

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: IMPACTOS DOGMÁTICOS E EFEITOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Celiana Diehl Ruas¹

Resumo: Este artigo analisa o fenômeno da constitucionalização do direito privado e seus impactos sobre a dogmática do direito civil, dando ênfase aos efeitos da constitucionalização sobre o regime de responsabilidade civil brasileiro. Parte-se de uma análise das fases histórico-evolutivas da relação entre o constitucionalismo e o direito civil para que se possa conceituar e compreender o fenômeno da constitucionalização, bem como as mudanças de paradigmas no âmbito do direito civil decorrentes do mesmo. Objetiva-se demonstrar que a responsabilidade civil sofreu importante ressignificação em sua função primordial a partir do influxo dos valores e princípios consagrados na Constituição de 1988, aliados às transformações ocorridas na sociedade.

Palavras-chave: Constitucionalização – direito privado – dogmática – efeitos - responsabilidade civil

Abstract: This article analyzes the phenomenon of constitutionalisation of private law and its impact on the dogmatic of civil law, with emphasis on the effects of constitutionalisation on civil liability in Brazil. It starts with an analysis of historical and evolutionary phases of the relationship between constitutionalism and civil law so that one can conceptualize and understand the phenomenon of constitutionalisation and the paradigm shifts within the civil law. The objective is to demonstrate that the liability suffered major redefinition in its primary function from the influx of values and principles enshrined in the 1988 Constitution, coupled with the changes in society.

Keywords: constitutionalisation – civil liability – dogmatic – effects – private law

¹ Mestranda em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado na PUCRS. Especialista em direito civil aplicado pela UFRGS. Advogada. Endereço eletrônico: celiana@estevez.adv.br.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos principais fenômenos ocorridos no âmbito da evolução constitucional contemporânea, operada desde a Segunda Guerra Mundial, é a constitucionalização de toda a ordem jurídica, em razão da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e valores que lhe são subjacentes.

Tal fenômeno acarreta importante mudança de paradigmas, de forma que a *dogmática*² do direito privado também sofreu profundas transformações a partir do influxo dos valores consagrados na Constituição de 1998.

Nesse artigo se pretende examinar o tema da constitucionalização do direito privado e seus efeitos, sobretudo no âmbito da responsabilidade civil.

Muito se evoluiu desde a promulgação da Constituição de 1988 no que diz respeito a uma interpretação do direito civil em conformidade com os valores constitucionalmente consagrados. Contudo, ainda há transformações a realizar e o campo da responsabilidade civil, por ser um dos mais sensíveis às mudanças sociais, deve ser objeto de constante análise com vistas a uma compreensão do fenômeno que possa servir de base à sistematização dos critérios de responsabilização civil e seleção de interesses tutelados pela mesma à luz dos valores constitucionais.

² Riccardo Guastini esclarece que há, ao menos, três acepções distintas para a expressão “dogmática jurídica”, quais sejam: (1) dogmática jurídica enquanto estudo doutrinário do Direito, (2) dogmática jurídica enquanto método ou estilo doutrinário particular e (3) dogmática jurídica enquanto uma parte da doutrina que é dedicada ao estudo/elaboração dos “dogmas jurídicos”. O autor aponta que “apenas as primeiras duas acepções merecem algum aprofundamento; a terceira pode ser tranquilamente ignorada como pouco significativa” (GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 165-166). Adota-se aqui o conceito de dogmática jurídica defendido por Miguel Reale, no sentido de que esta consiste no trabalho de interpretar um texto e tirar conclusões, coordenando-as e sistematizando-as, segundo princípios gerais, visando ao problema da aplicação. O autor enfatiza que dogmática jurídica não se confunde com ciência do direito: “no nosso modo de entender a Dogmática Jurídica” não é um outro nome da Ciência do Direito, nem tampouco se reduz a um simples processo artístico. No nosso modo de entender a Dogmática Jurídica corresponde ao momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico”. (REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 323-328).

Na primeira parte do artigo serão abordados os aspectos históricos e evolutivos, cuja compreensão é fundamental para que se entenda o fenômeno da constitucionalização do direito privado.

Na segunda parte, serão examinados os efeitos dessa mudança de perspectiva, com enfoque especial nos efeitos da constitucionalização do direito civil sobre o regime de responsabilidade civil brasileiro.

1. - Aspectos históricos e definição

O estudo da constitucionalização do direito privado implica, antes de mais nada, que se analisem questões concernentes à historicidade e fases evolutivas da relação entre o constitucionalismo e o direito civil. A partir de tal estudo se poderá, então, compreender a superação da perspectiva dicotômica entre direito público e privado e a conseqüente abertura para novos paradigmas.

1.1. – Evolução do direito civil contemporâneo e as etapas do constitucionalismo

Adotando-se a Revolução Francesa (1789) como marco histórico inicial da primeira fase evolutiva da relação entre direito constitucional e direito civil, compreende-se que o direito civil clássico, por estar inserido em tal contexto histórico, pautou-se no ideário liberal personificado no cidadão burguês, integrante da classe exitosa nas revoluções liberais ocorridas durante os séculos XVII e XVIII. Centrou-se, portanto, no acolhimento das pretensões da classe burguesa, preocupada em livrar-se da forte interferência do Estado no âmbito das relações privadas.

Conforme pontua Eugênio Facchini Neto (2003, p. 44), a ética que predomina nesse período é a da liberdade formal. O Estado é liberal e pouco intervencionista. Na economia tem-se o liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal. No âmbito jurídico, tais concepções desembocam na “ética do individualismo”, com a preocupação em tutelar as ideias de patrimônio, propriedade territorial com caráter absoluto, liberdade e autonomia contratual e igualdade meramente formal. É a era das codificações, representada pelo Código Civil Napoleônico de 1804 e se pretende que a legislação civil seja completa, clara e coerente. Ao juiz restava o papel de ser a boca da lei, apenas aplicando o direito já criado pelo legislador.

Neste mesmo sentido, leciona Gustavo Tepedino (2004, p. 220):

A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas.

Paralelamente, emergia o constitucionalismo moderno com as primeiras constituições escritas, nas quais os direitos fundamentais ganhavam reconhecimento também sob forte influência do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Assim, se verificou também a positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental. Dessa forma, os direitos fundamentais então positivados eram produto dessa ótica individualista e se afirmavam como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual. Segundo Ingo Sarlet (2015, p. 46-47) são, portanto, direitos de cunho negativo, também chamados de direitos fundamentais de primeira geração, dirigidos a uma abstenção, como por exemplo o direito à vida, à liberdade, à propriedade, igualdade perante a lei e direitos políticos.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 11) assinala que nessa etapa histórica “o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata”.

Nessa primeira etapa, portanto, direito constitucional e direito civil viviam em mundos apartados: à Constituição cabia o papel de Carta Política, que regulamentava as relações entre o Estado e o cidadão e ao Código Civil cabia reger as relações entre os particulares, sendo considerado inclusive uma “Constituição do direito privado”.

No entanto, o Estado Liberal não foi capaz de garantir uma igualdade substancial entre os indivíduos, gerando conflitos desencadeados pela exploração das classes menos favorecidas pela burguesia dominante que redundaram, no

século XX, no advento do Estado Social. Tal fase histórica consiste na segunda etapa do constitucionalismo moderno, consagrado na Constituição de Weimar (1919). O Estado passa a interferir nas relações entre os particulares e a constituição adquire características mais dirigistas, com introdução de normas de ordem pública, bem como incorpora institutos tradicionalmente ligados ao direito privado. Conforme Ingo Sarlet (2015, p. 47-48) surgem os direitos fundamentais de segunda geração, de dimensão positiva, cuja característica é outorgar ao indivíduo prestações sociais estatais. Cabe ressaltar, entretanto, que tais direitos foram mais amplamente positivados em um número significativo de Constituições apenas após o segundo pós-guerra.

No entanto, o Estado Social não evitou a experiência totalitária na Europa. Com o fim da Segunda Guerra Mundial o constitucionalismo evolui para a terceira e atual fase, na qual a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são consagrados como valores máximos da ordem constitucional. No Brasil, tal concepção foi introduzida a partir da Constituição de 1988. Veja-se a lição de Luís Roberto Barroso (2005, p. 12) sobre a mudança de paradigma e seu efeito no direito civil:

Ao término da 2ª Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1.º, III, da CF/1988). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

No período do constitucionalismo social dos países ocidentais após a Segunda Guerra, portanto, atribuiu-se papel ativo ao Estado na realização da justiça social, sendo que “todos os temas juridicamente relevantes foram constitucionalizados”. O Estado deve atuar direta e indiretamente - inclusive no processo econômico - para fazer valer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir a afirmação e efetivação da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 1999, p. 101-102).

No âmbito do direito privado esse período é caracterizado pelo fato de que também o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado, limitação que se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. A concepção individualista vai sendo superada pela concepção da solidariedade, relativiza-se a proteção da autonomia da vontade e se prioriza a proteção da dignidade da pessoa humana (FACCHINI NETO, 2003, p. 46).

Cumprе ressaltar também o advento da era dos estatutos, assim denominado o fenômeno pelo qual os códigos civis, até então centralizadores da regulação do direito privado, cedem espaço aos estatutos, microssistemas que gravitam em torno do Código Civil e cuja legislação possui caráter promocional.

O fenômeno da constitucionalização do direito privado é fruto dessa evolução histórica. O aprofundamento de sua definição e contornos será traçado a seguir, bem como a necessária distinção que se estabelece entre o objeto de nosso estudo e a chamada publicização do direito privado.

1.2.- Publicização do direito privado e constitucionalização: distinção e aprofundamento de conceitos

Do ponto de vista jurídico, a clássica separação entre direito público e privado tende a evoluir para uma confluência entre as duas áreas, em ambas as direções.

Com efeito, cada vez mais o Estado faz uso de institutos jurídicos de direito privado na medida em que estabelece relações negociais com os particulares (*privatização do direito público*).

Na mesma esteira, também o direito privado se aproxima do direito público, como por exemplo na elaboração dos interesses difusos e supra-individuais e na funcionalização de institutos típicos do direito privado, tais como a função social da propriedade, do contrato, da empresa, da família e até mesmo na responsabilidade civil. Observa-se também que cada vez mais o Estado interfere legislativamente nas relações de direito privado, como por exemplo na atribuição imperativa do conteúdo dos negócios jurídicos e na obrigação de contratar (MORAES, 1993, p. 21-32). Todos esses fenômenos consistem na denominada *publicização do direito privado*.

Veja-se lição de Eduardo Cambi e Marcos Vargas Fogaça (2015, p. 21-22) sobre a *publicização do direito privado*:

O fenômeno da publicização do Direito Privado se caracteriza pelo processo crescente de intervenção estatal no âmbito legislativo. É uma característica do Estado Social do século XX e teve por escopo reduzir o âmbito da autonomia individual.²⁸ Para proteger os interesses mais vulneráveis e promover a justiça social, várias matérias então submetidas ao Código Civil foram transformadas em disciplinas autônomas, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito à habitação, o direito autoral, o direito de locação de imóveis urbanos, o direito do consumidor e o direito da criança e dos adolescentes.

Paulo Luiz Neto Lôbo (1999, p. 101) ressalta a necessidade de se distinguir entre *publicização* e *constitucionalização do direito privado*. O referido autor aponta que publicização deve ser compreendida como o processo de intervenção legislativa estatal no âmbito do direito privado, enquanto que a constitucionalização tem por objetivo submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito, a certos princípios e institutos do direito privado se atribuiu status constitucional na medida em que foram disciplinados na Constituição, tais como a família, a propriedade e a atividade econômica, razão pela qual se fala em *constitucionalização do direito civil*. Paulo Luiz Neto Lôbo (1999, p. 100) define que a constitucionalização “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.

Porém, é insuficiente conceituar a constitucionalização do direito civil como a mera transposição dos princípios básicos do texto do Código Civil para o texto da Constituição.

Aprofundando-se no tema, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 44) apontam que “a constitucionalização do Direito envolve dois fenômenos distintos, que podemos chamar de constitucionalização-inclusão e de constitucionalização-releitura”. A constitucionalização-inclusão corresponde à inclusão na Constituição de temas tradicionalmente disciplinados nos códigos privados. A constitucionalização-releitura liga-se à irradiação dos valores constitucionais a todo o ordenamento. Segundo Eugênio Facchini Neto (2003, p. 54-

60), tal acepção corresponde ao que se denomina *constitucionalização do direito civil* e pode ser compreendido, como a necessidade de interpretação em conformidade com a Constituição.

Para além do fenômeno da constitucionalização do direito civil como releitura, Anderson Schreiber (2013, p. 06) defende uma metodologia civil-constitucional, ao sustentar que a noção de releitura está ligada não só à interpretação conforme à Constituição mas também à observância da força normativa da constituição:

O direito civil-constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de se reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser *diretamente* aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.

Como se vê, o direito civil-constitucional não é o “conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil”, nem tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional. Trata-se, muito ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Pietro Perlingieri (2008, p. 01-11) foi o precursor da corrente metodológica civil-constitucional e elenca três pressupostos teóricos fundamentais que a caracterizam: (1) natureza normativa da constituição; (2) complexidade, unidade do ordenamento jurídico e pluralismo das fontes do direito (3) desenvolvimento de uma teoria da interpretação com fins aplicativos.

A necessidade de releitura dos estatutos fundamentais do direito privado a partir da constituição inevitavelmente tem impacto na dogmática civilística.

Nesse mesmo sentido, Luiz Edson Fachin (2003, p. 77), defende a necessidade de uma releitura crítica dos estatutos fundamentais do direito privado e aponta que “o conjunto das alterações começa a ser operado a partir da Constituição; daí o que se entende por ‘constitucionalização’, que significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil”.

Necessário se faz, portanto, analisar a repercussão e as consequências práticas da constitucionalização do direito civil, o que será objeto da segunda parte deste estudo.

2. – Efeitos

O processo de constitucionalização implica a irradiação dos valores abrigados no texto constitucional por todo o ordenamento jurídico e, no que tange ao direito privado, acarreta importante mudança de paradigma: a repersonalização e a despatrimonialização do direito civil, cujos efeitos serão analisados neste tópico.

2.1. – Interpretação e funcionalização dos institutos clássicos de direito civil às finalidades superiores consagradas na CF

No direito brasileiro, a ruptura com o paradigma do direito civil clássico, produto do ideário liberal, ocorreu a partir da interação do direito positivo com princípios de conteúdo mais social e dirigista, inseridos no ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1988.

Grande parte da doutrina que defende a metodologia civil-constitucional sustenta que os efeitos dessa mudança de paradigma na interpretação e aplicação dos institutos de direito civil são notáveis e que as transformações decorrentes da mesma ainda não se findaram³.

A Constituição Federal de 1988 contemplou como princípios a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a função social (art. 1º, IV e art. 170, *caput*) e a solidariedade social (art. 3º, I). Tais princípios incidem diretamente nas relações privadas, de forma que as categorias de direito privado sofrem o influxo dos valores constitucionais e, nesse sentido, são remodeladas e funcionalizadas com vistas à realização destes valores.

A releitura do direito civil à luz da Constituição, com a decorrente funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas no texto constitucional é o principal efeito do fenômeno da constitucionalização do direito privado. Trata-se inclusive de consequência do

³ Vide, por todos, SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10-11.

respeito à hierarquia das fontes, uma vez que a Constituição é a unidade sistemática e axiológica do ordenamento (MORAES, 2006, p. 235).

Tal mudança de perspectiva implica em uma “despatrimonialização”⁴ dos institutos tradicionais do direito civil, que paulatinamente cede espaço a uma “repersonalização” de tais categorias civilísticas. A doutrina civil-constitucional defende que não se pretende, com isso, expulsar ou reduzir o conteúdo patrimonial do direito civil, mas sim repor a pessoa humana como centro do direito civil e atrelar o exercício da atividade econômica, da livre iniciativa e da propriedade privada à realização dos valores sociais consagrados na Constituição (SCHREIBER, 2013, p. 23). Ao intérprete, portanto, incumbe privilegiar os valores existenciais quando esses entrarem em conflito com os valores patrimoniais.

É importante ressaltar que a constitucionalização do direito civil e a metodologia direito civil-constitucional, embora bastante difundidas e defendidas por grande parte da doutrina brasileira, não são imunes de controvérsias. Há setores da doutrina civilística que criticam fortemente a constitucionalização do direito civil como movimento teórico⁵. Os argumentos são variados. A título exemplificativo, cita-se que a constitucionalização poria a perder a identidade do direito privado e que renuncia a soluções dos problemas jurídicos com base em respostas que o direito privado pode e tem condições de oferecer, bem como que se invoca princípios ou regras constitucionais para se desfazer de regras de inquestionável univocidade semântica em favor de uma justiça distributiva.

As críticas merecem atenção, na medida em que nada está mais dissociado do que propõe a metodologia-civil constitucional do que a invocação promiscua da dignidade da pessoa humana para embasar demandas de caráter frívolo, ou o recurso oportunista à função social do contrato para justificar o descumprimento de obrigações contratuais legitimamente assumidas.

⁴ Conforme aponta Gustavo Tepedino: “As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma *despatrimonialização do direito privado*, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista.” (TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? Revista Del Rey, Belo Horizonte, a.1, n. 1, p. 17, dez. 1997).

⁵ Nesse sentido, vide RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. In: O direito / Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra: Almedina, v.143, n.2, (abr. 2011) p. 267-290.

É de rigor o cuidado metodológico, uma vez que é necessária a identificação de parâmetros a serem empregados na especificação concreta do conteúdo dos princípios constitucionais incidentes nas relações privadas, cuja aplicação deve se dar de modo técnico e criterioso, por meio de fundamentação controlável e ancorada no dado normativo (SCHREIBER, 2013, P. 23).

No que se refere às alterações na leitura das categorias tradicionais do direito civil promovidas pela constitucionalização, no direito de família sustenta-se a instrumentalização da família ao livre desenvolvimento dos seus membros. A afetividade é erigida à valor fundante, em um fenômeno que se denomina de “repersonalização das relações familiares”, em substituição à clássica ótica de cunho patrimonialista das relações familiares.⁶

No âmbito dos contratos e da propriedade⁷, constata-se a “subordinação da tutela do contrato e da propriedade à realização da função (*rectius*, justiça) social” (MORAES, 2006, p.235). A função social, portanto, é incompatível com um exercício de direito absoluto e a todos oponível. Importa em uma limitação interna, positiva, de forma que o interesse individual é lícito quando realiza, também, o interesse social (LÔBO, 1999, p. 106).

Luiz Edson Fachin (2003, p.313) sintetiza de forma muito elucidativa as principais transformações ocorridas nos institutos clássicos do direito civil a partir da constitucionalização:

De qualquer modo, são visíveis as novas feições dadas aos institutos basilares do Direito Civil: a propriedade, outrora de caráter absoluto, adquire, com a Constituição, um conteúdo funcionalizado; nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática; quanto à família – que se revela sob forma plural – coloca-se um direito vívido, e não mais como direito imposto e imaginário.

⁶ Nesse sentido, ver, por todos, LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização perene e despatrimonialização do direito de família no Brasil. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, n. 90, p. 43-51, jan. /jun. 2010

⁷ Importante notar que “a concepção de propriedade que se depreende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos imobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 141, 1999. p.107).

No campo da responsabilidade civil o fenômeno da constitucionalização do direito civil também acarretou importantes efeitos e mudanças de paradigmas, conforme se verá.

2.2. Aplicações da constitucionalização sobre a responsabilidade civil

Os valores consagrados pela Constituição de 1988 e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva tiveram forte influência sobre o sistema de responsabilidade civil brasileiro.

O princípio da solidariedade, insculpido no art. 3º da Constituição Federal de 1988, consubstancia-se em um dos principais vetores do direito contemporâneo. A influência do ideal de solidariedade social e o reconhecimento da força normativa⁸ da Constituição provocaram importantes efeitos no direito privado, que se fizeram sentir intensamente também na responsabilidade civil. A solidariedade social, portanto, promoveu profunda alteração na própria função atribuída à responsabilidade civil, na medida em que gradativamente se passa de uma concepção que visava punir e repreender condutas tidas por negligentes para uma ideia de tutela da vítima e reparação do dano (SCHREIBER, 2012, p. 222-223).

Tenha-se em mente, entretanto, que a passagem de um modelo ao outro do regime de responsabilidade civil não decorre somente da mudança de perspectiva metodológica acerca do papel desempenhado pelas normas constitucionais e da força normativa da constituição.

Essa alteração de perspectiva provém, também, de transformações substanciais na própria sociedade, tais como a globalização e o advento da sociedade de risco⁹ em contraposição a um “mundo da segurança”¹⁰, a ensejar, portanto, mudanças de paradigmas também na ordem jurídica:

⁸ Sobre o princípio da força normativa da Constituição, remetemos à leitura de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 442-446.

⁹ Definição de Ulrich Beck em Risk Society: towards a new modernity. New Delhi: Sage, 1992. “The concept of risk is directly bound to the concept of reflexive modernization. Risk may be defined as a systematic way of dealing with hazards and insecurities induced and introduced by modernization itself. Risks, as opposed to older dangers, are consequences which relate to the threatening force of modernization and to its globalization of doubt. They are politically reflexive.” (p. 21). A expressão deve ser entendida no sentido de organização das sociedades para fazer frente ao aumento das

Que mudanças, então, poderiam, resumidamente, ser apontadas entre a época das luzes e a época atual, entre o direito moderno e o direito que vem sendo chamado de pós-moderno? Em primeiro lugar, como foi ressaltado, o "mundo da segurança" do século XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas; em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2000, p. 47-63).

Tais transformações na sociedade, aliadas ao fenômeno da constitucionalização, acarretaram importantes efeitos sobre o sistema de responsabilidade civil brasileiro, dentre os quais opta-se por destacar dois, quais sejam: (1) a objetivação da responsabilidade civil e (2) o aumento das hipóteses de dano ressarcíveis.

Quanto ao primeiro efeito, importante assinalar, inicialmente, que o sistema tradicional da responsabilidade civil ancorava-se em três conhecidos pressupostos: culpa, dano e nexa causal (CAVALIERI FILHO, 2001, p. 29).

No que se refere à culpa, o que atualmente se observa é uma gradual perda da importância da função desempenhada pela mesma na imputação de responsabilidade civil.

Com efeito, a insuficiência de uma noção baseada exclusivamente na idéia de culpa e as dificuldades de prova dessa acarretaram que vários danos ficassem irressarcidos e, portanto, deram espaço à construção teórica de outros elementos de imputação de responsabilidade. Segundo Anderson Schreiber (2013, p. 153-154), "assistiu-se, embora não necessariamente em uma evolução linear, (i) à multiplicação das presunções de culpa; (ii) ao avanço da responsabilidade fundada no risco e (iii) à alteração da própria noção de culpa e do modo de sua aferição".

Relativamente à responsabilidade fundada no risco, há que se observar que a Constituição Federal de 1988 prevê hipóteses específicas de responsabilidade

hipóteses de riscos e consequências da modernização, inclusive sob o viés de uma lógica de produção e distribuição dos riscos.

¹⁰ De acordo com Natalino Irti, o sentido de segurança surgiu das estruturas profundas da sociedade. A classe burguesa, que saiu vitoriosa da Revolução Francesa, tornou-se a nova classe dirigente no século XVIII e portava uma tábua de valores, a qual a sociedade foi instada a reconhecer. Nesse sentido, a exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas. O "mundo da segurança" é, portanto, o "mundo dos códigos", que traduzem, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo oitocentista (IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. In: Revista de Direito Civil, v. 10, 1979. p. 15).

objetiva (arts. 7º, XXVIII, art. 21, XXIII, “d” e art. 37, § 6º). Percebe-se, assim, que a Constituição foi mais sensível à adoção do risco como fundamento de responsabilidade e, assim, agregou novas possibilidades ao processo de objetivação da responsabilidade.

Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 250-252), a expansão da responsabilidade objetiva é um aspecto de um processo maior de releitura do direito civil à luz dos princípios constitucionais e traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade para o modelo solidarista, baseado na Constituição de 1988, cujo foco é na pessoa lesada. Vincula-se, assim, a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade, igualdade e solidariedade. O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva é o princípio da solidariedade social insculpido na Constituição de 1988, em decorrência do qual se distribuem as perdas e se estendem as garantias à integridade psicofísica e material de cada pessoa.

O segundo efeito, qual seja, a expansão dos danos ressarcíveis, tem relação direta com a relativização dos pressupostos para a responsabilização civil, uma vez que tal fenômeno resulta naturalmente no aporte e acolhimento de um número maior de pretensões reparatórias no Judiciário.

No entanto, a expansão dos danos ressarcíveis tem causa também em outro aspecto de maior relevância. Na medida em que se reconhece a normatividade dos princípios constitucionais e que a Constituição consagrou a tutela de interesses de natureza existencial, da sua violação exsurge uma nova categoria de danos ressarcíveis, da qual são exemplos o dano à privacidade, o dano à imagem, o dano estético e o dano à integridade psico-física, dentre outros tantos “novos danos”¹¹ que vêm sendo invocados na atualidade.

Efetivamente, ao erigir a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental, a Constituição de 1988 tutelou todos os interesses existenciais que compõem tal noção (SCHREIBER, 2013, p. 163-164).

¹¹ Sobre os denominados “novos danos”, remete-se à leitura de SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 242) sustenta que “a difusão da reparação do dano moral é consequência direta, embora inconsciente, de um processo de constitucionalização da responsabilidade civil”, bem como que o aumento significativo de demandas judiciais e indenizações concedidas a tal título são reveladores do fato de que o direito pátrio voltou-se para a proteção dos interesses extrapatrimoniais dos indivíduos.

Não se desconhece os argumentos no sentido de que o aspecto negativo da expansão dos danos ressarcíveis é a proliferação de demandas contendo pedidos de indenização pouco sérios. A solução, no entanto, não parece ser a restrição da ressarcibilidade dos danos ou até mesmo a imposição de limites ao valor das indenizações, medidas que implicariam em um retrocesso no percurso até então trilhado pelo instituto.

Conforme aponta Anderson Schreiber (2012, p. 140), no estágio atual da evolução do regime da responsabilidade civil brasileiro, o essencial é voltar os esforços para a construção doutrinária de critérios que permitam seleção dos interesses tutelados pela responsabilidade civil à luz dos valores constitucionais. Dessa forma, o autor sugere a adoção de um método de atuação judicial que permita ao magistrado, diante de cada caso particular, efetuar um juízo de ressarcibilidade, ponderando o interesse lesado e o interesse lesivo e, sendo este último também um interesse tutelado, proceder um exame de prevalência entre ambos os interesses. Com tal método, perde a importância enumerar os novos danos passíveis de reparação de forma geral e abstrata e se passa a “definir, em cada caso concreto, o âmbito de prevalência dos diversos interesses contrapostos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição, com a conseqüente constitucionalização de toda a ordem jurídica acarretou importantes conseqüências na dogmática do direito privado.

O direito civil clássico, ao tomar contato com valores e princípios de caráter mais humanista e solidário emanados da Constituição de 1988, sofreu relevantes mudanças de paradigmas, cujo principal efeito foi a funcionalização de seus

institutos básicos - família, contrato e propriedade – às finalidades superiores consagradas na Constituição.

Ao intérprete cabe o papel de solucionar os problemas concretos não apenas à luz de um único dispositivo legal isoladamente considerado, mas sim à luz do inteiro ordenamento jurídico e dos princípios fundamentais que o conformam. No âmbito do direito civil, essa noção implica na necessidade de uma releitura permanente do mesmo, harmonizada aos princípios e valores constitucionais e voltada à concretização desses também no âmbito das relações privadas. Tal método exige necessária identificação de parâmetros e sua aplicação deve se dar de modo técnico e criterioso, por meio de fundamentação controlável e ancorada no dado normativo, a fim de que se evitem abusos e distorções que nada tem a ver com os objetivos da metodologia civil-constitucional.

A responsabilidade civil é, sem dúvida, um importante mecanismo de proteção dos interesses da pessoa humana e igualmente sofreu uma ressignificação de sua função primordial a partir da Constituição de 1988 e das transformações pelas quais constantemente passa a própria sociedade. Atualmente, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam fortemente a sistemática do dever de indenizar.

Em uma sociedade cada vez mais complexa, na qual a objetivação e solidarização da responsabilidade civil, bem como o aumento dos danos ressarcíveis são tendências, cabe à doutrina a importante tarefa de repensar e sistematizar as bases tradicionais do instituto, a fim de que o mesmo sirva como forma de tutela realmente adequada à realidade social contemporânea e aos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BECK, Ulrich. Risk Society: towards a new modernity. New Delhi: Sage, 1992.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Privado, vol. 61/2015. p. 13 – 35, Jan - Mar / 2015.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 37-75.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. In: Revista de Direito Civil, v. 10, 1979.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 141, p. 99-109, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.65, p.21-32, 1993.

_____. Constituição e direito civil: tendências. In: Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

_____. A Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. v. 9. – n. 29, p. 233-258, jul/dez 2006.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (org.). Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional d. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-11.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. In: O direito / Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra: Almedina, v.143, n.2, p. 267-290, abr. 2011.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? In: Revista Del Rey, Belo Horizonte, a.1, n. 1, dez. 1997.

_____. "As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual". Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 220.