

Nelson Rosenvald
Felipe Braga Netto

RESPONSABILIDADE CIVIL

TEORIA GERAL

2ª

EDIÇÃO

revista,
atualizada,
e ampliada

2026



EDITORIA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO II

CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DO FILOSÓFICO AO TECNOLÓGICO

*“Tudo o que sei é o que tenho palavras para descrever.”
(Ludwig Wittgenstein)*

1. O CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os conceitos possuem vida e história, um padrão de descobertas e de refinamentos. Para alcançarmos um conceito atual de responsabilidade civil, servir-nos-emos exclusivamente de um ensaio de análise semântica do filósofo PAUL RICOEUR,¹ no qual examina o emprego contemporâneo do termo *responsabilidade*. Em direito civil, a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico como “obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo”. É responsável todo aquele que está submetido a essa obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A crítica surge pelo fato de o conceito ter origem recente – sem inscrição marcada na tradição filosófica –, mas possuir um sentido tão estável desde o século XIX, sempre portando a estrita ideia de uma obrigação. O adjetivo *responsável* arrasta em seu séquito uma diversidade de complementos: alguém é responsável pelas consequências de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida. Em última instância, somos responsáveis por tudo e por todos. Nesses empregos difusos, a referência à obrigação não desapareceu; tornou-se obrigação de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de atender a certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola a reparação.

1. RICOEUR, Paul. *O justo: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1, p. 33-34. Essa obra é composta de dois volumes e sua 1ª edição data de 1995, em França.

É no campo semântico do verbo *imputar* que se encontra o conceito fundante da responsabilidade. Para RICOEUR,² uma notável definição do termo seria aquela concedida pelos jusnaturalistas: “imputar uma ação a alguém é atribuí-la a esse alguém como o seu verdadeiro autor, lançá-la por assim dizer à sua conta e torná-lo responsável por ela”. É uma noção de imputabilidade como capacidade do agente, da qual KANT se serviu para inovar, moralizando-a, ao definir a imputação “como um juízo de atribuição de uma ação censurável a alguém, como o seu autor verdadeiro”. Assim, promove a união de duas ideias: a atribuição de uma ação a um agente e a qualificação moral e geralmente negativa dessa ação. Há uma infração, seguida de uma reprovação, que conduz o juízo de imputação a um juízo de *retribuição*. O acoplamento entre as duas obrigações, a de agir em conformidade com a lei e a de reparar o dano ou cumprir a pena, culminou na inteira moralização e juridicização da imputação. Ao cabo desse processo, pode-se dizer que a ideia de retribuição (da falta) deslocou a ideia da atribuição (da ação a seu agente). A noção puramente jurídica de responsabilidade, entendida como obrigação de reparar o dano ou de sofrer a pena, pode ser conceituada como resultado desse deslocamento. Restam as duas obrigações: a de fazer, violada pela infração, e a de reparar ou sofrer a pena. A responsabilidade jurídica procede assim do cruzamento dessas duas obrigações, em que a primeira justifica a segunda e a segunda sanciona a primeira. Esse jogo da responsabilidade ao conceito de uma “obrigação” é adotado por KELSEN e toda a escola neokantiana.

O que se pretende então é a *desmoralização* da raiz da imputação, no sentido de desvinculá-la da moral kantiana e restaurar o conceito jusnaturalista de imputabilidade como “capacidade de agir”. Ou seja, o objetivo de RICOEUR³ é o de *remoralizar* o exercício da responsabilidade, mas por caminhos outros que não o da obrigação no sentido da coerção moral ou da coerção social interiorizada. Atualmente, o caminho percorrido pela maior parte dos estudiosos do direito civil é o de abrir espaço para a responsabilidade independentemente de culpa, sob pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da culpa, com o deslocamento da ênfase que antes recaía no autor presumido do dano e hoje recai na vítima, e vista da reparação pelo dano sofrido. Porém, a questão consiste em saber se a substituição da ideia de culpa pela ideia do risco não redundará, paradoxalmente, na total *desresponsabilização* da ação. Se toda a incapacidade adquirida, percebida como um dano, ensejar uma reparação na ausência de qualquer culpa comprovada, haverá fatalmente um efeito perverso, consistente no fato de que, quanto mais ampla a esfera de riscos, mais premente e urgente a busca de um responsável, ou seja, alguém capaz de reparar. O paradoxo é enorme: numa sociedade que só fala em solidariedade, com a

2. RICOEUR, Paul. *O justo: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1, p. 35-43.

3. RICOEUR, Paul. *O justo: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1, p. 48-52.

preocupação de fortalecer uma filosofia do risco, a procura vingativa do responsável equivale a uma *reculpabilização* dos autores identificados de danos. Vale dizer, se a vitimação é aleatória, sua origem também tende a se tornar aleatória, em virtude do cálculo de probabilidade que situa todas as ocorrências sob o signo do acaso. Tudo se torna fatalidade, que é o exato oposto da responsabilidade. Fatalidade é ninguém; responsabilidade é alguém.

Mas que outras transformações ocorridas no plano moral podem contribuir para a recomposição do conceito de responsabilidade? De acordo com RICOEUR,⁴ essa inflação que lança a opinião pública à procura de responsáveis capazes de reparar danos deve ser deslocada para uma posição mais elevada que a ação e seus efeitos danosos, em direção às necessárias medidas de *precaução* e de *prudência* capazes de prevenir o dano. Se ao cabo de uma evolução em que se afirma que o fundamento da responsabilidade é a garantia contra qualquer risco, uma ideia moral da responsabilidade demanda que o jurista atue sob o signo da *prudência preventiva*. Trata-se de uma transferência de objeto da responsabilidade: no plano moral, a responsabilidade é por outro ser humano, outrem. Tornando-se fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto do *cuidado*. O impacto desse deslocamento do objeto no plano moral é sentido no plano jurídico da responsabilidade: alguém se torna responsável pelo dano, porque, de início, é responsável por outrem. Essa ampliação do alcance da responsabilidade se torna ilimitado caso entendamos que a própria vulnerabilidade futura do homem e de seu meio ambiente seja ponto focal do cuidado responsável. A orientação retrospectiva que a ideia moral de responsabilidade tinha em comum com a ideia jurídica, orientação em virtude da qual somos eminentemente responsáveis pelo que fizemos, deveria ser substituída por uma orientação mais deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção se soma à ideia de reparação de danos já cometidos. Com base nisso, tornar-se-ia possível reconstruir um conceito contemporâneo de responsabilidade.

A responsabilidade legal necessita de uma justificativa moral. Principalmente em virtude dos desafios científicos e técnicos da contemporaneidade, exige-se um horizonte hermenêutico mais amplo para o conceito de responsabilidade. Por muito tempo essa responsabilidade moral se forjou na obrigação de reparar danos decorrentes de culpa. Mas aquele era o mundo das relações interindividuais. Atualmente, no amplo campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, o agente moral deliberará pela prevenção, como forma ética e virtuosa de comportamento. Esse é um caminho seguro para uma ordem jurídica que se queira justa.

Essa perspectiva não é inédita, pois na verdade evoca uma dicotomia suscitada por Aristóteles entre a justiça corretiva e a distributiva. Aquela objetiva

4. RICOEUR, Paul. *O justo: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 1, p. 52-56.

o restabelecimento de uma igualdade hipotética entre as partes, tomando como base a posição em que se encontravam inicialmente (o que descreve perfeitamente a função compensatória clássica da responsabilidade civil).⁵ Em contrapartida, quando se aplica a justiça distributiva ao campo da responsabilidade civil que se contrasta ao formalismo jurídico, pois permite a introdução de outros critérios de distribuição de danos, que podem incluir a virtude, o mérito e o demérito, entre outros. Isso abre campo para uma visão plurifuncional da responsabilidade civil, na qual a trasladação de danos passados para o patrimônio do ofensor deixa de ser o seu único fundamento normativo.

Concluindo, deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto, agente moral apto a aceitar regras –, como substituir a ideia de reparação pela de *precaução*, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da *prudência*. Em vez da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na *circunspeção* – e por que não, no *cuidado* –, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos –, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.

2. 4 CONCEITOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PARA A 4. REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

2.1 Introdução

Em seu “postscript: responsibility and retribution”, H.L.A. HART ofereceu o seguinte exemplo:⁶ “O capitão do barco x era *responsável* pela segurança de seus passageiros. Porém, em uma viagem, embriagou-se e foi *responsável* pela perda da embarcação com tudo a bordo. Dizia-se que era insano, mas os médicos o consideraram *responsável* por suas ações. Ao longo da viagem se comportou de forma *irresponsável*; e vários incidentes em sua carreira demonstraram que não era uma pessoa *responsável*. Considerou que as tormentas foram *responsáveis* pela perda do barco; mas em juízo o consideraram penalmente *responsável*, e no processo civil foi julgado *responsável* pela perda de vidas e propriedades. Está vivo, contudo, sendo moralmente *responsável* pela morte de muitas pessoas”.

5. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. p. 131.

6. PULMAN, Christopher. *Hart on Responsibility*. Oxford: Springer, 2014. *Philosophers in Depth*, English Edition, p. 4.

A palavra “responsável” foi utilizada pelo filósofo britânico em 9 ocasiões, com significados diversos. Seja como (1) *role-responsibility*: deveres que alguém assume em razão de seu status ou circunstâncias. Por exemplo, pais têm a responsabilidade de cuidar de filhos menores; (2) *causal responsibility*: uma pessoa, objeto ou evento é responsável causal por um efeito se puder ser sensatamente citado como a causa do efeito; (3) *liability-responsibility* é relacionada à responsabilidade legal, seja cível ou criminal; (4) *capacity-responsibility* é a responsabilidade que possuímos por nossas ações, quando as compreendemos e controlamos.

Em um salto no tempo, em 11 de janeiro de 2003 entrou em vigor o nosso Código civil. Produto de um empreendimento conduzido por Miguel Reale na década de 1970 – com pontuais alterações até a sua vigência –, o monumento brasileiro ao “cidadão comum” partia de uma ambição antropocêntrica, qual seja, situar o ser humano no ápice do estatuto privado, enaltecendo a sua dignidade e funcionalizando as situações patrimoniais às existenciais, consolidando normativamente as premissas teóricas do direito civil-constitucional.

O personalismo ético influenciou decisivamente a filtragem dos dispositivos do Código Civil de 2002 e microssistemas, submetendo toda atividade econômica aos influxos igualitários e solidaristas de um Estado Democrático de Direito, profundamente comprometido com a transformação de uma sociedade deveras excludente, incapaz de resgatar as promessas iluministas da modernidade.

No período “humanista” assistimos o florescer de todo um arcabouço protetivo da personalidade humana; uma revisão da teoria das incapacidades com destaque para a tutela da autonomia existencial; para a boa-fé objetiva como vetor de confiança nas relações obrigacionais; a funcionalização do contrato e da propriedade; a despatrimonialização da família e a sua conversão de instituição em instrumento de construção do afeto e da privacidade da família.

Na qualidade de fonte do direito das obrigações, a responsabilidade civil foi inserida no Código Reale como *locus* preferencial das disfuncionalidades na atividade econômica e nas relações humanas. A função reparatória exala a filosofia moderna adepta da primazia da liberdade. O sistema de direito privado não interfere previamente no exercício de atos e atividades, permitindo que o mercado se autorregule, de forma a preservar a autonomia privada. A interferência do ordenamento se dará *a posteriori*, no momento patológico do dano, com a fixação de uma indenização apta a corrigir o desequilíbrio econômico subsequente à lesão.

Com efeito, o art. 927 do Código Civil estabelece a regra geral pela qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O dispositivo sanciona um ilícito por seu valor causal, segundo o qual a liberdade de ação é soberana até o limite do *neminem laedere*. Portanto, não sanciona a conduta, porém um efeito dela, consistente em impor concretamente um dano a outra pessoa, naquilo que é notoriamente conhecido como responsabilidade civil, extracontratual ou aquiliana. A sanção entrará em cena

para reagir ao evento e não à conduta em si, ou seja, o que se quer é enfrentar os efeitos decorrentes do ato, através de sua eliminação por força da compensação dos danos. Neutralizam-se os efeitos da violação com a restauração da eficácia do preceito primário.⁷

Basicamente existem duas razões pelas quais há uma tendência à substituição da clássica expressão “responsabilidade civil” por “direito de danos”: a primeira se traduz no fenômeno da pavimentação da objetivação da imputação de danos, paulatinamente construída pela eliminação dos tradicionais muros de contenção à obrigação de indenizar, quais sejam: a necessidade da verificação de um ato ilícito, da culpa e em casos extremos, do nexo causal, mediante presunções de causalidade que atribuem a responsabilidade a um pagador, seja ele o agente, o protagonista de uma atividade de risco inerente ou um segurador (contratual ou legal). Desta maneira, a atividade preponderante do julgador nas pretensões compensatórias consiste em avaliar se há um dano injustificado, ou seja, uma lesão a um interesse digno de proteção, mediante um balanceamento entre as razões do lesante e do lesado. A seu turno, a segunda razão é o deslocamento do eixo da responsabilidade civil para o fato jurídico lesivo: trata-se do sintoma da proliferação de danos. Vivenciamos um “big bang” de interesses merecedores de tutela, com uma fatura de novas etiquetas, sendo a maior parte objeto de importação jurídica, sem a necessária reflexão sobre a adequação do transplante ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nada obstante, indagamos se na segunda década do século XXI a edificação monofuncional da responsabilidade civil correspondente a um conceito de “direito de danos” ainda faz sentido. O modelo jurídico da responsabilidade civil é por essência cambiante, extremamente sensível aos influxos econômicos e sociais. A sua trajetória não é linear, um caminho sem volta. A doutrina e a jurisprudência admitem revisitação de pontos de vista contingencialmente superados quando os dados do mercado, dos avanços tecnológicos e, sobretudo, das aspirações éticas de uma coletividade determinem uma reelaboração de certa função da responsabilidade civil, porventura em estado letárgico.

Infelizmente, como coloca Shoshana Zuboff,⁸ o intitulado “capitalismo de vigilância” erode as bases antropocêntricas do direito civil, reivindicando de

7. Lateralmente à reparação pelo equivalente pecuniário, resultado análogo em termos de sanção, alcançamos com provimentos reintegratórios a base da tutela específica, assim, pelo referido art. 947, “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. O mesmo desiderato é visado quando há o provimento restitutivo no enriquecimento sem causa: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (art. 884, CC).

8. ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 19-23. A autora encarta seis declarações que resumem o capitalismo de vigilância: “Nós reivindicamos a experiência humana com o matéria-prima gratuita para se pegar. Com base nessa reivindi-

maneira unilateral a experiência humana em matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais que são disponibilizados no mercado como produtos de predição que antecipam e modelam comportamentos futuros. A visão kantiana do ser humano como fim em si é desvirtuada por um instrumentalismo, cuja base é a expropriação de nossa personalidade em prol de finalidades alheias. A realidade digital converte situações existenciais em uma nova propriedade baseada na desposseção da essência daquilo que nos define, através de uma modificação comportamental cujo legado de danos pode custar a nossa própria humanidade.

A caracterização do perfil dos usuários por meio da análise de grandes volumes de dados e inferências técnicas está abrindo caminho para novos serviços, muito mais personalizados e adaptados, que podem beneficiar os usuários e consumidores, mas que também criam preocupações importantes quando se trata da privacidade do usuário e da autonomia individual. Subjacente à personalização, camufla-se a despersonalização. A ilusão de livre-arbítrio proveniente da narrativa liberal provavelmente se desintegrará quando, mesmo em sociedades supostamente livres, depararmos diariamente com instituições, corporações e agências governamentais que compreendem e manipulam o que até então era nosso inacessível reino interior.⁹

Na mesma linha segue Byung-Chul Han. O mercado de vigilância no Estado democrático tem uma proximidade perigosa do Estado de vigilância digital. Na sociedade de informação contemporânea, na qual o Estado e o mercado se fundem cada vez mais, as atividades do Google e do Facebook se aproximam das atividades de um serviço secreto. Frequentemente, eles se servem da mesma equipe. E algoritmos do Facebook, de bolsas e de serviços secretos executam operações semelhantes. Aspira-se em todo lugar a uma exploração máxima da informação.¹⁰

cação, podemos ignorar considerações de direitos, interesses, consciência ou entendimento dos indivíduos; com base na nossa reivindicação afirmamos o direito de pegar a experiência do indivíduo para convertê-la em dados comportamentais; nosso direito de pegar, baseado na nossa reivindicação de matéria-prima gratuita, nos confere o direito de possuir os dados comportamentais derivados da experiência humana; nossos direitos de pegar e possuir nos conferem o direito de saber o que o conteúdo dos dados revela; nossos direitos de pegar, possuir e saber nos conferem o direito de decidir como usamos o nosso conhecimento; nosso direitos de pegar, possuir, saber e decidir nos conferem nossos direitos às condições que preservam nossos direitos de pegar, possuir, saber e decidir" (ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução George Schlesinger. São Paulo: Intrínseca, 2021. p. 210-211).

9. Como percebe Yuval Noah Harari, "Quando a autoridade passa de humanos para algoritmos, não podemos mais ver o mundo como o campo de ação de indivíduos autônomos esforçando-se por fazer as escolhas certas. Em vez disso vamos perceber o universo inteiro como um fluxo de dados" (HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 83).
10. HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Tradução Lucas Machado. São Paulo: Editora Vozes, 2018, p. 67. O autor cita como um dos sintomas dos tempos atuais, a incapacidade

Este momento inédito na história da humanidade poderia nos direcionar inercialmente a interpretarmos o fenômeno pela lente das categorias jurídicas familiares, adaptando a cláusula geral da responsabilidade civil ao novo regime, de forma a normalizar o anormal, tornando invisível aquilo para o qual não há precedentes. Entretanto, o capitalismo de vigilância não é uma nova tecnologia para o qual podemos simplesmente vestir o figurino da atividade de danosidade elevada, de modo a direcionar a reação jurídica pela via da imputação objetiva da obrigação de indenizar do parágrafo único do art. 944. Em verdade, estamos diante de uma nova forma de mercado para a qual a tecnologia apenas fornece meios apropriados e que não pode ser reconduzida a danos já conhecidos, pois a própria sociedade se torna objeto de extração e controle, e nossa vida é reduzida a dados comportamentais. O sistema de IA de alto risco toma uma decisão em relação a uma pessoa natural, em que a “decisão” é uma questão de comportamento do sistema.

Com efeito, em sua escala, escopo e complexidade, a quarta revolução industrial é um marco singular, distinto de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade. As mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso. A preocupação expressa por Klaus Schwab¹¹ dedicada à 4 revolução industrial é que os tomadores de decisão costumam ser levados pelo pensamento tradicional linear (e sem ruptura) ou costumam estar muito absorvidos por preocupações imediatas e não conseguem pensar de forma estratégica sobre as forças de ruptura e inovação que moldam nosso futuro.

O curso da civilização redefine as extremas da propriedade e dos contratos. Para tanto, há de se atualizar o conceito de responsabilidade civil. A cartografia da titularidade sempre se dedicou à apropriação de espaços livres em

dade de tomar responsabilidade: “A responsabilidade é um ato que está ligado a certas condições mentais e também temporais. Ela pressupõe, primeiramente, obrigatoriedade. Assim como o prometer ou o confiar, ela estabelece um compromisso com o futuro. Os meios de comunicação atuais promovem, em contrapartida, a não obrigatoriedade, a arbitrariedade e a duração de curto prazo. A absoluta prioridade do presente caracteriza o nosso tempo. O tempo é desmontado em uma mera sucessão de presentes disponíveis. O futuro define, aí, em um presente otimizado. A totalização do presente aniquila as ações que dão tempo como o [se] responsabilizar e o prometer”.

11. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 27. O autor anota três razões que sustentam a singularidade da 4. Revolução industrial: “Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas. – Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos. Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade”. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 10-11.

pertencimentos privados: de territórios desbravados às matérias primas encontradas na natureza se fez a propriedade tangível; do conhecimento humano se fez a propriedade intangível; dos rastros digitais que um usuário deixa em suas interações na rede, converte-se a privacidade em um superávit comportamental que Frank Pasquale define como “O mercado sombrio de dados pessoais”.¹²

A seu turno, o contrato se transmuta em uma apropriação unilateral de direitos por um acordo de adesão aos termos de serviço via cliques (*click-wrap*), sem o devido consentimento. Uma perversão que reestrutura os direitos dos usuários concedidos mediante processos democráticos, substituídos pelo sistema que a empresa deseja impor.¹³ Observa Francesco Galgano¹⁴ que nesta sociedade a tecnologia industrial é substituída pela técnica contratual, pois em muitos setores o contrato se substituiu à própria lei no papel de organização da sociedade civil. Esta tende a se auto-organizar através de técnicas financeiras. Com isso, a tutela do interesse geral se transforma em um componente do lucro e qualquer proteção ao consumidor se justifica unicamente para o incremento das vendas. A nova *lex mercatoria* consiste em um direito criado por empreendedores sem a mediação do poder legislativo do Estado.

Cremos ser importante enfatizar a amplitude do sentido de responsabilidade na língua inglesa. Palavras muitas vezes servem como redomas de compreensão do sentido, sendo que a polissemia da responsabilidade nos auxilia a escapar do monopólio da função compensatória da responsabilidade civil (*liability*), como se ela se resumisse ao pagamento de uma quantia em dinheiro apta a repor o ofendido na situação pré-danosa. Ao lado dela, colocam-se três outros vocábulos: *responsibility*, *accountability* e *answerability*. Os três podem ser traduzidos em nossa língua de maneira direta com o significado de responsabilidade, mas na verdade diferem do sentido monopolístico que as jurisdições da *civil law* conferem a *liability*, como palco iluminado da responsabilidade civil (artigos 927 a 954 do Código Civil). Em comum, os três vocábulos transcendem a função judicial de desfazimento de prejuízos, conferindo novas camadas à responsabilidade, capazes de responder à complexidade e velocidade dos arranjos sociais.¹⁵

12. PASQUALE, Frank. The data market for personal data. *The New York Times*, New York, 16 out. 2014. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2014/10/17/opinion/the-dark-market-for-personal-data.html>>. Acesso em: 29 fev. 2019.

13. RADIN, Margaret Jane. *Boilerplate: the fine print, vanishing rights, and the rule of law*. New Jersey: Princeton University Press, 2012. p. 16.

14. GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2010. p. 239.

15. KROLL, Joshua. A. Accountability in Computer Systems. In: DUBBER, Markus Dirk; PASQUALE, Frank; DAS, Sunit. *Oxford Handbook of the Ethics of Artificial Intelligence*. New York: Oxford University Press, 2020. Cap. 9. “Liability is not a substitute for accountability, although it can help to enforce or encourage accountability or to reify an agent’s duties to encourage that agent to act or remain answerable for outcomes related to that agent’s actions by assigning a financial cost to breaches of duties. Treating liability as a substitute for accountability leads to imperfect assessments of both” (KROLL, Joshua. A. Accountability in Computer Systems. In: DUBBER,

2.2 *Liability*: a renovação pela multifuncionalidade da responsabilidade civil

Nas jurisdições do *common law* há um termo que se ajusta perfeitamente ao clássico sentido civilístico da responsabilidade. Trata-se da “*liability*”,¹⁶ ou seja, a eficácia condenatória de uma sentença como resultado da apuração de um nexo causal entre uma conduta e um dano, acrescida por outros elementos conforme o nexo de imputação concreto, tendo em consideração as peculiaridades de cada jurisdição.¹⁷ A *liability* é a parte visível do *iceberg*, manifestando-se *ex post* – após a eclosão do dano –, irradiando o princípio da reparação integral (*full compensation*).

A *liability* não é o epicentro da responsabilidade civil, mas apenas a sua epiderme. Em verdade, trata-se apenas de um *last resort* para aquilo que se pretende da responsabilidade civil no século XXI, destacadamente na tutela das situações existenciais, uma vez que a definição de regramentos próprios não advém de uma observação ontológica (ser), mas de uma expectativa deontológica (dever-ser) da interação entre inovação e regulação em um ecossistema no qual o risco é inerente às atividades exploradas.¹⁸

Tal como se deu historicamente na Europa continental, forjou-se na Inglaterra, Estados Unidos e demais nações do *Common law* a chamada *compensation culture*. A compensação de danos ocupa papel central na teoria da responsabilidade civil. É intuitiva e praticamente axiomática a noção do direito de danos como um setor do direito obrigacional cuja função é a de trasladar os danos da vítima para o agente – seja ele o culpado ou o condutor de uma atividade de risco inerente –, por vezes, para um terceiro responsável (pais, curadores, empregadores) ou para seguros públicos e privados que se encarreguem da tarefa compensatória.

Evidentemente, a *liability* não é estática. Ao invés de uma clássica responsabilidade civil de roupagem individualista, reativa e patrimonialista, paulatinamente diferentes demandas sociais cuidaram de repaginar os pressupostos da responsabilidade civil. Senão vejamos: a) a cláusula geral da imputação objetiva de danos, situada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, se conecta com

Markus Dirk; PASQUALE, Frank; DAS, Sunit. *Oxford Handbook of the Ethics of Artificial Intelligence*. New York: Oxford University Press, 2020. Cap. 9, p. 11).

16. PEEL, Edwin; GOUDKAMP, James. *Winfield and Jolowicz on Tort (Classics)*. 19. ed. Londres: Sweet & Maxwell; Thomson Reuters, 2014. E-book. Destacam: Winfield’s definition of tort was as follows: “Tortious liability arises from the breach of a duty primarily fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages”.
17. Pertinente ao tema é a ideia de correlatividade, assim elucidada por Peter Cane: “Much understanding can be gained, not only of tort law but of also of other areas of the civil law of obligations, by analyzing tort law not in terms of the discrete torts which we have inherited from the days of the formulary system but in terms of the concept of correlativity and the ideas of sanctioned conduct, protected interests and sanctions” (CANE, Peter. *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997. p. 27).
18. GELLERT, Raphaël. Understanding data protection as risk regulation. *Journal of Internet Law*, Alphen aan den Rijn, v. 18, n. 1, p. 3-15, maio 2015, p. 6-7.

o princípio da solidariedade, impondo obrigação de reparação como impositivo de segurança social em face do risco intrínseco de determinadas atividades; b) o simples exercício de um comportamento antijurídico poderá ser sancionado pela via da tutela inibitória quando as circunstâncias apontem a ameaça a situações existenciais e patrimoniais de terceiros (art. 12, parágrafo único, CC). Cuida-se de atuação preventiva, como reação do ordenamento jurídico ao ilícito propriamente dito, independente da consumação do dano; c) pela função precaucional da responsabilidade civil uma atividade ou produto potencialmente lesivo sofrerá restrições se a ponderação de bens indicar a necessidade de antecipação de riscos; d) o nexo causal deixa de estar circunscrito a uma causalidade natural e, em situações merecedoras de tutelas, assume-se como uma causalidade puramente jurídica e diluída, permitindo a responsabilização em hipóteses de vinculação entre um fato e um risco hipotético, ou entre um dano e uma atividade exercida indistintamente por um grupo de agentes, sem que se saiba de onde partiu a lesão; e) o direito civil reputa novos danos como dignos de proteção: para além da aceitação da dicotomia danos patrimoniais/morais, considera a legitimidade de figuras jurídicas mais refinadas – entre eles o dano estético, dano existencial, perda de uma chance –, cada qual com os seus limites perfeitamente destacados.

Estas novas bases da coesão social e dos fundamentos de racionalidade do direito civil do século XXI visam adaptar as instituições e os modelos jurídicos ao período da incerteza. É a era da extrema complexidade e da desumanização inerente, em que a crise quase se torna a forma normal de vida; mas justamente por isso, expõe Oliveira Ascensão,¹⁹ “é também a da consciência da necessidade de mudança, para corresponder à necessidade de encontrar as novas categorias capazes de enquadrar uma realidade em evolução. É já uma resposta ou uma reação jurídica o apontar para um direito que é antes de mais princípio que regra, um direito de cláusulas gerais que rejuvenesça constantemente o sistema com as implicações valorativas que contém”.

Contudo, em termos de adaptação do conceito de *liability* a sociedades complexas, plurais e altamente tecnológicas, percebe-se uma tendência favorável a multifuncionalidade da responsabilidade civil. No cenário jurídico do *common law*, encontramos várias categorias que não compartilham a mesma racionalidade dos *compensatory damages*,²⁰ tratando-se de condenações pecuniárias convocadas para o exercício de distintas funções, sendo as mais difundidas no direito

19. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Sociedade de risco e direito do consumidor*. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). *Sociedade de risco e direito privado*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 374.

20. A expressão *compensatory damages* é uma tautologia. Na medida em que o termo *damages* pode ser analiticamente definido como uma condenação monetária que contrabalança um dano, acrescer o vocábulo *compensatory* se revela uma redundância, pois compensar e contrabalançar são considerados sinónimos. No latim, *compensare* significa justamente pesar uma coisa contra outra. Pelo pagamento de uma compensação, o agente restitui aquilo que não deveria ter tomado da vítima.

comparado os *punitive* ou *exemplary damages* e os *restitutionary damages* (também conhecidos como *gain-based damages* ou *disgorgement*).²¹

Em julgado paradigmático de 2017, das Seções Unidas da Corte de Cassação Italiana,²² considerou-se que “deve ser superado o caráter monofuncional da responsabilidade civil, pois lateralmente à preponderante e primária função compensatória se reconhece também uma natureza polifuncional que se projeta em outras dimensões, dentre as quais as principais são a preventiva e a punitiva, que não são ontologicamente incompatíveis com o ordenamento italiano e, sobretudo, respondem a uma exigência de efetividade da tutela jurídica. a condenação ao pagamento de uma soma superior àquela estritamente necessária a restabelecer o *status quo ante* se configurará somente se houver uma norma *ad hoc*, cuja *fattispecie*, preveja o elemento punitivo”.

Cremos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI, a conjunção aponta para o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) *Função reparatória*: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) *Função punitiva*: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) *Função precaucional*: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.²³ O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social.²⁴ Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, seja pela via material

21. Para além dos *compensatory damages*, no direito inglês existem diferentes denominações de condenações não compensatórias, tal como *nominal damages*, *contemptuous damages* e, mais recentemente, *vindictory damages*.

22. Cassazione Civile, Sezioni Unite., Sentenza 05/07/2017 n° 16601. Em artigo dedicado ao comentário da decisão da corte di cassazione, Francesca Benatti assevera que a pena civil, “escapando a cálculos precisos e à racionalidade, se presta a usos distorcidos e a dar vazão a emoções e sensações. A necessidade de dissuasão não deve se transformar em paternalismo ou, pior, reivindicações sociais, como é possível quando faltam certos parâmetros. Na verdade, depende de modelos que são difíceis de aplicar e podem levar a um sobre desestímulo ainda mais prejudicial. No entanto, não podemos ignorar a existência de casos que se distinguem pela gravidade da conduta e da infração e justificam a sanção. Esta é uma hipótese rara, onde é aplicável estritamente a regra de “se, mas somente se”, caso contrário, a compensação seria inadequada. Nestes casos, o sistema jurídico italiano poderia se beneficiar de uma função punitiva da responsabilidade civil, desde que cuidadosamente considerada” (BENATTI, Francesca. Benvenuti danni punitivi... o forse no! *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1504-1520, [s.d.]).

23. O código civil e comercial da Argentina de 2015 ocupa-se explicitamente da temática funcional no art. 1.708: “Funções da responsabilidade. As disposições deste título são aplicáveis à prevenção de danos, a sua reparação e os casos em que seja admissível a sanção pecuniária dissuasiva”.

24. Nesse sentido, Claudio Scognamiglio assevera que “o ordenamento não pode se mostrar indiferente a respeito da violação de direitos e ao fenômeno de fatos que acarretam graves prejuízos de ordem econômica e social aos sujeitos” (SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Danno moral e funzione deterrente della responsabilità civile*. In: AA.VV. *Studi in onore di Nicolò Lipari*. Milano: Giuffrè, 2008. t. II, p. 2773).

como pela processual, em um sincretismo jurídico capaz de realizar um balançamento de interesses, através da combinação das funções basilares da responsabilidade civil: *punição, precaução e compensação*.

Certamente há uma *função preventiva* subjacente às três anteriores, porém consideramos a prevenção um princípio do direito de danos e não propriamente uma quarta função. A prevenção detém inegável plasticidade e abertura semântica, consistindo em uma necessária consequência da incidência das três funções anteriores. Isso não impede que se manifeste com autonomia, aliás, objetivo primordial da responsabilidade civil contemporânea. Conforme extrairemos dos vocábulos *responsibility*, *accountability* e *answerability*, repensar a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente. “Responsabilizar” já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, “responsabilizar” se converteu em reparação de danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos.²⁵

2.3 *Responsibility*: o sentido moral da responsabilidade

Particularmente, interessa-nos a acepção de “*responsibility*”. Trata-se do sentido moral de responsabilidade, voluntariamente aceito e jamais legalmente imposto. É um conceito prospectivo de responsabilidade, no qual ela se converte em instrumento para autogoverno e modelação da vida. Não existem regras oficiais para a *responsibility* e nenhuma autoridade capaz de decidir se uma conduta é ou não responsável, trata-se de uma decisão diária posta a cada pessoa em seu dever de não interferir indevidamente na esfera alheia. A *responsibility* assume um viés preventivo que atua em caráter *ex ante* ao princípio do *neminem laedere*. Enquanto a *liability* se situa no passado – sempre atrelada a uma função compensatória de danos – a *responsibility* é perene, transitando entre o passado, o presente e o futuro. Sempre seremos responsáveis, não apenas perante um certo demandante, mas por toda a humanidade e pelas gerações futuras.²⁶

Se, em princípio, *Liability* e *responsibility* se apartam, pertencendo a sistemas normativos distintos, naturalmente não podem ser completamente separados pois

25. Na LGPD, o princípio da prevenção (art. 6., VIII) sacramenta o dever de que sejam adotadas medidas para prevenir a ocorrência de danos em razão do tratamento de dados pessoais. Percebe-se a propensão do legislador ao reforço da função preventiva da responsabilidade civil nesse contexto, que é robustecida, ainda, pela necessidade de aferição dos “riscos e resultados” razoavelmente esperados para que não se configure o tratamento irregular (art. 44, II) e da imposição de um dever geral de segurança (art. 46) desdobrado do princípio equivalente (art. 6º, VII), que, se for violado, acarreta responsabilização (art. 44, parágrafo único).

26. “In general, one might say that rules of responsibility are applicable to every human action: prior to acting in order to decide what someone may and should do, during the action in relation to how and in which manner something is to be done, and after the action in relation to how behave towards the victim” (WINIGER, Bénédicte. *Responsibility, restoration and fault*. Cambridge: Intersentia, 2018. p. 139).