

EDITORIA PADMA LTDA.
Presidente: Osmundo Lima Araújo

Revista Trimestral de Direito Civil — RTDC
Ano 11, vol. 43, julho a setembro de 2010

ISSN 1518-2010

Diretor: Gustavo Tepedino

Conselho Editorial

Antonio Pinto Monteiro, Antonio Junqueira de Azevedo (1939-2009), Encarna Roca, Jean Beauchard, Luiz Edson Fachin, Pietro Perlingieri, Ricardo Pereira Lira, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Coordenador Editorial: Bruno Lewicki

Conselho Assessor

Ana Luiza Maia Neves [Atualidades-Resumos de Teses e Dissertações], Anderson Schreiber [Doutoral], Aline de Miranda Valverde Terra [Jurisprudência], Carlos Edison do Rego Monteiro Filho [Ensaios e Pareceres], Carlos Nelson Konder [Atualidades-Notas], Gisela Sampaio da Cruz [Observador Legislativo], Milena Donato Oliva [Resenha Bibliográfica]

Estagiária: Talita Breitz

Capa e Projeto Gráfico: Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Revisão: Fernando Guedes

A *Revista Trimestral de Direito Civil* é produzida no âmbito do convênio de colaboração científica e editorial firmado entre a Editora Padma, a Editora Renovar e o Instituto de Direito Civil — IDC.

Contribuições, correspondências e pedidos de intercâmbio poderão ser enviados para a Editora PADMA, na Rua Antunes Maciel, 177 – São Cristóvão – RJ – CEP 20940-010 Tel.: (21)2580-8596, ou para os e-mails: rtdc@uol.com.br e rtdc@jahnoogroups.com

A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos¹

LUCAS ABREU BARROSO
PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

1. Um grave dano à saúde pública. 2. Em busca de uma paradigmática reparação pelo Poder Público e pelos laboratórios farmacêuticos.

Resumo: Este estudo tece comentário sobre a paradigmática Lei 12.190/2010. Nela o Estado novamente reconhece sua responsabilidade em relação à Síndrome da Talidomida. Além da pensão previdenciária de outra, desta feita estipula reparação por dano moral. Entretanto, em uma perspectiva crítica, a obrigação de reparar seria mais ampla que a exclusiva satisfação das vítimas.

Palavras-chave: Estado; fiscalização; medicamento; talidomida; reparação; dano moral.

Abstract: This study expresses a commentary on the paradigmatic Law 12.190/2010. In this law the State once again acknowledges its responsibility in relation to the Thalidomide Syndrome. Besides the social security pension of former times, this time it stipulates compensation for moral damage. However, from in a critical perspective, the obligation to pay damages would be more extensive than the exclusive satisfaction of the victims.

Keywords: State; inspection; medication; thalidomide; compensation; moral damage.

1. UM GRAVE DANO À SAÚDE PÚBLICA

É notório o volume da produção legislativa no Brasil, mormente que a maioria de nossas leis é feita sem o necessário debate e reflexão. Procede, assim, o argumento de Rui de Alarcão,

¹ Os autores dedicam este estudo a Jennifer Nogueira Barros de Almeida, uma jovem brasileira que apesar de vítima, em algum momento, do descaso das autoridades governamentais com a saúde pública não perdeu a alegria de se dedicar intensamente a vida.

quando afirma que se torna indispensável uma quantidade menor de leis, mas que sejam melhores leis.² Com efeito, a Lei 12.190, de 13 de janeiro de 2010, atende a tal pleito, ao tratar da reparação por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida.

A talidomida ou "amida ftálica do ácido glutâmico" ($C_{13}H_{10}N_2O_4$) consiste em um medicamento criado na Alemanha nos idos de 1954, inicialmente como sedativo, cujo objetivo era controlar a ansiedade, a tensão e as náuseas. Os laboratórios divulgaram à época que o fármaco não era tóxico, o que alavancou sua venda em vários países, inclusive sem prescrição médica.³

O uso em gestantes, a partir de sua comercialização em 1957 — no Brasil em 1958 —, gerou uma síndrome denominada *Focomelia*. Esta se caracteriza "pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto — tornando-os semelhantes aos de uma foca — devido a ultrapassar a barreira placentária e interferir na sua formação. Utilizado durante a gravidez também pode provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em casos mais raros, do tubo digestivo e problemas cardíacos. A ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação ocasiona a Focomelia, efeito descoberto em 1961, que provocou a sua retirada imediata do mercado mundial".⁴

A reparação dos danos provocados pelo uso da referida medicação iniciou em diversos países ainda em 1961. O Brasil somente retirou o fármaco de circulação em 1965, com a indenização das vítimas ocorrendo depois de 1976 em face dos laboratórios e da União. Em 1982, o Governo brasileiro editou a Lei 7.070, de 20 de dezembro, que concede "pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como Síndrome da Talidomida que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social — INPS".⁵

A mencionada pensão previdenciária varia de 1/2 (meio) a 4 (quatro) salários mínimos, de acordo com o grau de deformação, levando-se em consideração quatro itens de difícil-

2 Vide ALARCÃO, Rui de. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 1-8, 2009.

3 Vide SALDANHA, P. H. A tragédia da talidomida e o advento da teratologia experimental. *Revista Brasileira de Genética*, v. 17, p. 449-464, 1994.

4 Vide <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

5 TRF 1ª Região — REO2001.01.99.021377-3/MG. Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado. DJ de 23/06/2006.

dade: alimentação, higiene, deambulação e incapacidade para o trabalho. Tal valor restou defasado até o ano de 1991 por conta da inflação e da alteração dos indexadores econômicos. Em 1992 surge, então, a Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida — ABPST, objetivando a defesa dos direitos das vítimas da talidomida.⁶

Em 1994, o Governo brasileiro editou a Portaria 63, de 4 de julho, que proíbe o uso do medicamento por mulheres em idade fértil. Em 1996, formou-se o primeiro grupo de trabalho para elaborar regulação sobre a talidomida. A regulamentação acerca do registro, produção, fabricação, comercialização, prescrição e dispensação dos produtos à base de talidomida se deu pela Portaria 354, de 15 de agosto de 1997. A Lei 10.651, de 16 de abril de 2003, dispôs novamente sobre o controle do uso da talidomida. Em 2005 foi publicada a Consulta Pública 63 para propor um novo regulamento técnico da talidomida. Em 2006 realizou-se o Painel de Utilização Terapêutica da Talidomida promovido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA e em 2007 aconteceu nova reunião na ANVISA visando flexibilizar o uso da talidomida.⁷

Não obstante as aludidas regras, nas décadas de 1990 e 2000, observou-se o uso da talidomida para o tratamento de leucemia, vitiligo, afta, tuberculose, AIDS, lúpus, câncer, transplante de medula e estados reacionais de hanseníase, ocasionando o surgimento de dezenas de novos casos de crianças vítimas pela droga (2ª e 3ª gerações), principalmente por causa da desinformação da população, dos profissionais da área de saúde e pela automedicação dos usuários, prática infelizmente comum no Brasil.⁸

Estima-se que a Síndrome da Talidomida tenha atingido cerca de 1.000 (mil) pessoas na Inglaterra e que 10.000 (dez mil) bebês nasceram no mundo com lesões provocadas pelo uso deste medicamento.⁹ Nessa esteira promulgou-se no Brasil a Lei 12.190, de 13 de janeiro de 2010, que deve beneficiar 650 (seiscentas e cinquenta) pessoas, com um gasto estimado pela

6 Leia mais sobre o assunto em <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

7 Leia mais sobre o assunto em <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

8 Leia mais sobre o assunto em <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

9 Vide <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/1222010/01/15/brasil,i=166638/VITIMAS+DO+REM+EDIO+TALIDOMIDA+TERAO+INDENIZACAO.shtml>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

União de R\$ 34,5 milhões,¹⁰ visto que os efeitos financeiros da mencionada lei serão produzidos a partir de 1º de janeiro de 2010, conforme dispõe o seu art. 6º.

Vale ressaltar o ineditismo desta lei, ao tratar da reparação por dano moral às vítimas diretas do uso da talidomida, independentemente de quando foi utilizado o medicamento, de acordo com o seu art. 1º: "É concedida indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, que consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física (§1º do art. 1º da Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982)".

No seu art. 3º altera a redação do art. 3º da Lei 7.070/1982, para que possa vigorar com a seguinte redação: "A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com rendimento ou indenização que, a qualquer título, venha a ser pago pela União a seus beneficiários, **salvo a indenização por dano moral concedida por lei específica**", a demonstrar diversidade de natureza jurídica entre a pensão previdenciária instituída pela Lei 7.070/1982 e a reparação moral descrita pela Lei 12.190/2010. Destaca, ainda, no art. 5º que a "indenização por danos morais de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com qualquer outra da mesma natureza concedida por decisão judicial".

A seu turno o art. 2º corrobora o entendimento jurisprudencial de que a reparação por dano extramaterial não gera pagamento de imposto de renda por aquele que a recebe — "Sobre a indenização prevista no art. 1º não incidirá o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza" —, tendo em vista que o fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial (Código Tributário Nacional, art. 43), não configurado pela compensação recebida por vítima que sofreu dano moral (*rectius* extramaterial).¹¹

Destarte, a lei em comento demanda do intérprete uma imposterável reflexão quanto aos tradicionais contornos da responsabilidade civil e dos seus efeitos no direito brasileiro, que se inclina, ainda que lentamente, para o direito de danos, como se demonstrará no item a seguir.

10 Vide <http://www.correiobrasilense.com.br/app/noticia/182/2010/01/15/brasil,166638v/TTMA5+DO+REM+EDIO+TALIDOMIDA+TERAO+INDENIZACAO.shtml>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

11 STJ — RSP 686.920/MS. 2ª T. Relª. Minª. Eliana Calmon. DJ-e de 19/10/2009.

2. EM BUSCA DE UMA PARADIGMÁTICA REPARAÇÃO PELO PODER PÚBLICO E PELOS LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS

"O acontecimento danoso, nas áreas marcadas pelo progresso, não é mais o produto de uma fatalidade cega, de um destino adverso, que impede que se preveja a verificação do dano; ele se torna um fato que acompanha ordinariamente a forma humana de se operar, permanecendo, portanto, removido da tradicional configuração do elemento vortade, desde o momento em que se trata de danos que devem ocorrer".
Stefano Rodotà

A reflexão acima aponta para o fato de vivermos na sociedade do risco, da massificação, da superficialidade, da vigilância, da cibernética, do hiperconsumo e da globalização, na qual se propaga a anomie dos danos e a socialização da responsabilidade civil.¹²

Preocupa-se aqui com a necessária evitabilidade, controle, legitimação e distribuição dos riscos criados por atividades potencialmente causadoras de danos (p. ex.: fabricantes de medicamentos),¹³ não podendo as vítimas, em regra, ficar indenidas,¹⁴ como destaca Jorge Mosset Iturraspe, diante de

"[...] un capitalismo muchas veces cruel, con fuerte presencia de monopolios y oligopolios; con empresas transnacionales muy poderosas que se infiltran y presionan a favor de una <lex mercatoria> que reemplaza al Derecho del Estado: con una Economía de Mercado donde impera <el dejar hacer y dejar pasar>; con una preocupación intensa por el aumento de los beneficios y la reducción de los costos, que se busca traducir en la <socialización> de los daños; con una <lógica de Mercado> que ubica a los consumidores como <soberanos>, atentos, informados e ilustrados; con una intencionada vuelta a la contemplación del <accidente> como fatalidad, etc." ¹⁵

12 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 4.

13 Utiliza-se o conceito de dano de Alberto Bueres, enquanto interesse jurídico (*lato sensu*) lesionado, conforme: La localización del daño resarible. In: FERNANDEZ, Carlos López, CAUMONT, Arturo; CAFFERA, Gerardo (Coord.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 426.

14 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Ob. cit., p. 4.

15 ITURRASPE, Jorge Mosset. Análisis de la responsabilidad en el proyecto argentino de código civil unificado de 1998. In: FERNANDEZ, Carlos López, CAUMONT, Arturo; CAFFERA, Gerardo (Coords.).

É inadiável, dessa forma, analisar as diferentes nuances que cercam a responsabilidade civil (moralização jurídica da autonomia privada com a análise subjetiva da conduta do lesante — foco no ofensor e na ética da liberdade) e o direito de danos (objetivação do resultado para aferir os danos que devem ser reparados — foco na vítima e na ética da alteridade).¹⁶

A responsabilidade civil é um juízo de valor reprovativo que gera o dever de reparar a ser imputado a quem, por conduta omissiva ou comissiva, com ou sem culpa, ilícita ou ilícita, ofendeu um preexistente dever e/ou obrigação legal (ou não) de não lesar outrem. Enseja o cumprimento indireto da obrigação e seu fim último é a reparação por lesão a direito, além de tornar impossível a existência de responsabilidade sem prejuízo.¹⁷

A responsabilidade civil possui dois critérios de valoração da determinação da responsabilidade:

a) o *subjetivo*, em que se analisa a culpa (imprudência, negligência e imperícia) ou o dolo (intenção) do lesante. Consta-se hoje importante doutrina no sentido da objetivação da culpa. Mas o certo é que a culpa objetiva nada mais é do que a “estandardização” da culpa *latu sensu*, que é aferida com base em fatores psicológicos;¹⁸

b) o *objetivo*, em que não se aprecia a culpabilidade, mas a desconforme conduta do agente no cotejo de um dever jurídico preexistente, geradora de dano ou de risco de dano, cujo nexo causal entre o ato ou a atividade e o resultado efetivo ou potencial está, baseado na teoria do risco da atividade pública ou privada, lícita ou ilícita. O fundamento da obrigação de reparar tem assento nos princípios da equidade e da justiça comutativa (com inclinação para a igualdade formal),¹⁹ sendo certo que sempre pressupõe voluntariedade²⁰ e que está focado no sujeito responsável pela reparação.

Estudios de derecho civil em homenagem al profesor Jorge Gamarra. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001. p. 310.

16 MULHOLLAND, Catilín Sampaio. Ob. cit., p. 11-23.

17 Vide REPRESAS, Felix; MESA, Marcelo J. Lopez. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004. t. 1, p. 14-15.

18 MULHOLLAND, Catilín Sampaio. Ob. cit., p. 38-57.

19 BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 86, 117-118. Ver sobre a evolução histórica da responsabilidade civil subjetiva e objetiva em REPRESAS, Felix; MESA, Marcelo J. Lopez. Ob. cit., t. 1, p. 19-31, 39-44, 48-57.

20 *Ibidem*, p. 58.

O direito de danos altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vítima*.²¹

Este instituto pretende, entre outros:

a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijudicialidade, da desnaturalização da culpa²² e da relativização do nexo causal;²³

b) intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto,²⁴ e também despatrimonializadas, como a retratação pública²⁵ e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (Código de Processo Civil, arts. 461 e 461-A e Código Civil, arts. 233, 247 e 250)²⁶;

c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção²⁷ diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa — haja vista a (re)personalização do direito civil;

21 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008. p. 158.

22 Sobre a erosão da culpa: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9-50.

23 Neste caso utiliza-se a técnica de presunção de causalidade — probabilidade de ocorrência do dano e não mais certeza quanto ao liame causal — para estabelecer a obrigação de reparar os danos cometidos em desfavor da vítima, independentemente de prova irrefutável da presença do nexo de causalidade, pois a prova da causa pode se tornar diabólica, conforme: MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio. In: MULHOLLAND, Catilín Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. IX-XIII, XI.

24 Vide AMARAL, Francisco. A equidade no código civil brasileiro. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 25, p. 16-23, 2004.

25 SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 6, v. 22, p. 45-69, 2005. p. 65.

26 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 13 e 278.

27 Vide DONNINI, Rogério Ferraz. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 483-503.

d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo.²⁸

e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange aos riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente;

f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas;

h) tornar irrelevante a concausa, "con el alcance de asignar la totalidad del dano a quien solo aporte una de las causas concurrentes"²⁹, objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano;

i) aumentar as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (p. ex., seguro ambiental) etc.³⁰

Acrescenta Yvonne Lambert-Faivre que a obrigação de reparar evoluiu de uma *divida de responsabilidade para um crédito pelo dano sofrido*, tendo sido mitigada da sistemática civil

28 O critério de valoração da determinação da responsabilidade é a sua *função social*, baseada na eficácia das normas que tratam da reparação de danos e no resultado social e econômico das reparações às vítimas. A referida função social conforma os atos e as atividades de qualquer natureza aos ditames da cidadania e da justiça socioambiental, a evitar o abuso de direito. (BARROSO, Lucas Abreu. Ob. cit., p. 132-134.)

29 REPRESAS, Felix; MESA, Marcelo J. Lopez. Ob. cit., t. 1, p. 59.

30 *Ibidem*, p. 21, 25, 30-35, 57, 90-113.

a relevância da participação do responsável,³¹ porque se valoriza a causação jurídica — vínculo de direito com o dano, com o evento danoso e/ou com o prejudicado,³² sendo esta causalidade determinada ou indeterminada.³³

Defende-se, assim, a estruturação de um direito de danos que resulte efetivo diante da quantidade e da variedade de danos produzidos pelo atual modelo social, sempre operando com a solução justa do caso concreto.³⁴ A obrigação de reparar se ampara na justiça social, na solidariedade e na igualdade material, com fulcro na prevenção e na precaução, sem olvidar a intensificação da função demarcatória do direito de danos.³⁵

A maior parcela da doutrina, da jurisprudência e da legislação pátrias, no entanto, ainda não compreendeu a alteração do paradigma da responsabilidade civil para o do direito de danos. Saliente-se que não existe qualquer razão para o direito brasileiro não ultrapassar esta fronteira epistemológica, como ocorreu em diversos países com realidades sociais bastante parecidas com a nossa.

O entendimento da própria Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida — ABST restringe a reparação do art. 1º da Lei 12.190/2010 às vítimas reconhecidas pela União por meio do Instituto Nacional de Seguridade Social — INSS, em consideração, talvez, a uma interpretação harmoniosa entre as Leis 12.190/2010 e 7.070/1982.³⁶

Entendemos, porém, que qualquer vítima dos efeitos diretos e/ou indiretos do uso do medicamento merece completa reparação pelos danos materiais e extramateriais sofridos (Constituição, art. 5º, V e X), sobretudo quando atingidos os direitos da personalidade, encartados constitucionalmente na cláusula geral de proteção à pessoa humana posta no art. 1º, III.³⁷

31 *Ibidem*, t. 1, p. 58.

32 HERKENHOFF, Henrique Geraquino. Responsabilidade pressuposta. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: estudos em homenagem à professora Giselda Hirónaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 417.

33 Vide DONNINI, Rogério Ferraz. Ob. cit., p. 483-503.

34 Vide NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.

35 Sobre as funções do direito de danos: REPRESAS, Felix; MESA, Marcelo J. Lopez. Ob. cit., t. 1, p. 60-66.

36 Vide <http://www.talidomida.org.br/que.asp>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

37 Nesse sentido, o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: "Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil,

Isso porque a saúde está situada no cerne dos direitos da personalidade, cuja sustentação moral é a inviolabilidade da pessoa humana, podendo ser invocados contra o Estado e contra os particulares nos casos em que se lhes acarrete danos potenciais ou efetivos. Compreende-se a pessoa humana como valor e sua personalidade como atributo ético. Dessa forma, a moldura dos direitos subjetivos é inadequada e insuficiente para abarcar todas as nuances dos direitos da personalidade, que se caracterizam como direitos fundamentais (liberdade de existência e de desenvolvimento da pessoa humana),³⁸ essenciais (tutela do mínimo existencial patrimonial), absolutos (obrigação universal de não lesão), gerais, extramatereiais, indisponíveis, imprescritíveis (inclusive o seu aspecto econômico), intransmissíveis e irrenunciáveis.³⁹

Cabe esclarecer que embora o art. 1º da Lei 12.190/2010 trate do dano moral, a rigor a categoria jurídica mais acertada seria a dos danos extramatereiais, haja vista o uso da talidomida atingir os direitos da personalidade das vítimas de maneira direta e/ou indireta. Como dito, os direitos da personalidade remontam à essência do próprio ser humano, que resta prejudicado em sua qualidade de vida, em todos ou em alguns de seus muitos aspectos, em decorrência do dano sofrido (vida, integridade psicofísica etc.).⁴⁰

A lei em comento deveria, pois, tutelar a todos aqueles que sofreram os efeitos diretos e/ou indiretos do uso da talidomida, já que os interesses protegidos podem ser individuais, individuais homogêneos, coletivos ou difusos (Código de Defesa do Consumidor, art. 81) em

são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação".

38 FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no código civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: estudos em homenagem à professora Giselda Hirónaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 626.

39 GEDIEL, José Antônio Peres; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Dos códigos às constituições: os direitos fundamentais da personalidade. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). *Direito privado e constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Jurua, 2009. p. 62- 67 e 83.

40 Utiliza-se o termo dano extramatereial para englobar os danos à honra, à imagem, à privacidade, à intimidade, ao nome, à estética, à sexualidade e à saúde, bem como o dano existencial, o dano psíquico, o dano moral direto e o dano moral indireto, segundo FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Ob. cit., p. 194-208.

relação aos danos potenciais e/ou efetivos gerados por medicamento que foi produzido e comercializado pela indústria farmacêutica sob fiscalização do Estado.

Nessa linha de raciocínio, a reparação ocorrerá pelos efeitos do dano e pela natureza do interesse ofendido,⁴¹ visto que tem por finalidade reparar as vítimas e os terceiros atingidos pelo dano. De uma lesão a determinado direito podem advir danos materiais, extramatereiais e sociais,⁴² o que confere maior amplitude reparatória aos lesados pelos efeitos diretos e/ou indiretos do uso da talidomida.

Como se sabe, não existem critérios legais ou jurisprudenciais pré-fixados para a atribuição do *quantum debeat* relativo ao dano extramatereial, devendo o magistrado considerar: a) a individualização do fato; b) os atributos existenciais envolvidos; c) a gravidade dos danos reparáveis; d) a repercussão social do caso; e) a existência de contumácia do lesante.⁴³ É necessário, pois, perquirir sempre a extensão do dano no caso analisado (Código Civil, art. 944).

O uso da talidomida pode causar, além de deficiência física, danos psíquicos, uma vez que dificilmente um problema físico, estrutural ou orgânico deixará de influenciar diretamente no aspecto psicológico do ser humano, atrapalhando ou inviabilizando muitos de seus projetos de vida, seu desempenho profissional etc., inscrevendo-se os danos psíquicos no plano psicopatológico derivado de um fato danoso.⁴⁴

Qualquer pessoa (pais, parentes, empregados, educadores etc.) que altere o seu modo de viver para cuidar das vítimas da talidomida também pode requerer do Estado e dos

41 Vide MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

42 Vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 5, v. 19, p. 211-218, 2004.

43 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 332.

44 "Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho; supuesto de que no tiene en cuenta parcializar la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico" (Jorge Mosset Iturraspe apud REPRESAS, Félix; MESA, Marcelo J. Lopez. Ob. cit., t. 1, p. 71-72). Ainda sobre o tema, ler: GHERSI, Carlos Alberto. *Dano moral y psicológico*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2006; TKACZUK, Josefa. *Dano psíquico*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2001; DARAY, Hernán. *Dano psicológico*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000; GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; SANTOS, José Américo dos. *Dano psíquico*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998; ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral: puro ou psíquico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

laboratórios a devida reparação por dano material e/ou extramaterial. A medicação era nociva à saúde, tendo sido informado pelos laboratórios que era atóxica, o que possibilitou sua venda inclusive sem prescrição médica — com a respectiva autorização do Estado.

Isso enseja a responsabilização solidária (Código Civil, art. 942, parágrafo único, e Código de Defesa do Consumidor, art. 12)⁴⁵ do Estado e dos laboratórios pelos mencionados danos. Essa reparação não será com base estritamente na Lei 12.190/2010, mas igualmente pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, IV e VI, e 12), pelo Código Civil (art. 927) e pela Constituição (arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, V e X).⁴⁶

Resalte-se, contudo, que o art. 4º da Lei 12.190/2010 preceitua que “as despesas decorrentes do disposto nesta Lei correrão à conta de dotações próprias do orçamento da União”, a afastar a citada responsabilidade solidária, o que constitui um enorme equívoco, pois assume para si o Estado a total responsabilidade pelos danos decorrentes do uso da talidomida, quando se sabe que os laboratórios fabricantes do remédio contribuíram decisivamente para a consecução dos resultados danosos, porquanto em uma busca cada vez mais recrudescente pelo lucro.⁴⁷

Ainda no art. 4º da Lei 12.190/2010 vemos que este privilegia o princípio da duração razoável do processo (Constituição, art. 5º, LXXVIII), ao procurar evitar discussões judiciais acerca da questão. Basta um pedido administrativo, fundamentado e comprovado, para que a vítima receba a reparação de que trata o art. 1º deste mesmo diploma normativo. Parece oportuno destacar que tais formas de reparação não são devidas em decorrência de atividade laboral na área de saúde, p. ex., médicos e enfermeiros.

O Brasil poderia ter adotado a mesma postura dos Estados Unidos que, diante dos riscos dos efeitos da talidomida, impediram a sua comercialização,⁴⁸ validando a precaução e a

45 STJ — RESP 60.129/SP. 3º T. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ de 16/11/2004. Este acórdão trata somente da pensão previdenciária, embora o entendimento seja extensível aos danos extramateriais abarcados pela Lei 12.190/2010.

46 Restringindo a reparação por danos psíquicos aos pais: SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 68.

47 Vide ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008; Na perspectiva direito e literatura torna-se obrigatória uma reflexão sobre o tema a partir da obra de CARRÉ, John Le. *O jardineiro fiel*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

48 Vide <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/182/2010/01/15/brazil,166638/VTIMAS+DO+REM+EDIO+TALIDOMIDA+TERAO+INDENIZACAO.shtml>. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

prevenção, os direitos fundamentais e o princípio da economicidade, pois o Estado e os laboratórios não irão agora reparar por danos resultantes da talidomida, promovendo, consequentemente, a dignidade da pessoa humana e a eficiência da Administração, em homenagem à primazia da proteção da vítima e à solidariedade social.⁴⁹

Toma-se, portanto, indubitável a responsabilidade solidária do Estado e dos laboratórios pela reparação dos danos cometidos às vítimas diretas e/ou indiretas da Síndrome da Talidomida, devendo ser reconstruído administrativo ou judicialmente o conteúdo do art. 4º da Lei 12.190/2010. O ente estatal (ao autorizar) e os laboratórios (ao comercializarem) concorreram para o risco de dano ao permitir que medicamento sem a devida pesquisa e informação acerca de seus efeitos colaterais fosse livremente utilizado.⁵⁰

Tudo isso sem adentrar na reparação que também entendemos cabível aos consumidores pelo risco potencial que lhes foi causado pela exposição ao medicamento, hipótese em que a prestação reparatória seria revertida para fundos de pesquisa e tratamento da Síndrome da Talidomida e outras afetações à saúde pública.

Outra tendência rumo ao direito de danos se extrai do art. 1º da Lei 12.190/2010, ao não demarcar lapso temporal para a reparação e ao não limitar o montante reparatório, fixando somente um piso de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), “multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física”.

Cumprе destacar que a falta de previsão de lapso temporal para que a vítima pleiteie a reparação consagra a ideia de que os danos extramateriais são imprescritíveis, por atingirem de forma iniqua os direitos da personalidade da vítima.⁵¹ A imprescritibilidade quanto aos direitos da personalidade é pacífica e se estende ao aspecto econômico dessa lesão (a reparação),⁵² como acontece nos casos daqueles que sofreram perseguição política.⁵³

49 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p. 14.

50 Vide ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. O princípio da informação à luz do código civil e do código de defesa do consumidor. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

51 MORAES, Maria Ceilina Bodin de. Ob. cit., p. 157.

52 Vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 2, v. 6, p. 79-97, 2001.

53 STJ — RESP 841.410/RJ. 2º T. Rel. Min. Mauro Campbell. DJ-e de 07/04/2009.

Esse entendimento em torno da imprescritibilidade vai de encontro a recente acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mantenedor da sentença que considerou prescrita a pretensão reparatória de danos morais e materiais de uma vítima do uso da talidomida, consumida por sua mãe durante a gestação e causadora de graves deformidades físicas, além de problemas cardíacos e de visão ao autor da demanda. Serviu-se, equivocadamente, como fundamento da decisão da prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/1932, olvidando-se da imprescritibilidade dos direitos da personalidade e de seus efeitos econômicos.⁵⁴

Diferentemente acontece com o "direito a pensão vitalícia às vítimas da síndrome da talidomida, previsto na Lei 7.070/82, [que] deve ser considerado como prestação de trato sucessivo, com incidência da prescrição quinquenal apenas em relação às prestações anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação (Decreto 20.910/32)", como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁵ Trata-se de pensão previdenciária atinente a garantir uma renda para o segurado e para sua família, a demonstrar a natureza material do dano sofrido pela vítima.

A Lei 12.190/2010, apesar de algumas insuficiências, valoriza o caso concreto e a sua reparação, voltada que está para a cidadania material, em razão da concretização da justiça social. A citada legislação ameniza o meio de prova (basta provar que utilizou a talidomida), fomenta a causalidade jurídica (vínculo do dano com a vítima) e a técnica de presunção de causalidade (desnecessidade de se comprovar quem fabricou, autorizou, comercializou ou prescreveu a medicação).

O momento atual, portanto, é de máxima reparação, de primazia do interesse do lesado e de garantia do direito das pessoas não mais serem vítimas de danos, em prestígio aos princípios da prevenção e da precaução,⁵⁶ relativizando-se o nexo de causalidade na proteção do ofendido — dano potencial, presente no art. 1º da Lei 12.190/2010.⁵⁷ Vigora uma pressuposição do dever de reparar o dano por aqueles que o causaram, no presente caso o

54 TRF 2ª Região — APC2004.51.10.000189-3/RJ. Relª. Juíza Convocada Maria Alice Paim Lyard. DJU de 23/04/2009.

55 STJ — Resp 443.869/RS. 1ª T. Relª. Min.ª Denise Arruda. DJ de 24/04/2006.

56 Vide LEWICKI, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

57 HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 2.

Estado e os laboratórios. Fica mitigada a responsabilidade concorrente da mãe pelo uso do medicamento, pelo fato de ela não deter informações necessárias, suficientes e precisas quando utilizou o fármaco, afastando-se também qualquer responsabilidade pela gravidez atribuível à genitora.⁵⁸ O Estado e os laboratórios é que arcarão solidariamente pela eventual reparação da vítima pelo "direito de não nascer".⁵⁹

O direito brasileiro infelizmente ainda recepiona a tese de que se exclui a responsabilidade do agente por risco do desenvolvimento do bem e/ou serviço em razão da impossibilidade de se aferir os efeitos deletérios dos mencionados objetos ao tempo de sua pesquisa e inserção no mercado de consumo.⁶⁰ Ressalte-se, porém, que à vítima era impossível prever os efeitos do medicamento, tendo ela confiado na qualidade do fármaco. Dessa forma, a responsabilização dos laboratórios pelo risco do desenvolvimento avança ao encontro das premissas aludidas para o direito de danos, porque a vítima não pode arcar sozinha com riscos aos quais é exposta diuturnamente, pois quem deve suportá-los são aqueles que inseriram e/ou autorizaram o bem e/ou serviço no mercado de consumo. Esse entendimento não inviabiliza o desenvolvimento tecnológico das atividades econômicas, mas confere uma maior responsabilidade para quem as exerce, visto que entendimento contrário feriria o sentido de justo e equânime, que visa sempre preservar o direito da vítima que não concorreu para a ocorrência do dano.⁶¹

Além disso, a Síndrome da Talidomida é um exemplo de dano social, "[...] lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral — principalmente a respeito da segurança — quanto por diminuição na qualidade de vida", consoante

58 Vide BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

59 Vide SILVA, Rafael Peteffi da. Novos direitos, reparação dos pais pelo nascimento de filhos indesejados e a tutela do direito de não nascer: um diálogo com ordenamento francês. In: SILVA, Reinaldo Pereira; SILVA, Rafael Peteffi da (Orgs.). *Novos direitos: conquistas e desafios*. Curitiba: Jurua, 2008. v. 1.

60 Vide CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelo risco do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 187-190.

61 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINNI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 185 e 189.

descrito por Antônio Junqueira de Azevedo.⁶² A autorização para comercialização e uso da talidomida gerou riscos à saúde da prole futura de todos os potenciais consumidores em várias partes do mundo, e causou danos genéticos e psicofísicos aos filhos das gestantes que efetivamente a consumiram e danos materiais e extramateriais a esses e aos terceiros que dedicaram suas vidas para cuidar deles, pois violar a saúde humana é um dos comportamentos socialmente mais reprováveis.

Por fim, ficou demonstrada a urgência dos intérpretes em transitar para o direito de danos, que melhor ampara as vítimas, porque o tradicional instituto da responsabilidade civil, apoiado nos critérios subjetivo e objetivo de valoração da responsabilidade, acabou por contribuir para uma contínua não reparação das vítimas dos múltiplos danos sofridos pela pessoa humana no contexto da sociedade contemporânea.

LUCAS ABREU BARROSO

Doutor em direito pela PUC-SP. Mestre em direito pela Universidade Federal de Goiás. Autor/coordenador de diversos livros e revistas na área do direito. Autor de vários artigos jurídicos publicados em revistas nacionais e estrangeiras. Professor universitário, de pós-graduação *latu sensu* e em cursos preparatórios para as carreiras jurídicas.

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

Doutorando em direito na Universidade Federal do Paraná. Mestre em direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Especialista em direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor universitário e de pós-graduação *latu sensu*. Associado do Caputo, Bastos e Fruct Advogados.

La viabilidad de extensión de los supuestos de responsabilidad por omisión: estudio comparado y nuevas tendencias - *María Rita Braga de Siqueira*, 117

EXPERIÊNCIA
ESTRANGEIRA

62. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ob. cit., p. 216.

Revista OABRJ

Publicação semestral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio de Janeiro

Política Editorial

Na perspectiva de ampliar o diálogo entre os intérpretes do Direito, em suas múltiplas dimensões, a *Revista OABRJ* é editada pela Seccional do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objetivo disseminar a produção qualificada e competente da advocacia nacional, consoante avaliação qualitativa realizada de modo independente por seu Conselho Editorial. De periodicidade semestral, tem sua estrutura composta por seções diversas, nas quais serão publicados artigos científicos, doutrina jurídica, análise da jurisprudência, pareceres, petições e outros trabalhos destacados realizados na prática da advocacia, além de notícias da área. A Memória da Advocacia também será prestigiada, com o resgate da trajetória de vida e profissão de profissional destacado. As opiniões emitidas são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores, não expressando necessariamente a opinião da Diretoria da OABRJ.

Diretoria Estatutária

Presidente

Wadih Nemer Damous Filho

Vice-Presidente

Lauro Mario Perdigão Schuch

Secretário-Geral

Marcos Luiz Oliveira de Souza

Secretário-Geral Adjunto

Marcelo Feijó Chaltreó

Tesoureiro

Sérgio Eduardo Fisher

Conselho Consultivo do Centro de Documentação e Pesquisa

Alexandre Barenco Ribeiro

Gabriela Muniz Pinto

Joselice Aleluia Cerqueira de Jesus

Ricardo-César Pereira Lira

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

R 454 Revista OAB/RJ – n. 1, v. 24 (2008).

Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil/ Rio de Janeiro, 2008.

v. 1, n. 24.

Título anterior v. 1 (1975) - v. 23 (1986)

Semestral.

ISSN: 1984-2627.

1. Advocacia 2. Direito – Periódicos 1 – Centro de Documentação e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil – Rio de Janeiro.

CDD - 340.05

CDU - 34(05)

Revista OABRJ

Av. Marechal Câmara, 150 - Rio de Janeiro - RJ - CEP 20020-080

Telefone (21) 2272.2001

Luís Roberto Barroso é Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Livre-Docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Diretor-Geral da *Revista de Direito do Estado*.

O futuro do Direito e o direito ao futuro *

Luiz Edson Fachin

Permitam-me narrar-lhes o seguinte.

Imaginemos que a dois transeuntes reflexivos tenham sido, no dia 1º de janeiro deste ano que principia, dirigidas as seguintes questões: *como será o direito no futuro que se avizinha e como se realizará o direito de todas as gentes a um futuro digno e justo?*

Após um longo silêncio eloquente, o primeiro deles pediu para responder e apresentou a seguinte reflexão que me permito sintetizar.

Foram suas palavras, iniciando por dizer: não é possível pensar no futuro, olvidando-se do presente e apagando o passado. O ser humano, individual e coletivamente, se faz na história de seus caminhos e na vida em sociedade à luz dos valores que elege, por ação ou omissão, para viver e conviver.

* Este texto retoma, com ajustes, mudanças e acréscimo, a exposição feita no VII Encontro Cainã, realizado em Portugal de 21 a 23 de janeiro de 2008, e utiliza, como título (e com a devida autorização do Professor António José Avelãs Nunes, coordenador do evento e Vice-Reitor da Universidade de Coimbra), a denominação dada ao evento.

E prosseguiu:

Um dos tempos verbais que explicitam os impasses no desassossego¹ inspirador de versos e paradoxos é o futuro do pretérito, e nele se expressam hipóteses aporéticas de incerteza². O indicativo do que *seria* o Brasil contemporâneo no Legislativo, no Judiciário e no Executivo, pode caminhar por aí, pelo porvir que reflete, como pesado, sonhos de outra.

Não se trata tão-só de haurir dos fatos e da história o *direito que foi tomado pelo avesso*, e sim, ao início de novo milênio, de também refletir sobre a construção do discurso jurídico a partir da terra brasileira, fornecendo alguns elementos de compreensão do presente e de prospecção ao futuro do Direito e ao Direito que se terá como ventura e fado.

Ambos os respondentes se sentaram, ao lado do arguidor, eis que a *prosa* se evidenciava, desde logo, caminhar longe. E o primeiro respondente, sisudo e tez fechada, continuou:

Algumas premissas informam esse caminho. De um lado, debater o pretérito dos direitos civis que se projetaram em parcela saliente da jurisprudência como direitos constitucionalizados (à vida, à saúde, à proteção dos riscos e assim por diante) corresponde ao reconhecimento de um *telos* que não se esgota na dogmática jurídica; de outra parte, expor a trajetória do Direito e da Justiça impõe hoje dialogar com o cenário mundial contemporâneo, plural e complexo.

A desinência que indica o futuro do pretérito espelharia, outrossim, uma colossal clivagem nesse contexto entre a realidade e a respectiva análise de possibilidades. Esse *espaço de intermediação analítica* é mesmo ocupado, dentre outros fenômenos, pelo discurso jurídico (quer doutrinário, quer normativo), pelos *corpos intermediários* e por um feixe de interesses e de poder que tem mantido o Brasil sob permanentemente *estado social de exceção*.

É desse *futuro do pretérito*, enfatizou o primeiro respondente, que passo a me ocupar, animando-se, ainda mais, com a pergunta, embora a resposta viesse carregada do sentimento inverso.

¹ Fernando Pessoa fornece o mote da aporia que permeia o presente ensaio, pois "inventou o *Livro do Desassossego*, que nunca existiu, propriamente falando, e que nunca poderá existir" (Pessoa, 1999, p. 13).

² Sobre o tema, ver Costa (2003).

Tratar do direito e do futuro tomando a alavanca exemplificativa aqui apreendida para fins metodológicos de exposição do fio condutor que nela se contém, mas ali não principia nem por aí se completa, passa, preambularmente, por um reconhecimento histórico, pela retomada de dados e informações, bem como por questionamentos. Daí perguntou retoricamente a si mesmo: a codificação civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais teriam levado a efeito mudança de fundo na estrutura social, econômica e cultural brasileira?

A rigor, não teriam desenvolvido uma espécie de "teologia" legítima-dora do discurso jurídico, exposto nos depósitos da barbárie, que não são meros avatares de uma história dissimulada? Prometeram, enfim, dignidade à vida humana, obediência à boa-fé, à lealdade, à função social do contrato, à supremacia do interesse público, ao funcionamento regular dos poderes constituídos, com quais meios, recursos e instrumentos?

E sem espaço no discurso, na voz e na respiração, continuou:

O intento de alterar as condições materiais da vida social por meio do discurso jurídico normativo não é novo, apresentando-se, nesse cenário, o discurso jurídico como imagem especular invertida.

Como se vê, as relações de poder se instalam a partir da sociedade no âmbito do Estado, para fazerem, por meio das políticas públicas e do discurso jurídico, uma espécie de nova "teologia", fenômeno histórico e social já observado na apropriação de significados, como se fez com a *Magna Charta Libertum*, de 1215, outorgada na Inglaterra em favor do baronato, súditos do denominado Rei João Sem-Terra.

Trata-se do mesmo patamar que representaram as cartas de franquia, as sesmarias e os forais no legado português e espanhol na terra brasileira.

Na ausência de práxis que representasse ruptura de modelos, como fruto da *estrutura da consciência* (como escreve o Habermas do materialismo histórico³), há, por assim dizer, o renascimento do revide cínico dado por Platão ao perguntar se era *deus* ou *um homem* o autor das leis, cuja resposta teocêntrica revela o lugar legitimador que tem ocupado o discurso jurídico no Brasil. Gerou-se, assim, o cativo perfeito do passado, arrematou o primeiro respondente.

³ Habermas (1990, p. 206).

Fez-se, nesse momento, um silêncio entre o outro arguido, que, pensativo, ouvia, e o argüente que de tudo tomava nota, oportunisticamente pensando em utilizar tais argumentos em futura palestra.

Não se fez de rogado, nada obstante, o primeiro respondente, que, retomando o fôlego da crítica, continuou:

Produto de conflitos endógenos na formação nacional, o Brasil se afeiçoou, assim, à *história lenta do atraso*, surpreendendo até mesmo a *golden rule* do liberalismo. Interesses e poderes se uniram para compor, de geração em geração, uma *hierarquia axiológica intersubjetiva* que arrosta até mesmo as análises que têm perspectiva liberal e se fundam em autores contemporâneos como John Rawls e Ronald Dworkin.

Nas perdas e danos, e para ficar no período que vai até a metade do século XX, o balanço resta por argüir sobre o futuro de um Estado que não hegou, substancial e efetivamente, sequer às promessas da Constituição mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar.

E após breve pausa, ele sentenciou: mantém-se, pois, a exclusão social, pobreza e as desigualdades.

Quando o segundo arguido quis iniciar sua resposta às intrincadas e complexas questões sobre o futuro do Direito e o direito ao futuro, o primeiro respondente continuou, dizendo:

O tempo presente não arrostrou esses desafios.

Se o presente tem essa coloração que parece mofo imemorial, uma legítima irresignação interroga em outro campo as promessas de então.

E, como olhando para um lugar inatingível ao longe, perguntou, quicá si mesmo: seria outro o Brasil caso já houvesse enfrentado os *maldes que nos tigem*?

Nesse momento, o segundo respondente, já exausto do mutismo a que era tacitamente compelido, tomou a palavra e replicou:

Podemos ver essa realidade por outro prisma.

E assim sintetizou sua resposta e manifestação:

A Constituição Federal vigente propicia conferir ao Direito Civil patrio a superação do estatuto jurídico das coisas, bens e direitos, beneplacendo a “despatrimonialização” e a “repersonalização”. Dessa saudável crise resultou a renovação do sistema clássico de apropriação de bens. Deu-se, assim, ravesia na jurisprudência do Código Civil de 1916 à Constituição de 1988, zangando até mesmo, no âmbito do novo Código Civil brasileiro, a função

social da propriedade e do contrato, ao controle das atuações públicas e privadas.

Contém o ordenamento regras constitucionais sobre o cumprimento integral da função da propriedade e mecanismos de desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária, para valorizar o trabalho, a empresa e a livre iniciativa.

Vivemos uma democracia política, com liberdade e responsabilidade.

Tem o País um Poder Judiciário claramente estruturado, com sofisticada divisão formal de competências: duas justiças comuns (federal e estadual) e três justiças especiais (trabalhista, eleitoral e militar). São 91 (noventa e um) tribunais no território nacional.

No topo da estrutura, está o Supremo Tribunal Federal, tendo em seguida o Superior Tribunal de Justiça e mais três tribunais superiores: trabalhista, militar e eleitoral. Há cinco tribunais regionais federais, 27 tribunais de justiça, e funciona, em Brasília, o novel Conselho Nacional de Justiça.

Tem o Brasil⁴ aproximadamente 15 mil juízes, sendo a média 5,3 juízes por 100 mil habitantes. Em cada estado da Federação há, em média, 390 juízes na Justiça Estadual e 263 juízes na estrutura da Justiça Federal de primeiro grau.

E o segundo respondente, como tinha algumas anotações consigo, passou a destacar alguns dados:

Anualmente, em média, cada juiz estadual decide 1.400 processos, e cada juiz federal, 700 processos.

Ao seu turno, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 2007, 81.332 processos; de 2000 a 2007, o STF recebeu 818.744 e julgou 783.800. Já o Superior Tribunal de Justiça, em 2007, julgou 131.023; de 2000 a 2007, o STJ recebeu 1.537.277 processos e julgou 1.647.859.

Tal síntese, acrescentou, revela altos índices de *produtividade*, com recursos de automação cada vez mais elevados. Segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros e de acordo com relatório do Banco Mundial,

4

Fonte: *O Judiciário Brasileiro em Perspectiva*: análise da Associação dos Magistrados Brasileiros baseada em relatórios do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e do Banco Mundial. Publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMMB), sob a coordenação de Rodrigo Formiga Sabino de Freitas. Brasília, DF, 2007.

a média de ações ajuizadas no Brasil é alta para a América Latina, e a carga de trabalho apreciada por alguns tribunais está acima das médias internacionais. Os níveis de produtividade são significativamente altos, e uma possível explicação reside na aplicação criativa da automação.⁵

Sem embargo de alguns pontos de estrangulamento e de relevantes questões locais e regionais, a estrutura nacional do funcionamento formal da magistratura não poderia ser, por si só, apontada como empecilho para atuação eficaz nos feitos relativos ao interesse público e social.

E tem mais, aduziu o segundo respondente, impugnando o realismo crítico do primeiro:

Tomemos o julgamento do Recurso Extraordinário n° 466.343 como exemplo. Embora o julgamento desse recurso extraordinário esteja ainda pendente de conclusão, tal feito revela a renovação constante do Poder Judiciário brasileiro, valendo como exemplo do muito que tem sido feito a partir de 1988, mirando-se para o futuro. Esse processo promoveu uma mudança no entendimento do STF.

O tema, como se sabe, foi a prisão civil em caso de alienação fiduciária, e conformou-se uma nova maioria no STF, que considera que os tratados internacionais de direitos humanos encontram-se acima da legislação interna, ainda que abaixo da Constituição. Mudou o STF. Na sessão já levada a efeito, colhem-se as palavras do Ministro Gilmar Mendes:

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o Art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n° 911/1969, assim como em relação ao Art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002).

Ademais, não é possível esquecer do compromisso que todos (como cidadãos, individual e coletivamente) assumimos, a partir de 1988, para tornar a Carta Magna da jovem nação brasileira redemocratizada algo mais que a

⁵ Ibid.

Constituição de papel como Ferdinand Lassale desenhara nos idos do século XIX. Setores inteiros da sociedade civil foram chamados a participar ativamente do projeto da Constituição da República, num esforço bastante considerável num país com proporções continentais como o nosso.

Temas relevantes foram colocados na pauta legislativa, como a seguridade social, de elevada envergadura no combate às disparidades sociais, e a reforma tributária, que transferiu mais recursos aos estados e municípios. Ulysses Guimarães, no inolvidável discurso proferido na tribuna, cunhou e não por acaso, então, a expressão “Constituição Cidadã”, para fazer alusão à Constituição de 1988.

Para o Direito Privado, a “publicização” que já dimanava desde o pós-II Guerra Mundial, a Constituição-cidadã salientava-o de maneira dramática, afetando frontalmente os pilares das Codificações Otocentistas Privadas, fazendo com que o Código Civil perdesse a centralidade de outrora para o texto constitucional.⁶

As fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado ficam cada vez menos claras, de difícil precisão, pois se emaranham sobremaneira⁷, como registra a melhor doutrina:

Dai a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado.⁸

Paulatinamente, o texto maior passou a ser incorporado na práxis jurídica, notadamente na seara privada. O influxo constitucional é tão acentuado que, ao se tratar das implicações da Carta no Direito Privado, em especial no Direito Civil, restou cunhada a consagrada expressão “Constitucionalização

⁶ Perlingieri (1999, p. 6).

⁷ Exemplo saliente é o teor do parágrafo único do Art. 2.035 do novo Código Civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

⁸ Tepedino (2004, p. 19).

do Direito Civil"⁹, que demonstra justamente a força que a Carta constitucional emprestou a distintos institutos tipicamente de Direito Privado.

Consolidada a Carta Política, partes inretras do Direito Privado são nela petrificadas, instituindo novo arcabouço num plano, agora, hierarquicamente superior na normatividade nacional. Diversas leis – *lato sensu* – vieram a ser declaradas inconstitucionais e, por outro sentido, tantas outras são abraçadas pela nova Lei Maior. Efervescem, assim, trabalhos acerca daquilo que a nova Constituição tornou constitucional, com produção técnico-jurídica copiosa, superabundante.

O contrato, a propriedade, a família, a função social, a boa-fé, a ordem econômica, os direitos civis individuais, todos eles passam agora pelo crivo constitucional. Ademais, o princípio da interpretação conforme a Constituição¹⁰ – segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com o comando constitucional – passou a ser amplamente adotado pela jurisprudência.

Nesse momento, o argüente, que tinha dificuldade para acompanhar o ritmo das reflexões em suas anotações, interrompeu-o, indagando: afinal, fiz uma singela pergunta, mas quem são os senhores?

E justificou a pergunta dizendo: não se pode deixar de reconhecer que todo aquele que pergunta insere implicitamente nas suas questões os seus próprios limites (ao perguntar, é a si mesmo que indaga!) e todos aqueles que respondem (emitem *legal opinio*, pareceres, decisões, acórdãos e assim por diante) se posicionam no que dizem (dizendo de si mesmos ao afirmarem o que intentam dizer, dizendo-o ou omitindo-o, neste caso expressando-se pela omissão, pela *fala muda*), até porque, como se sabe a partir de Gadamer, *texto e contexto interagem no conjunto das possibilidades do círculo hermenêutico*.¹¹

E acrescentou o perguntador:

Saberiam os senhores nos informar o que resultou das construções teóricas da eferividade constitucional e dos direitos humanos e fundamentais,

9

Para análise mais profunda sobre o tema, vide o artigo que transcreve a aula inaugural proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 12 de março de 1992, intitulada "Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", do Prof. Gustavo Tepedino (ibid., p. 1-22).

¹⁰ Hesse (1998, p. 70).

¹¹ Construções teóricas de Gadamer (1997).

especialmente com a adoção teórica das políticas de inclusão, da não-discriminação, da igualdade substancial e assim por diante? Teria sido apenas um "endemic challenge"¹² para a democracia liberal?

Se, do ponto de vista hegeliano, a história é a realização da idéia de liberdade, teria o Brasil abraçado a concepção nietzschianiana de que a humanidade dirige-se para seu próprio fim?

A ponte que une esse salto pode ter explicação, aduziu o argüente, agora se transformando, também, em falante. É que, de algum modo, no Direito Civil Moderno, associa-se à liberdade a propriedade. E assim se faz a partir, ao menos, de John Locke, sem desconsiderar-se, por certo, o *poder le plus absolu* dado à titularidade pelo artigo 544 do Código napoleônico.

Eis aí uma singela revelação da função das codificações civis nos séculos XIX e XX, presas a uma racionalidade universalizadora, com a pretensão de construir tanto um sistema jurídico quanto um modo de pensar juridicamente a partir da segurança e da completude, servindo a sujeitos abstratamente iguais e livres formalmente. Dá-se ali ao sujeito formal uma espécie de soberania individual, um espaço de auto-regulamento de interesses, blindados da coerção estatal.

Refletir sobre o Brasil que se formou como o País que é ou que poderia ser também compreende problematizar o modo de pensar a racionalidade que informou e conforma a formulação doutrinária e a estrutura do pensamento brasileiro.

Intentou-se, sem dúvida, promover divórcio entre o legado reprodutor da adaptação e a contemporaneidade.

O *status quo* histórico resultante desse repto enfrentou a funcionalização dos institutos de base: a propriedade, o contrato¹³ e a família. No que concerne à propriedade, especialmente, os textos constitucionais chamaram para si, no século passado, a imposição de funções ao exercício da liberdade proprietária, buscando superar o Direito Civil Moderno, de matriz liberal, espelhado nas codificações otocentistas. À liberdade negativa dos sujeitos seguiu-se a função promocional do Estado.

¹² Como escreveu Gutman (1994, p. 2).

¹³ Inserem-se a boa-fé e seus desdobramentos, *exempli gratia*, bem como (ao reverso) a crítica à máxima da eficiência na análise econômica do contrato com todo o arsenal do desenvolvimento sobre o cumprimento eficiente.

Nesse momento, olhando para ambos os respondentes, tornou a perguntar: restou, porém, inacabada a ponte que uniria as margens entre o País das diferenças e a Nação preñe de desigualdades¹⁴?

Foi então que o primeiro respondente retomou a palavra, no mesmo tom preambular, afirmando: a rigor, o que se denota, materialmente, no País do presente, é um incremento de necessidades, especialmente vinculadas à desconcentração de terra e de renda. O Direito e seus discursos, bem como sua teoria, ainda que crítica, têm trabalhado com universais, como se os conceitos fossem entes acima da história aptos a produzir, por si só, sua própria realidade.

Um feixe de poderes econômicos, sociais e históricos onipresentes tem gerado a permanência do passado, limitando possibilidades e adestrando definições e ensinamentos. Entre o Brasil real e o discurso jurídico criou-se, por assim dizer, um *terceiro setor argumentativo*, recheado de cultos, intermediações quase sacerdotais, *mitos-conceitos*, um *corpo intermediário* entre o ser e a terra.

O “ser-no-mundo” de Heidegger¹⁵ se fez aí sob um paradoxo: de um lado, a construção teórica da quinta dimensão dos direitos humanos e fundamentais, pertinente ao desenvolvimento social, incluindo-se terra e moradia, como escreveu Zagrebelsky¹⁶; de outro, a legião dos *novos apátridas*, não apenas *displaced persons*, mas também aqueles que não têm o fundamental da vida digna, aqui ou acolá, *homeless, roofless, houseless*, ou SDF, *sans domicile fixe: sans abri, la rue t'appartient*.

Quicá por essa razão que se diferenciou¹⁷ *les droits de l'homme* e *les droits du citoyen*, para atacar duramente o *egoísmo do homem* e a *arbitrariedade*. Daí por que ver no futuro do pretérito alguma *pós-modernidade*, com certa *fusão de horizontes*¹⁸, corresponde a ver demais diante de séculos de exclusão, nos quais a regra se tornou *estado de exceção*¹⁹ *permanente*.

¹⁴ O texto trata de uma aporia, daí por que assume paradoxos e reconhece, no tema, complexa teia de poder político nacional, regional e local.

¹⁵ Heidegger (1997, p. 236).

¹⁶ Zagrebelsky (1999).

¹⁷ Marx (2005, p. 32).

¹⁸ Expressão de Gadamer (1997, p. 289-290).

¹⁹ Agamben (2002).

E como que revelando sua identidade, o primeiro respondente arrematou: Eis o desafio de ensinar, no Direito Civil dos cursos jurídicos no Brasil, a estrutura da tipicidade dos Direitos Reais, *jura in re propria* ou *jura in re alieno*, bem como no Direito Constitucional da função social da propriedade e da ordem econômica, sem deixar de lembrar o índice de Gini. Tal índice, como se sabe, é parâmetro internacional para medir a concentração de renda.

Cumpre, então, indagar se tem algum sentido, nesse contexto, uma *nova ordem mundial* que estaria sendo edificada, segundo Huntington²⁰, pelos quase 200 Estados ou nacionalidades, povos, tribos e grupos étnicos.

Melhor, quem sabe, optar pela recuperação do *século de Péridas*, isto é, necessita-se menos de realizar verdes bravatas teóricas argumentativas, e mais de ousadia do exercício da crítica racional da realidade, como escreveu Comparato²¹.

Foi, de inopino, interrompido pelo segundo respondente, que, parcialmente, o contrariou:

Ora, a fim de pensar sobre o direito e o futuro no Brasil de hoje, é inafastável um complexo e plural labor teórico-prático de construção; é preciso *inovar a vida*, lembrando poeta português maior, e ainda mais: “é um imperativo deontológico, um imperativo categórico de cidadania enraizar nos seus alunos a esperança”²².

Nesse instante, sobre a cabeça dos três vinha *flanando* ao sabor do vento uma folha de papel que pousou à frente deles, e todos se puseram de pronto a ler o que nela se continha. Era Mário Quintana que falava:

Lá bem no alto do décimo segundo andar do Ano
Vive uma louca chamada Esperança
E ela pensa que quando todas as sirenas
Todas as buzinas
Todos os reco-recos tocarem
Atira-se
E
— ó delicioso vóo!

²⁰ Huntington (2003).

²¹ Comparato (2004, p. 9).

²² Palavras de Avelãs Nunes proferidas em conferência de 2002 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR.

Ela será encontrada miraculosamente incólume na calçada,
 Outra vez criança...
 E em torno dela indagará o povo:
 — Como é teu nome, meninazinha de olhos verdes?
 E ela lhes dirá
 (É preciso dizer-lhes tudo de novo!)

Ela lhes dirá bem devagarinho, para que não esqueçam:

— O meu nome é ES-PE-RAN-ÇA ...²³

Ao fim dessa leitura conjunta e silenciosa que os três fizeram do texto, rapidamente se despediram, fraternal e singelamente, certos da inexistência de uma resposta única, levando consigo uma missão: a insubmissão do presente ainda conchama a dizer tudo de novo para que o futuro assegure as possibilidades que emergem mesmo dos limites que arrostando os afazeres de todos os dias e de todas as questões que nos irmanam na busca de paz e de justiça.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o Poder Soberano e a Vida Nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmiação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COSTA, Ana Lúcia dos Prazeres. *O futuro do pretérito e suas variantes no português do Rio de Janeiro*: um estudo diacrônico. Rio de Janeiro, 2003. Tese (Doutorado em Linguística) – Faculdade de Letras, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.
- GADAMER, H. G. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GUTMAN, Amy. Prefácio. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Para a construção do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

²³ Quintana (1998, p. 118).

- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- ESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HUNTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster, 2003.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*, composto por Bernardo Soares, ajudante de Guarda-Livros na cidade de Lisboa. Organização Richard Zenith. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- QUINTANA, Mário. *Nova Antologia Poética*. São Paulo: Globo, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

RESUMO

Trata-se de versão ampliada da Conferência proferida em Portugal, por ocasião do evento o futuro do Direito e o direito ao futuro, estruturada em torno da indagação sobre "como será o direito no futuro que se avizinha e como se realizará o direito de todas as gentes a um futuro digno e justo." Reflete sobre a construção do discurso jurídico no Brasil diante da constatação de que a Constituição Federal vigente buscou conferir ao Direito Civil patrimonial a superação do estatuto jurídico das coisas, bens e direitos,

ABSTRACT

This paper is about the extended version of a Conference held in Portugal, in the event *O futuro do Direito e o direito ao futuro* ("The future of Law and the right to the future"), which was based on the issue of "how will rights be in the future to come and how will the rights of all peoples to a righteous and just future be." The author reflects on the construction of judicial discourse in Brazil parting from the affirmation that the Federal Constitution in vogue has pursued to confer to patrimonial Civil Rights the

TJP 081331

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade Civil Contemporanea no Brasil:
Notas para uma aproximacao. REVISTA JURIDICA - RIO GRANDE DO SUL, Porto
Alegre, v. 58, n. 397, p. 11-19, nov. 2010.

1.HISTORICO 2.DIREITO CIVIL CONTEMPORANEO 3.Pessoa natural

Localizacao: BIB. MAGISTRADOS

RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA NO BRASIL: NOTAS PARA UMA APROXIMAÇÃO

LUIZ EDSON FACHIN*

A responsabilidade civil, como se sabe, não é apenas uma expressão vernacular ou um nome que designa figura de direito ou instituto jurídico; trata-se de uma qualificação que indica e traduz a natureza do que nela se contém, projetando-se, ora como luz, ora como sombra, de um conjunto de valores dominantes e normas vigentes que numa dada sociedade compõem a escultura sistemática do Direito. É um fenômeno jurídico que perfaz uma relevante mediação entre certas práticas sociais e a sua respectiva proteção ou reprovação jurídica, e que, por isso mesmo, invariavelmente se localiza no centro de intempestivas discussões.

Para contribuir com o debate de tal elemento jurídico, trata o presente texto de um discurso que intenta uma aproximação atual sobre o tema da responsabilidade civil no âmbito das relações interprivadas à luz do Direito brasileiro contemporâneo.

E o faz com dois objetivos: de uma parte, busca apanhar, no presente, a outra ponta do arco histórico que principiou no tempo moderno da responsabilidade civil tradicionalmente assentada na proteção do direito de propriedade e outros direitos subjetivos patrimoniais; e de outra, perquire aquilo que se projeta, nos dias atuais, para a tutela da dignidade da pessoa humana e para o sistema jurídico formado em torno do dever de ressarcir centrado na vítima¹.

* Professor Titular de Direito Civil da UFPR.

¹ A propósito, v. TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____ *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 194.

Numa oração, o presente estudo tem como marco exploratório o que, já em 1980, o Professor ORLANDO GOMES, ao estudar as tendências do direito de danos, cunhou de *giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto*. Assim, uma vez delimitado, por razões didáticas conjunturais, o singelo tempo inicial desta reflexão a partir de uma época recente, aquela dos ícones oitocentistas das codificações civis, somente alguns dos aspectos sobre o *modo* e o *porquê* tal circuito se disseminou na racionalidade do discurso jurídico de Direito Privado brasileiro serão os motores dessa inquietação a ser exposta.

Nada obstante tal preocupação, uma precisão contextual cabe desde logo proceder e que é a seguinte: soa correto dizer que, de um lado, o presente, também nesse assunto, não elide o transcurso pretérito nem os modelos que, em abstrato, poderiam ser considerados ultrapassados e de outro, que inexistiu, no Brasil, uma "escola", no estilo dos filósofos gregos, que tenha encontrado a *verdade última* de tal fenômeno. Tampouco, aliás, tanto o pensamento crítico do Direito Civil brasileiro quanto a vertente consolidada do Direito Civil Constitucional a isso se propuseram. O intento foi (e continua sendo) problematizar os limites e as possibilidades da responsabilidade civil, asseverando, de início, sem medo de equivocidade, que se mostra ainda acanhada a propalada "grande revolução silenciosa" que o tema teria operado no Brasil.

Para que seja possível fazer, com tais preocupações em mente, esse itinerário crítico e construtivo, impende principiar pelo percurso que a responsabilidade civil, em termos gerais, sulcou nos palcos da literatura jurídica em nosso País.

1 - PERCURSO

Para que se aporte naquilo que, atualmente, se designa como certa "reprogramação da obrigação de indenizar",² cumpre reconhecer que o

² GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: *Estudos em homenagem ao Professor Sílcio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293. Sobre o tema, amplamente, v.: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.317 e seguintes.

³ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. O estudo aqui mencionado aporta para a literatura jurídica brasileira

Brasil do pretérito, do tempo da codificação liberal de 1916, extraída dos modelos oitocentistas, tomou como cerne do trânsito jurídico a plena autonomia da vontade, sob a luz das formulações contratualistas, e dele projetou-se o dever de indenizar. Liberdade formal e responsabilidade comungaram dessa base liberal.

Os pressupostos eram claros e seguros: a responsabilidade, naquele estatuto, indicava precipuamente a punição do ofensor. Como expressão da propriedade, o prejuízo se ressarcia ao repor-se o patrimônio lesado. Ainda mais: em tal contexto de então, responder pressupunha fundamentalmente ser culpado.

Tais circunstâncias se alteram.

Décadas de debates na jurisprudência e na literatura jurídica brasileiras fizeram emergir um viés progressivo de solidarismo social e a socialização dos bens veio cancelar a responsabilidade sem culpa já no começo do Século XX.

Indo para mais além disso, constroem-se as bases da lesão existencial que demanda reparação de bens imateriais: para o dano patrimonial, o regime da reparação, e para o dano à pessoa, o regime da compensação. Simultaneamente, as mudanças no modo de ser e de estar, especialmente com a massificação de bens e serviços, torna presente o regulamento jurídico securitário como forma de arrostar os crescentes desafios da responsabilidade civil.

Demais disso, os meandros que a conformam se transpersonalizarão, alcançando outros sujeitos que se situam fora do quadro tradicional da relação clássica de causa e efeito. Ainda mais: no terreno da

uma das mais expressivas contribuições recentes sobre o tema, explorando, com ímpar zelo e acutíssimo senso de problematização, obras e autores, especialmente RODOTA.

V. a propósito, por todos, a tese de doutoramento recentemente publicada de PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais de direito civil; repensando a dimensão funcional da família, da propriedade e do contrato*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. O texto, fruto de ampla e acutíssima pesquisa realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e também, em parte, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob o acolhimento dos Professores Doutores ANTÔNIO JOSÉ AVELAS NUNES e JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, traduz uma importante problematização sobre a funcionalização dos institutos de base do Direito Civil contemporâneo e aponta para um passo adiante, necessário e imprescindível para o discurso e a práxis jurídica, ao indicar os diversos sentidos da expressão concreta da liberdade.

responsabilidade civil, se firmam os fundamentos teóricos da responsabilidade pré-contratual, descortinando novos elementos para a estrutura e a função da indenização e do dano.

Os desafios mais recentes se socorrem, inclusive, dos discutíveis postulados da análise econômica do direito, tornando, nesse campo, a eficiência o mote prioritário das atuações jurídicas⁵.

A análise econômica do direito voltada para o tema da culpa traduz por indiferentes os pressupostos da culpa e do risco, eis que o cálculo toma o risco como produto da probabilidade do dano, remetendo-se ao rigor matemático da magnitude respectiva, tempo e lugar.

Há, por conseguinte, como brevemente sugerido nesse sucinto percurso, uma transformação da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, apontando para direções várias e díspares.

Os pressupostos não são mais claros nem seguros. O tempo presente, saído de uma formatação antropocêntrica exacerbada, faz do sujeito um ser multifacetado pelo consumo, que almeja, também, atender a desejos paradoxais, como incolumidade a qualquer preço e plenitude de responsabilidade, especialmente aquela que se projeta para fora de sua própria esfera, recaindo sobre o Outro e mesmo sobre o Estado, em sentido amplo.

Mais liberdade e menos responsabilidade para si, mais responsabilidade e menos liberdade para o Outro: eis o desenho contemporâneo de um sujeito atomizado que quer, *tout court*, o sonho impossível: todo dano merece integral responsabilização, até mesmo a perda ou o abandono, inclusive os sonhos não realizados, eis que podem configurar responsabilidade pela perda de uma chance.

Como chegamos a esse ponto? Essa pergunta remete ao segundo passo da presente reflexão, qual seja os ganhos que a responsabilidade civil, já tendo migrado para os pressupostos do direito de danos, trouxe com

⁵ Como escreveu PAULO DA MOTA PINTO: "Um contrato pelo qual uma pessoa se coloque numa situação de escravidão para sustentar a si e à sua família não é certamente justificável juridicamente por uma hipotética racionalidade econômica, mesmo a longo prazo, de uma tal escolha", na p. 172 do estudo *Sobre a alegação superação do direito pela análise econômica*, separata da obra *O direito e o futuro; o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

outros dados de certa ética cultural da pessoa humana que se direcionou para o direito.

Tratemos, agora, dessas conquistas.

2 - A PESSOA COMO O EPICENTRO DOS EPICENTROS

A pessoa humana foi, com justa causa, elevada ao patamar de *epicentro dos epicentros*. Como consequência, na responsabilidade civil, o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo o direito de danos como governo jurídico de proteção à vítima. Consolida-se a ideia de compensação pelo sofrimento. O direito civil, por isso, passa a "inquietar-se com a vítima".

Mais que isso: abre-se aí espaço para os princípios da precaução e da prevenção.

Despatrimonializa-se progressivamente a responsabilidade civil⁷, bem como se destaca da base de seu conceito a exigência da ilicitude. Solidariedade social e análise causal presumida são exemplos de novos paradigmas desse avanço no giro conceitual antes referido por ORLANDO GOMES e que, superando o limite do ilícito, se assenta no dano injusto. Acima e para além da tipicidade dos atos ilícitos, a responsabilidade, por meio de cláusulas gerais e da incidência normativa vinculante de uma principiologia axiológica de índole constitucional, apreende um manto elástico de proteção, como o dano pela perda de uma chance, o dano moral puro e o debate em aberto sobre o dano decorrente da vida em relação.

O novo desenho da culpa a eleva ao patamar de culpa normativa, "associadas à objetiva desconformidade com o padrão de conduta esperado para a hipótese concreta"⁸. Isso se dá de tal modo que o juízo de responsabilidade mira uma "objetivação do fato"⁹.

⁷ FACCHINI Neto, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 155.

⁸ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 65, jul. - set. 2005.

⁹ TEFEDINO, Gustavo. Prefácio da obra: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil - estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. A obra prefaciada constitui uma das importantes contribuições recentes das pesquisas levadas a efeito em exemplares programas de Pós-Graduação em Direito (a exemplo da UERJ).

¹⁰ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 1967, p. 108. A obra de RODOTÀ, quer a citada aqui, quer outras correlatas à temática da pessoa, seus direitos e

Beneplacita-se, com inteireza, a responsabilidade assentada no risco, de natureza objetiva; o art. 927 do Código Civil brasileiro acolhe essa distância entre responsabilidade e culpa, nomeadamente ao se referir à atividade perigosa.

Sem afastar-se de certos elementos da concepção subjetiva da culpa, o *estado da arte* no direito civil brasileiro apreende, no plano legislativo, transição entre a culpa e o risco. Há uma *objetivação da culpa*, como também, em numerosas hipóteses, há responsabilidade sem culpa.

Tais caminhos são relevantes e atraentes, porém alguns deles podem se revelar falsos ao se afastarem de uma necessária e imprescindível metodologia de investigação.

Ocorre que como fim da *inabilidade dos modernos*, tudo é móvel, incerto, e raso de verdade; a explosão tecnológica, inclusive com intervenção na gênese da própria vida, traduz contrastes sociais gritantes, ausência de referências políticas e mesmo ideológicas sólidas; o presente gelatinoso introduz novos cultos a velhos individualismos.

A responsabilidade civil, mesmo com todos esses e tantos outros avanços, revela-se testemunha da plasticidade das formas jurídicas, e se reedifica plasmada por uma sede voraz de justiça, a qualquer custo ou preço. No dano moral, por exemplo, passa a ser um instrumento da razão jurídica para o fim de racionalizar, quantificando até mesmo aquilo que não seria, a rigor, suscetível de ser submetido ao campo do objeto da própria razão. Viver torna-se mesmo uma questão de valor.

Eis que, assim, chegamos ao terceiro passo de nossa reflexão, qual seja o fundamento daquilo que oferece hoje o estatuto da responsabilidade civil tomado pela sua nervura e não apenas para fachada do verniz que expõe a vitrina da literatura jurídica de consumo imediato. Tratem, então, dos desafios do direito de danos para a vida mundana.

3 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TEMPO EM QUE TUDO É MÓVEL

O dano expõe *uma falta* e o estatuto da responsabilidade intenta colmatá-la. Tal objetivo legítimo tem como desafio discutir os limites e as possibilidades do suprimento dessa lacuna derivada da tragédia humana. A responsabilidade civil sem tais baldrames se põe como fator de sublimação

respectivas problematizações, tem sido marco teórico de relevantes investigações científicas no Brasil.

do inatingível, tal como Dante, na *Divina Comédia*, à procura de Beatriz inclusive no Paraíso.

A *divina comédia*, tomada no sentido aristotélico, parte dessa busca do ente querido que morreu, e Dante Alighieri, o florentino genial, valeu-se de uma racionalidade geométrico-matemática para expor o binômio punição/expição, projetando a correspondência entre a pena e o pecado mediada pela proporção do bem.

Ocorre que para ele, e todos aqueles que, invariavelmente, se encontram *nel mezzo del camin di nostra vita*, a passagem pelo Inferno e pelo Purgatório não traduz, necessariamente, aquele binômio (punição-expição) para o binômio dano/reparação.

É que as vítimas, a rigor, numa sociedade excludente e desigual, são todos os asselvajados por acidentes, pelos riscos e pelas carências expostas, aqueles mesmos desumanizados como sobrantes, os assim denominados *expendables*, muito vistos na Europa que deporta e na América que não abriga.

Esse leiaute pode demandar outro olhar sobre a responsabilidade civil.

4 - POR OUTRO REPERTÓRIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

É, então, hora de concluir, esperando que, em breve, outro seja o repertório da responsabilidade civil.

Pelo exposto, resulta mesmo dessas ideias uma singela aproximação, traços de uma investigação atual para propor e contribuir com o debate sobre os limites e as possibilidades da responsabilidade. E o fazemos sem o dogmatismo que pode ser, realmente, *o suicídio do pensamento*.

Há, em suma, preocupações e enaltecimentos.

Entre os aspectos a enaltecer, o porvir vem batendo às portas com a reparação que relativiza o nexo de causalidade na perspectiva de proteção da vítima ou do ofendido; por igual, quiçá deixar-se-á de excluir a responsabilidade do agente por risco do desenvolvimento do bem ou serviço.

Impende, ainda, altear a passagem da responsabilidade civil ao direito de danos, mais focado na vítima e menos no causador ou na reprovação de sua conduta. O dano ao projeto de vida é outro exemplo de

compensação relevante que a racionalidade jurídica vai abrigando. A própria ideia decorrente do princípio da precaução, que pode conduzir à indenizabilidade da ameaça de dano, representa um interesse, ainda que paradoxal, passo à frente ao expor a responsabilidade sem dano.

Contudo, há desassossegos para nos fazerem pensar.

Entre eles, a lógica que está imantada no desenvolvimento da responsabilidade civil no predomínio dos valores decorrentes das relações de mercado sobre os valores decorrentes das relações pessoais que estejam informadas por direitos constitucionalmente assegurados. Isto porque a literatura jurídica ainda se mantém fiel à ideia segundo a qual, entre duas, apenas uma das seguintes hipóteses se firma: ou o dano deve ser suscetível de apreciação pecuniária, ou surge, pelo ataque (direto ou reflexo) a bens imateriais, um crédito indenizatório. De um patrimônio real migrou para um patrimônio moral, e isso não se mostra suficiente.

Ademais, ainda perduram os dilemas desse redutor pecuniário ou patrimonial, especialmente na seara da quantificação de certos danos, como o dano estético ou à imagem, bem como o dano pela perda dos prazeres de viver, decorrente da impossibilidade ou dificuldade em praticar certas ações da vida quotidiana.

Em verdade, parece que o campo atual da responsabilidade civil é plural e heterogêneo, aberto a desenvolvimentos e interrogações.

Vimos do modelo tradicional, segundo o qual não havia responsabilidade sem culpa; passamos por um padrão intermediário de acordo com o qual a responsabilidade civil gira em favor da vítima (é a plenitude do direito de danos), alargando os interesses tutelados, incluindo o dano da vida em relação, o dano biológico, entre outros; e chegamos ao tempo atual, para indicarmos, nos dias presentes, as possibilidades inquietantes de um modelo que tem, em seu perfil, o controle, quer das atividades, quer das limitações de reparação ou compensação. A responsabilidade civil, em síntese, ambiciona a autoridade de emitir a última palavra sobre os danos reparáveis ou compensáveis. Parece-nos demasia para o discurso jurídico.

Ainda mais: se no modelo oitocentista se tomou como cerne do trânsito jurídico a plena autonomia da vontade, sob a luz das formulações contratualistas, e dele projetou-se o dever de indenizar como corolário da liberdade formal, a responsabilidade, que comungava daquela base liberal, deve repercutir a funcionalização que hoje, no Brasil, chega a ser *preceito de*

ordem pública e condição de validade dos negócios jurídicos. Parece-nos insuficiente uma projeção de tal mudança apenas para a consagração de uma abstrata pessoa; cumpre revelar, no plano da responsabilidade, como se espelha o *sujeito concreto*, aquele que se identifica com suas respectivas necessidades substanciais.

Mesmo assim, sob a utopia da *certeza do direito*, a responsabilidade civil, tal como Dante, continua à procura de preencher a falta insuprível, e o faz sempre com boas intenções, ainda que superlativando, no direito, o valor jurídico do espanto, da emoção, da aflição. Paradoxalmente, a base da dignidade da pessoa humana, conquista civilizatória fundamental, poderá ser mitigada para operar por meio de uma racionalidade economicista do direito ou mesmo banalizando-se por ausência de uma adequada metodologia de investigação jurídica que seja feita, isso sim, na medida do sujeito concreto, pessoa que é portadora de necessidades reais e efetivas, e não apenas como conjunto de conceitos sequestrados por uma racionalidade formal e abstrata, descompromissada com o seu espaço e com o seu tempo.

É preciso ter *olhos de ver* além da vitrina. Afinal, como escreveu poeticamente HELENA KOLODY:

"Quem bebe da fonte que jorra da encosta não sabe do rio que a montanha guarda."