o corte da energia elétrica na unidade consumidora do autor, configurando-se esta prática dano moral indenizável, tendo em vista a essencialidade do respectivo serviço, imprescindível para a fruição de uma vida digna”.

⁴⁵ Por tal motivo, conforme Pietro PERLINGIERI, “Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos”. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54.

Vale dizer, muito embora referidos valores liberais inegavelmente tenham constituído conquistas históricas imprescindíveis do cidadão para a consagração da liberdade contra a opressão do Estado, para que continuem a ser exercitados legitimamente na sociedade da pós-modernidade, devem estar sintonizados com os valores fundantes da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.⁴⁶

4. A Responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa

A revisão crítica da responsabilidade civil insere-se em um movimento muito maior de reconstrução ou de releitura pelo qual passa todo o Direito privado, alicerçado na força vinculante e *erga-omnes* da teoria constitucional de proteção dos direitos fundamentais.⁴⁷

Se, como anteriormente verificado, a teoria da incidência imediata e direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas hoje prevalece e tende a expandir sua aplicabilidade a campos ainda inexplorados e incessantemente renovados (por força da própria atipicidade dos direitos essenciais), parece evidente que o Direito civil e, dentro dele, o instituto da responsabilidade civil, deve apresentar-se operativo e útil aos

⁴⁶ Precisas, neste campo, as palavras de Carlos Roberto Siqueira CASTRO, ao preconizar o reconhecimento de uma “função social dos direitos revestidos de fundamentalidade para o gênero humano”: “A despeito das falácias históricas do humanismo liberal, o iluminismo oitocentista legou ao ocidente uma premissa universal que, se bem perquerida e desenvolvida, muitíssimo poderá servir à concepção de solidariedade social que subjaz ao constitucionalismo deste fim de século, como seja a visão de que o homem, pelo mero fato de o ser, possui uma nomenclatura de direitos que tanto o Estado quanto a sociedade devem respeitar como codição do progresso individual e coletivo (...). Só que o homem cuja dignidade impende garantir não é um ser isolado, muito menos um ser que ostenta condições socioeconômicas em regime de igualdade perante aos conterrâneos de melhor sorte e fortuna, mas que vive e padece as aflições da necessidade, da orfandade social e da contextualização geopolítica defavorável. É, pois, com relação ao grupo social como um todo, abrangendo a sociedade, o Estado e as comunidades de Estados, que o indivíduo e as multidões de indivíduos reivindicam ascensão aos patamares da dignidade humana, na convicção de que a consagração secular dos direitos fundamentais não busca somente a salvaguarda atomizada da individualidade de um ser determinado, mas por certo da individualidade de todos os seres coletivamente inseridos na sociedade, responsáveis que são, de per si e em conjunto, pelo destino comunitário”. Extensão dos Direitos e deveres fundamentais às relações privadas. *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)*. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 140.

⁴⁷ Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, em todo o ordenamento civil, e, portanto, também na responsabilidade civil, “os princípios constitucionais da solidariedade social e de dignidade humana encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilização civil, ela mesma”. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

objetivos constitucional e civilmente vinculantes, no que se refere à concretização dos direitos.⁴⁸

Nesse sentido, "a tutela dos direitos individuais nas relações privadas não se esgota na garantia de uma obrigação geral de abstenção, nem na reparação dos danos pelas lesões perpetradas, através da responsabilidade civil. A proteção conferida pela ordem constitucional é mais ampla, e envolve tanto uma tutela preventiva dos direitos com uma atuação repressiva e corretiva".⁴⁹

De fato, na medida em que a Constituição Federal brasileira erigiu um amplo sistema de garantia dos direitos fundamentais, atribuindo deveres de proteção exigíveis tanto do Poder Público como dos próprios cidadãos, parece certo afirmar a existência de deveres de prevenção e de precaução relativamente à não violação dos direitos, o que

⁴⁸ Conforme Norberto BOBBIO, "o pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado Absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela Escola do Direito Natural (ou Jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza, e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos, esses, que o Estado ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros". *Liberalismo e democracia*. 4ª ed., São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, p. 11.

⁴⁹ Assim, pode-se sustentar que "O Estado Liberal de Direito erige-se sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, a fim de viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos. Nesse modelo de total separação entre Estado e sociedade civil, o Direito privado desempenha a função de estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas, que desfrutam da mais ampla liberdade no âmbito social. (...) o estatuto jurídico do Estado liberal, assentava-se sobre três dogmas indiscutíveis: a) a generalidade da lei; b) o reconhecimento da igualdade de todos os indivíduos perante a lei; e c) a consagração da autonomia da vontade privada. (...) De tal modo, que o caráter auto-suficiente e sistemático do code expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica", (grifos nossos). SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269.

provoca sensíveis alterações na forma de ser das relações jurídicas, sejam elas caracterizadas como públicas ou como eminentemente privadas.⁵⁰

Com isto, ao Direito da responsabilidade civil passa a competir, para além do tradicional objetivo de restauração do equilíbrio social rompido em função do dano causado, também a inibição da quebra do referido equilíbrio, na medida em que “uma função da responsabilidade civil que impeça a realização de danos estará garantindo a integridade física, moral e econômica dos cidadãos individualmente e da sociedade inteira”.⁵¹

Nesse panorama, muito mais do que enxergar nas regras de responsabilidade civil uma mera função preventiva que acaba sendo tratada no mais das vezes como simplesmente acessória, eventual ou circunstancial⁵², constituindo simples reflexo da função reparatória classicamente idealizada, busca-se demonstrar que a prevenção de danos,

⁵⁰ Como destaca SARLET, “A razão suprema de ser do Estado reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual e coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente promovido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade. Os *deveres de proteção* do Estado contemporâneo estão alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, por meio do pacto constitucional, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma vida digna aos seus cidadãos, o que passa pela tarefa de proteger e promover (já que proteção e promoção não se confundem) os direitos fundamentais, o que abrange a retirada dos possíveis obstáculos à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, de modo a remover os “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Assim, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao status constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado (Legislador, Administrador e Judicial), seja tal conduta (ou omissão) oriunda de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público”. SARLET, Ingo Wolfgang. Breves considerações sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 58, p. 41, Abr. 2010, p. 3.

⁵¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 137.

⁵² Como assinala Flavia Portela PÜSCHEL, “A responsabilidade civil também é comumente encarada como um mecanismo para evitar a ocorrência de danos. Nesse caso a idéia é que, atribuindo-se a responsabilidade por danos a quem os causa, cria-se um incentivo para que as pessoas desenvolvam meios mais seguros de praticar certas atividades ou abandonem a sua prática, em favor de atividades que gerem menos prejuízos. Mais uma vez, o objetivo depende de que o responsável pague, ou seja, o efeito preventivo da responsabilidade é esperado em função do fato de o responsável ser forçado a arcar com os custos de sua atividade, sem o que a idéia do incentivo não se realiza. Do mesmo modo que a função de reparação da vítima, a responsabilidade civil não é o único meio jurídico para obter o aumento do grau de segurança no exercício de certas atividades ou a eliminação da prática de atividades excessivamente perigosas. Isso pode ser feito diretamente, por exemplo, por meio da proibição do exercício da atividade considerada perigosa demais ou do estabelecimento de normas de segurança sancionadas com multas administrativas”. A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade. *Revista Direito Getúlio Vargas*, v. 28, São Paulo, 2008, p. 08.

para além de função, deve ser compreendida como verdadeiro fundamento do instituto.⁵³

A prevenção dos danos (viabilizada, em muitos casos, pela própria inibição de práticas contrárias aos direitos fundamentais) passa a ser, ao lado da indenização de eventuais danos sofridos, essencial objetivo do instituto da responsabilidade civil. Assim sendo, a responsabilidade civil, embora não se reduza a mero instrumento,⁵⁴ deve implementar mecanismos predispostos a regular as condutas humanas por via de técnicas de inibição, sobretudo de comportamentos potencialmente causadores de danos graves e irreversíveis⁵⁵, tendo em vista a premissa fundamental de que “não há como reparar o irreparável”.⁵⁶

Para a adequada proteção dos direitos inerentes à personalidade, a tutela preventiva é imprescindível, a ser operacionalizada por instrumentos inibitórios aptos a evitar a violação de referidos direitos e, por conseguinte, a produção de danos que se revelam, nessa hipótese, indenizáveis.

Nesse sentido, de acordo com PERLINGIERI,

A personalidade tem relevância positiva nem tanto no momento processual – isto é, nos remédios aos quais recorrer para a cessação da atividade lesiva, para a reintegração de forma específica, para a averiguação, para o ressarcimento -, quanto na avaliação substancial

⁵³ Conforme Luciano B. TIMM, “A responsabilidade civil passa a ter um papel não imaginado pelo modelo liberal na conformação da atividade empresarial, pois além de ter como propósito a reparação dos danos causados ao mercado, ela permite a prevenção de resultados socialmente indesejados. Nesse segundo aspecto, a previsão de indenizações deve ser forte o suficiente para intimidar práticas rejeitadas pela consciência jurídica do seu tempo, algo que não tem sido atentado por algumas decisões de tribunais brasileiros, nas quais se percebe uma maior preocupação de conter “indústrias de danos morais” e o “enriquecimento injustificado” das partes. Assim, eternizam-se as inscrições indevidas nos órgãos de restrição ao crédito, as cobranças equivocadas de tarifas, as ações repetidas nos fóruns e isso acaba por consumir recursos públicos para manter tribunais, servidores públicos, promotores, juízes, advogados etc”. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. *Responsabilidade civil. v.1 - Teoria geral*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

⁵⁴ Neste sentido, Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA esclarece não se tratar o instituto da responsabilidade civil de mera técnica, *tout court*. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 191.

⁵⁵ Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – “Declaração do Rio de Janeiro” (ECO-1992), Princípio 15: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelo Estado, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. E, ainda, Convenção da Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n.º 2519, de 16 de março de 1998 e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, promulgada pelo Decreto n.º 2652, em 1º de julho de 1998.

⁵⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 134. THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 3. julho/setembro. Paris, 1999, p. 561-584.

do interesse merecedor de concretização, destinado a modificar, a partir do interior, a maior parte dos institutos jurídicos, mudando a sua função. A exigência do respeito da personalidade, de seu livre desenvolvimento, incide sobre a noção de ordem pública, sobre os limites e sobre a função da autonomia negocial, sobre a interpretação dos atos através dos quais se manifesta – na individuação das fronteiras do ilícito e de seu fundamento, sobre as configurações não apenas das relações familiares, mas também daquelas patrimoniais, sobre a concepção e a tutela da relação de trabalho, sobre o juízo de valor do associativismo e de seus possíveis escopos; incide, em suma, sobre toda a organização da vida em «comunidade».⁵⁷

Indispensável, para tanto, que se tomem em consideração as características inerentes aos direitos fundamentais, na medida em que nenhum sistema de tutela material ou processual pode ser bem-sucedido se ignorar a forma de ser do interesse ou direito a ser protegido. Ora, se os direitos fundamentais se notabilizam, dentre outros aspectos relevantes, pela notória extrapatrimonialidade, e se os direitos ou interesses assim caracterizados não comportam solução indenizatória ou mesmo compensatória satisfatória, isto implica a conclusão de que não basta à responsabilidade civil, para se demonstrar operativa neste campo, apenas implementar soluções ressarcitórias objetivando a melhor forma de reparação dos danos suportados pela vítima.⁵⁸

Nessa perspectiva, evidentemente que a proteção preventiva será tanto mais conveniente ou adequada quanto mais essencial ou fundamental o interesse ou direito tutelado. Se a violação e a lesão a direitos patrimoniais disponíveis podem comportar um tratamento repressivo, o mesmo não ocorre com a violação e lesão a direitos não patrimoniais e indisponíveis, para os quais a responsabilidade civil deve operar em sentido eminentemente preventivo.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 768-769.

⁵⁸ Atento às necessidades diferentes de proteção dos direitos, Pietro PERLINGIERI anota: “Uma vez considerada a personalidade humana como um interesse juridicamente protegido e relevante para o ordenamento, a responsabilidade civil se estende também a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa. O art. 2043 Cód. Civ. não pode ser limitado aos direitos subjetivos, porque não refere a situações subjetivas qualificadas e específicas, mas, sim, ao dano injusto que consiste na lesão de uma relação, seja pessoal, seja patrimonial, juridicamente relevante (...). Por outro lado, a tendência, um tempo dominante, que se prepõe esgotar a problemática dos chamados direitos de personalidade no momento patológico da violação ou da lesão, e, portanto, no ressarcimento do dano, leva em consideração apenas as atitudes subjetivas e as situações que visam impedir, ou, de toda sorte, dificultar a realização do bem. Ao contrário, devem ser consideradas juridicamente relevantes também aquelas situações que o ordenamento orienta em direção à realização da pessoa em termos positivos ou fisiológicos (...). A tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais”, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766-768.

5. Conclusões

O presente artigo pretendeu demonstrar que atualmente se tem a exata noção do que pode significar, em um contexto global, a produção de determinados tipos de danos (tais como à saúde, ao meio ambiente). A extrema gravidade e a irreparabilidade correlacionadas a referidos danos parece exigir uma reformatação dos sistemas de justiça (aí incluído o direito de responsabilidade civil), precisamente para evitá-los a todo custo.

O redimensionamento do direito da responsabilidade civil passa a ser condição da afirmação da sua própria constitucionalidade e legitimidade político-institucional no Estado Social, na medida em que também o direito privado assume compromissos com a possível concretização dos direitos essenciais do ser humano. Se assim é, tão só a repressão à violação dos direitos e à consequente produção de danos, por melhor que seja atuada, não pode representar razoável resposta do sistema de justiça.

Indispensável, para tanto, que se levem em consideração as características inerentes aos *direitos fundamentais*, abrangendo os direitos da personalidade, cuja proteção preventiva é absolutamente prioritária no Estado Social, garantidor da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de investigar, a partir de reflexões acerca da denominada “eficácia horizontal” da teoria dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, as profícuas possibilidades abertas pela teoria constitucionalista, sobretudo quando preconiza a incidência imediata e direta dos direitos fundamentais sobre o direito privado

Se o direito privado – e, mais especificamente, o direito civil e seu sistema de responsabilidade – também deve estar comprometido com a concretização dos direitos fundamentais (sobretudo pelo fenômeno da constitucionalização,) nada mais certo do que dele se cobrar adequada resposta aos anseios de tutela.

Nesse contexto, compreender-se a incidência do sistema de responsabilidade civil por um viés preventivo parece mais necessário e oportuno na medida em que se constata que grande parte dos direitos mais caros aos seres humanos (dentre os quais os próprios direitos fundamentais, derivados ou não dos atributos da personalidade) se caracteriza pela nota da extrapatrimonialidade, não comportando solução repressiva satisfatória.

Assim, o desenvolvimento da responsabilidade civil preventiva passa precipuamente pela revisão conceitual do que representa “ser responsável” na contemporaneidade, demonstrando-se a necessidade de uma *visão ética da responsabilidade*, comprometida com a proteção dos valores existenciais do ser humano do presente e do futuro, sob pena de uma insuficiente e insatisfatória visão restritiva e retrospectiva da vida social, mantida refém do passado.

civilistica.com

Recebido em: 28.08.2016
Aprovado em:
27.10.2016 (1º parecer)
06.11.2016 (2º parecer)

Como citar: VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-como-instrumento/>>. Data de acesso.