

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

**A SELEÇÃO DOS INTERESSES MERECEDORES DE TUTELA NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS A DIREITOS A PERSONALIDADE: UMA ABORDAGEM ECONÔMICA DO DIREITO**

Pedro Alexandre Moreira<sup>1</sup>

**Resumo**

Pretende-se analisar de forma crítica a proteção corrente do solidarismo jurídico e sua ineficiência para regular as implicações dos casos de responsabilidade civil por danos a direitos da personalidade. Em uma sociedade de massa, marcada pela evolução tecnológica da interação viabilizando, por um lado, amplo acesso ao mercado com a inclusão de novos participantes e ferramentas de interação, acarreta, por outro lado, um aumento dos danos a direitos da personalidade que também foram ampliados por essas novas ferramentas tecnológicas. Para tanto, serve-se da abordagem apresentada por Anderson Schreiber no sentido de que os casos fáticos envolvendo direitos da personalidade que atraem a incidência da responsabilidade civil devem ser considerados como colisão de interesses merecedores de tutela, que podem ser solucionadas mediante a estipulação de uma regra de precedência com base nas condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Esta perspectiva tem como base a Análise Econômica do Direito como referencial crítico sobre a (in)coerência do entendimento corrente em nossos tribunais denominado por SCHREIBER como erosão dos filtros da reparação civil.

**Palavras chave:** Responsabilidade civil – Erosão dos filtros – Colisão – Interesses tuteláveis

**Abstract**

The intention is to analyze how the current of legal solidarity and its inefficiency are regular as one of the causes of civil liability for personality rights. In a mass society, marked by the technological experience of the enabling interaction, on the one hand, broad access to the market with a participation of new participants and interaction tools, extended from new technological tools parties. In order to do so, we should use authority by Anderson Schreiber to be the phatic processes around the law that attract the existence of civil liability as a collision of interests worthy of tutelage, which can be solved by stipulation of a rule of law precedence based on the factual and legal conditions of the particular case. This prospect has been based on an analysis of this study to use the SCHREIBER and erosion of the binary current in our courts called SCHREIBER.

**Key-words:** Civil liability - Erosion of filters - Collision - Interests of concern

---

<sup>1</sup> Professor de Direito privado da Faculdade de Direito Dom Helder Câmara. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduação (*lato sensu*) em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho. Advogado no escritório CRON Advocacia. E-mail: pedro133113@gmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar o entendimento corrente nos tribunais<sup>2</sup> e na literatura jurídica<sup>3</sup> que pode ser destacado como erosão dos filtros da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2013).

Com efeito, o princípio subjacente às inovadoras normas dispostas nos artigos 113, 421 e 422 do Código Civil de 2002<sup>4</sup>, visa proteger a função social das relações jurídicas com destaque para a responsabilidade civil decorrente dessas interações interpessoais.

No contexto do solidarismo jurídico (TIMM, 2008) a função social se constitui como cláusula geral aberta que justifica a interferência judicial nas relações jurídicas de direito privado (construção da personalidade) independentemente da verificação das regras legais aplicáveis que no caso são observadas sob a ótica da erosão dos filtros (elementos) da própria responsabilidade civil.

Nesse sentido devem ser entendidos os elementos da responsabilidade civil, como filtros que regulam a atuação do poder judiciário nas relações sociais. Dessa forma, a consideração da função social no contexto da interação social contemporânea impõe a aplicação de formas de seleção dos interesses merecedores de tutela.

De acordo com essa perspectiva a responsabilidade civil, quando aplicada sem a observância dos filtros correspondentes, se revela ineficaz para atender às demandas sociais.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que os interesses jurídicos das pessoas e os princípios jurídicos legitimadores destes entram em conflito quando interagem em casos concretos, bem como de que é possível sustentar racionalmente a prevalência de um princípio em face do outro em determinadas condições sem recorrer à solução do solidarismo jurídico.

---

<sup>2</sup> Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está insito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 608918/RS, j. 20.5.2004)

<sup>3</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>4</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

Essa constatação é subsidiada por pela perspectiva econômica, segundo a qual a função social é percebida, de um ponto de vista pragmático, na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo analisado e ao respectivo litígio que o indivíduo e o grupo de outros indivíduos (p. ex.: consumidores, sindicato de empregados, etc.) no qual este esteja envolvido enquanto agente participante (consumidor, empregado, etc.) daquela prática (mercado).

## **2. ANÁLISE DO SOLIDARISMO JURÍDICO COMO ALTERNATIVA AO PROBLEMA DA REPARAÇÃO CIVIL**

A sociedade, no contexto atual delineado pela Constituição da República de 1988, caracteriza-se pela prevalência da autonomia das pessoas que a integram. É nesse sentido que sua proteção pelo Estado se justifica, na medida em que contribui para a realização pessoal dos indivíduos que a compõem<sup>5</sup>.

Nessa toada, o Código Civil de 2002, em consonância com a Constituição Federal de 1988, trouxe inúmeras alterações sobre a regulamentação das relações sociais privadas. Entre as novidades se destaca a regulamentação da função social, princípio constitucional, que agora incide entre os agentes de direito privado (Código Civil de 2002<sup>6</sup>).

Com efeito, as decisões atinentes à regulação das relações privadas passaram a ser moderadas pelo poder judiciário com autorização legislativa ampla (cláusulas gerais supracitadas). Nesse contexto, parece paradoxal que o legislador tenha estabelecido limites para a capacidade negocial, de um lado, e, estipulado regras de seleção dos interesses merecedores da tutela da responsabilidade civil, de outro, o que acaba acarretando uma ampliação da interferência do poder judiciário nas relações privadas (fenômeno denominado por erosão dos filtros da responsabilidade civil, conf. SCHREIBER, 2013).

Conforme destaca Luciano Timm:

---

<sup>5</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil:** famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 588 p.

<sup>6</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

O ideário solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, caracterizada por uma maior abstração das normas jurídicas, justamente para dar espaço ao juiz para resolver os conflitos sociais, cada vez mais complexos, diante de uma sociedade cada vez mais especializada e funcionalizada. Mas não se trata de qualquer racionalidade, e sim de uma racionalidade dirigida à redistribuição dos benefícios do capitalismo para com os menos favorecidos, protegendo, através da lei, os fracos – em síntese, uma racionalidade essencialmente material e não formal.<sup>7</sup>

A esse respeito são dignas de destaque algumas manifestações reiteradas na jurisprudência em que se emprega critérios equivocados como a prova da “dor, vexame, sofrimento ou humilhação”<sup>8</sup> - revelando-se sempre em noções subjetivas do dano - ou a gravidade da ofensa - conhecido como “o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral”<sup>9</sup>.

Dessa forma, para satisfazer o princípio da função social nas relações privadas, percebe-se que o legislador procurou limitar a autonomia dos agentes nas questões que envolvessem a formação de relações jurídicas potencialmente onerosas ao patrimônio ao passo que o advento de novos meios de tecnologia da informação e da comunicação contribuíram para ampliar a liberalidade em relação às questões existenciais.

Assim, percebe-se que o princípio da função social impõe ao Estado uma obrigação positiva de intervenção no domínio das relações privadas para corrigir as distorções fáticas e proteger essa instituição, perspectiva denominado de solidarismo jurídico por Luciano Timm:

É esse ideário solidarista que se encontra, em primeiro lugar, na Constituição Federal (vide, por exemplo, os seus artigos 1º e 3º).<sup>17</sup> Mas também é essa visão que aparece claramente nas diretrizes do Novo Código Civil – “socialidade” e “eticidade” – e em diversos artigos espalhados pelo corpo do texto legal (ver, por exemplo, os artigos (157, 187, 421, 422, 424 e 1.228). É, portanto, nas entranhas do modelo “welfarista” que se encontra a gênese ideológica do Novo Código Civil.<sup>10</sup>

Portanto, o princípio da função social aplicável às relações privadas serve de base para a limitação da capacidade negocial de cada agente na formação de certas relações jurídicas, entre as quais o legislador constitucional e infraconstitucional civilista incluiu também as existenciais.

---

<sup>7</sup> TIMM, Luciano. Direito Contratual Brasileiro: Críticas e Alternativas Ao Solidarismo Jurídico, 2ª edição. Atlas, 2015. VitalBook file. p. 17

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2007.001.02811, j. 28.2.2007

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 403.919/MG, j. 15.5.2003.

<sup>10</sup> TIMM, Luciano. op. cit., p.18.

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

Segundo estabelece o artigo 5º da Constituição da República de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

E, segundo o disposto no Código Civil de 2002:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A interpretação corrente dos enunciados normativos sustenta a norma que impõe a ressarcibilidade a condutas derivadas de livre manifestação de interesse legítimo no âmbito das relações privadas por ofensa à função social.

Um exemplo dessa perspectiva solidarista pode ser encontrado na doutrina da chamada “constitucionalização do Direito Civil” de que falam diversos autores nacionais, a saber: MORAES, Maria Celina Bodin de, 2002; TEPEDINO, Gustavo (2008).

Dessa forma, percebe-se que a relativização das exigências (filtros) para a incidência do sistema de responsabilidade civil pode ser entendida como a manifestação do princípio da função social nas relações privadas, que impõe limites aos agentes que pretendam praticar atos no intuito de estabelecer transações.

### **3. JUSTIFICATIVA DA SELEÇÃO DOS INTERESSES MERECEDORES DE TUTELA**

Para possibilitar a abordagem do problema central proposto neste trabalho será necessário situar o instituto da responsabilidade civil no contexto da erosão dos filtros da reparação civil.

Nessa perspectiva Anderson Schreiber destaca de forma crítica algumas características da responsabilidade civil atualmente.

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

Primeiramente, o referido autor chama a atenção para a insuficiência do recurso aos direitos subjetivos destacando que “a limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea.”<sup>11</sup>

Além desse obstáculo, salienta-se a insuficiência da simples alusão à dignidade humana, uma vez que segundo o referido autor:

Se, por um lado, a seleção dos interesses merecedores de tutela não pode, especialmente no que diz respeito às lesões da personalidade, ser guiada por categorias rígidas pré-estipuladas pelo legislador, claro está que tampouco pode tal seleção operar-se à luz da simples referência nominal ao valor constitucional da dignidade humana.<sup>12</sup>

Conforme destaca SCHREIBER<sup>13</sup> é preciso atentar para “a praga dos chamados danos bagatelares”, que “ameaçam poluir a vocação constitucional de ressarcimento do dano à pessoa”.

Outro fator de crítica que merece destaque diz respeito à impropriedade do critério da gravidade da ofensa merecendo destaque as palavras de SCHREIBER segundo o qual:

Afligindo-se entre a imóvel concretude de um recurso a direitos subjetivos, previamente fixados em lei, e a excessiva fluidez da cláusula geral de tutela da dignidade humana, doutrina e jurisprudência vêm, por toda parte, inclinando-se em prol do critério da gravidade da ofensa.<sup>14</sup>

Para corroborar com essa asserção convém destacar ementas de julgamento retiradas da jurisprudência nacional:

Ultrapassada a confusão que havia na doutrina e na jurisprudência sobre o que seria realmente dano moral, assentou-se, enfim, o entendimento de que o dano moral há de medir-se por um padrão objetivo e não à luz de fatores subjetivos, cuja gravidade vá além de um simples aborrecimento decorrente de uma perda patrimonial, justificando, assim, a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. (TJRJ, Apelação Cível 2005.001.04676, j. 26.4.2005)

Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já

---

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. São Paulo Atlas 2013. p. 124

<sup>12</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 125

<sup>13</sup> SCHREIBER, op. cit., p. 129

<sup>14</sup> *Ibid.*

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 608918/RS, j. 20.5.2004)

Verifica-se que a noção, subjacente à denominação erosão dos filtros da reparação civil, é sintomática nas decisões judiciais colacionadas o que revela a ocorrência do fenômeno no cenário jurídico brasileiro.

Outro aspecto que merece ser destacada no contexto contemporâneo corresponde à impropriedade do critério da dor na estipulação da reparação civil. Com efeito, a dor não é constitutiva do dano moral, mas pura consequência conforme destaca SCHREIBER<sup>15</sup> exemplificando com os programas de “*Reality shows*”, e os casos de paciente em coma que também devem ter seus interesses existenciais tutelados em casos de ofensa, independentemente das condições que caracterizam esses exemplos. De acordo com essa perspectiva percebe-se que a consequência é irrelevante para a configuração do dano, mas serve de critério para a estipulação do valor da reparação.

Outro ponto de reflexão é a impropriedade do critério da utilidade pública e da eficiência econômica.

Considerando a perspectiva de eficiência econômica como objetivo da reparação civil é possível ressaltar a seguinte reflexão:

Na medida em que a solução preventiva à disposição do autor de um dano for menos onerosa do que as perdas impostas pela falta dessa prevenção, o autor poderia ser considerado, em termos jurídicos, *culpado* por não ter prevenido, e será, pois, condenado a pagar os danos. Isso lhe dá, bem como a outros na mesma situação, incentivo para prevenir. Em caso contrário, o fato de se impor o pagamento ao autor do prejuízo não gera esse interessante efeito es- timulador, não há culpa. Esses acidentes são mais bem assumidos sob forma de seguro pela vítima, como, na demonstração do teorema, no caso em que o médico é levado a assumir suas perdas.<sup>16</sup>

Fundamentando-se na teoria econômica de Ronald Coase, Raquel Stajn analisa:

Coase sempre sustentou que a hipótese de transações sem custo não é mais do que simplificação que facilita compreender a teoria, para atentar melhor para o mundo em que as transações são onerosas e em que a atribuição inicial de direitos pode bem ser a

---

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 133

<sup>16</sup> SZTAJN, Rachel; MACKAAY, P.; JOHANNES, Evert, and ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica Do Direito, 2ª edição. Atlas, 2015. VitalBook file. p. 210

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

final. A recomendação de política do direito, para o caso de significativos custos de transação, seria conferir o melhor direito à parte que, inexistindo tais custos, tê-lo-ia adquirido da outra, se não fosse desde logo a titular, ou, fórmula lapidar, atribuir o direito àquela das partes que mais o valorizassem.<sup>17</sup>

Alternativa de análise econômica também pode ser feita com base na teoria de Guido Calabresi<sup>18</sup>:

Em um conflito de usos que gera perdas ou acidentes, trata-se de imputar a responsabilidade àquela das partes envolvidas que pode, ao menor custo, reduzi-los ou evitá-los (*cheapest cost avoider*) [gestor menos oneroso de prevenção e reparação de custos – tradução livre]

[...]

Do que antecedeu decorre que o papel do direito, e o escopo sobre o qual as regras devem ser escolhidas, variam em função dos custos de transação. Enquanto os custos são pouco importantes, o legislador ou o juiz podem se satisfazer em articular os direitos com relativa indiferença - com a condição de que o façam com precisão - sabendo que a má atribuição será corrigida pelo "mercado", segundo as necessidades das transações entre partes. A medida que os custos de transação aumentem, essa correção será cada vez menos acessível e terá, como efeito, fazer com que, cada vez mais, se façam boas formulações de direitos.

Compreende-se que a função geral que a análise econômica detecta no direito seja reduzir os custos de transação por todos os meios possíveis.

Entretanto, antes de apresentar os aspectos dessa perspectiva é importante esclarecer a questão colocada pela crítica de SCHREIBER<sup>19</sup> para quem a preponderância do interesse público sobre o particular se justifica pelo fato da necessidade imposta pelo Ordenamento Jurídico de que as relações privadas devem se pautar nos valores constitucionais.

Assim, SCHREIBER<sup>20</sup> defende a intervenção do Poder Judiciário não para reparar os danos, mas para evitá-los. Essa constatação, corroborada pelas análises alternativas da abordagem econômica do direito, destaca a importância da definição de critérios (filtros) claros para estipulação da responsabilidade civil. O pretexto de fomento das demandas para negar a reparação não pode condicionar a seleção dos interesses merecedores de tutela a depender de uma reforma do Judiciário. A impropriedade do critério da relevância social e a chamada tipificação jurisprudencial dos danos conduzem a um subjetivismo do julgador na medida em que não são especificadas as razões que conduzem a constatação de relevância social.

---

<sup>17</sup> STAJN, op. cit., p. 214

<sup>18</sup> STAJN, op. cit., p. 214-215

<sup>19</sup> SCHREIBER, 2013, p. 135

<sup>20</sup> *Ibid*, p. 136

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

O dano, e a necessidade de seleção em caso concreto dos interesses tutelados, impõe a necessidade de estabelecer critérios que conduzam a discricionariedade decorrente das cláusulas abertas<sup>21</sup>.

Sobre esse ponto, convém citar trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça “não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele *in re ipsa*, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação”<sup>22</sup>.

#### **4. PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE DIREITO - ALTERNATIVA DE INTERPRETAÇÃO DOS FILTROS DA REPARAÇÃO CIVIL**

Com efeito, as decisões encontradas na jurisprudência sobre os pressupostos (ou, nas palavras de Anderson Schreiber, sobre os filtros) da responsabilidade civil no âmbito das relações privadas mostram a moderação do instituto pelo poder judiciário com autorização doutrinária ampla (denominado solidarismo já citado).

Merece destaque a perspectiva apresentada por Thiago Penido Martins em tese de doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais:

O reconhecimento da força normativa e supremacia hierárquica das normas constitucionais, com a conseqüente mudança do eixo interpretativo para o texto constitucional, não tem o condão de subtrair do direito privado a sua autonomia e importância no ordenamento jurídico. É importante reconhecer que da mesma forma que o direito público possui institutos e princípios que lhes são próprios, os quais são erigidos considerando as peculiares características das relações jurídicas que pretendem disciplinar, o direito privado também possui institutos e princípios que lhe são próprios e lhes dão essência, de modo que, mesmo diante do reconhecimento da força normativa e irradiante das normas constitucionais, é indispensável que o intérprete não despreze as normas de direito privado vigentes e a principiologia que lhe é inerente.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 142

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 880.035/PR, j. 21.11.2006.

<sup>23</sup> MARTINS, Thiago Penido. Igualdade e autonomia privada: a eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais e a proteção ao direito de livre desenvolvimento da personalidade humana. Belo Horizonte/Thiago Penido Martins. Belo Horizonte, 2015. p. 30.

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

Nesse contexto, o Ordenamento Jurídico pátrio retira sua legitimidade da harmonia entre, de um lado: a autonomia privada, e, de outro: a pública. Esse trabalho contínuo de (re) construção do sentido das normas jurídicas à luz desses dois pilares é que caracteriza o Estado de Direito como democrático<sup>24</sup>.

Só pode ocorrer restrição da propriedade dos causadores de dano com a estipulação de um dever de repara nos casos nos quais se verifique a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, que SCHREIBER chama de filtros da reparação civil. Conforme disposto no Código Civil vigente cujo teor convém transcrever:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Com efeito, no contexto do paradigma atual (Democrático), o condicionamento da existência do dever de reparação civil a razões não expressamente ou inferidas à partir das normas positivadas deve ser bem analisado uma vez que propõe a submissão da racionalidade privada (autonomia das pessoas) à pública (decisionismo do judiciário).

Por oportuno convém destacar essa perspectiva em contraposição ao pensamento de autores contemporâneos desenvolvido no contexto do Estado Democrático de Direito.

Conforme lembra Taisa Maria Macena de Lima é a partir da autonomia do direito privado que se opera “*a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz.*”<sup>25</sup>

Corroborando com essa visão Thiago Penido Martins adverte:

Exigir que particulares, no exercício da autonomia privada e liberdade de contratação, dispensem aos demais particulares idêntico tratamento ou que justifiquem os tratamentos

---

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT, 1996, p. 106.

<sup>25</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil atual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) Direito Civil: Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 248.

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

diferenciados realizados configuraria uma restrição demasiada e indevida, representaria impor-lhes um dever positivo de sempre conferir tratamento igualitário aos demais sujeitos privados. Sob a perspectiva da tutela do direito de livremente desenvolver sua personalidade, deve ser assegurado aos indivíduos a possibilidade de construir seus projetos de vida de acordo com seus sentimentos, inclinações pessoais, concepções de mundo. O exercício da autonomia privada não pode servir de justificativa para legitimar violações à dignidade das pessoas. O contrato, além de ser corporificador dos interesses individuais dos contratantes, deve ser instrumento para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos envolvidos.<sup>26</sup>

A partir da perspectiva hermenêutica do Estado Democrático de Direito, não se sustenta qualquer tentativa de subordinação da autonomia privada - representada na discricionariedade da escolha do particular sobre alternativas lícitas ou não proibidas por normas jurídicas - a questões de ordem pública (representadas entendimento criado pelo Poder Judiciário para relativizar os filtros da reparação civil e mencionados ao longo deste trabalho)<sup>27</sup>.

Portanto, no contexto contemporâneo precisamos superar essa tendência de publicização do direito privado e resgatar sua autonomia conforme destacado por César Fiuza<sup>28</sup> na banca de defesa da tese apresentada por Thiago Penido Martins.

Nesse contexto, é possível interpretar os filtros da reparação civil (ou pressupostos da responsabilidade civil) em conformidade com o entendimento subjacente à matriz (democrática) de pensamento que orienta a linha de pesquisa contemporânea (Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito).

De acordo com essa perspectiva, o exercício da autonomia privada não deve ser condicionado a critérios não previstos em lei e criados pelo Poder Judiciário, devendo interpretada conforme a idéia de autorização (liberdade positiva) no sentido kantiano que justifica a proteção ao exercício livre do arbítrio da pessoa, desde que realize escolhas lícitas, nascendo para esta a faculdade de coagir os outros a respeitarem essas escolhas, porque lícitas<sup>29</sup>. Assim,

---

<sup>26</sup> MARTINS, Thiago Penido. Igualdade e autonomia privada: a eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais e a proteção ao direito de livre desenvolvimento da personalidade humana. Belo Horizonte/Thiago Penido Martins. Belo Horizonte, 2015. p. 226.

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT, 1996, p. 106.

<sup>28</sup> Anotações de pronunciamento em sessão pública de apresentação e defesa de tese de doutorado intitulada: "IGUALDADE E AUTONOMIA PRIVADA: a eficácia do direito fundamental à igualdade no âmbito das relações jurídicas privadas contratuais e a proteção ao direito de livre desenvolvimento da personalidade humana" apresentada por Thiago Penido Martins ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 05/10/2015.

<sup>29</sup> Conforme Joãozinho Beckerkamp *in*. (org.). Immanuel Kant, Princípios metafísicos da doutrina do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 55: "*se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de*

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

neste contexto, não caberia ao Poder Judiciário tipificar escolhas não proibidas de forma expressa por normas jurídicas como critério para definir a existência do dever de reparar em casos lacunosos como os que envolvem dano moral.

Com base nessa perspectiva será possível entender como a erosão dos filtros da reparação civil pode ser solucionada a partir da consideração de seleção dos interesses merecedores de tutela.

## 5. CONCLUSÃO

Analisando a idéia de filtros da reparação civil, apresentada por Anderson Schreiber, percebe-se a importância do processo de interpretação e argumentação do Direito, no que se refere à identificação dos pressupostos da responsabilidade civil, evitando o enraizamento da fundamentação jurídica prática e o conseqüente engessamento do Ordenamento Jurídico.

Com base nessa perspectiva é possível interpretar a erosão dos filtros da reparação civil a partir da seleção dos interesses merecedores de tutela.

Nesse sentido, a interpretação sustentada neste trabalho não ofende a aplicação da responsabilidade civil uma vez que conserva a autonomia dos agentes nas relações privadas.

Por outro lado, permite a manutenção de determinados filtros constituídos pelos interesses merecedores de tutela selecionados no caso concreto.

Essa perspectiva pode ser reforçada com base em ferramentas interdisciplinares, por exemplo, como a análise econômica que, como visto, destaca a necessidade de que se façam boas formulações de direitos na medida em que a má atribuição da responsabilidade civil será corrigida pelo "mercado", segundo as necessidades de e das transações entre partes. Com o aumento dos custos de transação (do mundo atual: contratos e créditos eletrônicos), essa correção será cada vez menos acessível exigindo uma função geral no direito de reduzir os custos de transação por todos os meios possíveis.

---

*acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola."*

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

Dessa forma, considerando que a norma constante do artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002<sup>30</sup>) estabeleceu a obrigatoriedade de observância da função social e, servindo-se da análise econômica do direito para explicar como a função social do contrato se aplica no contexto de um mundo de mercado, Luciano Timm destaca que:

Essa perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços. Ademais, argumentou-se favoravelmente à utilização da análise econômica do Direito no âmbito dos contratos, para que se alcance um entendimento mais perspicaz acerca das externalidades do contrato, gerando menos prejuízo à coletividade e mais eficiência social.<sup>31</sup>

Essas externalidades ocorrem se as transações [ou relação jurídica<sup>32</sup>] são custosas, situação na qual, segundo Coase (*apud* STAJN, 2015, p. 210), estima-se que pode ocorrer um embate (danos patrimoniais e extrapatrimoniais) entre o custo privado (reparação civil) e o custo social (reparação penal) pelo fato de que certos custos não serão levados em consideração quando da delimitação das condições para incidência do instituto jurídico (responsabilidade civil), à falta de interesses merecedores de tutela selecionados.

Esse método interdisciplinar assegura a fundamentação do entendimento de que, no caso concreto devem ser explicitados os interesses merecedores de tutela e as externalidades (consequências) decorrentes da adoção do entendimento em relação à toda coletividade de agentes que interagem em um mercado livre de circulação de bens e serviços.

## REFERÊNCIAS

---

<sup>30</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>31</sup> TIMM, 2015, p. 96

<sup>32</sup> Conforme lembra PIMENTA (2012, p. 4918): “O termo “transações” usualmente empregado em Economia corresponde àquilo que, em Direito, se conhece por relação ou transação jurídica. ‘A transação jurídica é um ato pelo qual os indivíduos autorizados pela ordem jurídica regulam juridicamente certas relações. É um fato criador de Direito, pois produz os deveres e direitos jurídicos das partes que participam da transação’ (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3a edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 199). Toda vez que dois ou mais indivíduos decidem livremente entre si quais os direitos e deveres de um em relação ao outro temos uma transação tanto no sentido econômico quanto jurídico. A transação ou relação econômica ou jurídica por excelência é constituída pelo contrato.” Para fins didáticos, o termo transação será substituído no texto por relação jurídica.

MOREIRA, Pedro Alexandre. A Seleção dos Interesses Merecedores de Tutela no Âmbito da Responsabilidade Civil por Danos a Direitos da Personalidade: uma Abordagem Econômica do Direito. pp. 49-62

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 588 p.

BECKENKAMP, Joãozinho. (org.). Immanuel Kant. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível no site [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acessado em 23/07/2014.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível no site [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acessado em 23/07/2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 4.121/62*. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível no site [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acessado em 23/07/2014

\_\_\_\_\_. STJ. *Recurso Especial nº 1.163.074 – PB*, Relator: Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15 de dezembro de 2009, publicado em 04/02/2010.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Princípios fundantes do Direito Civil atual*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coordenadores) *Direito Civil: Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARTINS, T. P.; SAMPAIO JUNIOR, R. B. (Org.) ; PEREIRA, H. V. (Org.) . *Judicialização e Direitos Fundamentais - Vol II*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2018. v. 2. 240p .

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356p.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. São Paulo Atlas 2013.

SZTAJN, Rachel; MACKAAY, P.; JOHANNES, Evert, and ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica Do Direito*. 2ª edição. Atlas, 2015. VitalBook file.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: Críticas E Alternativas Ao Solidarismo Jurídico*. 2ª edição. Atlas, 2015. VitalBook file.