

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

CALANE JULIA LAZAROTTO

**RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO SOBRE OS MEIOS DE PREVENIR O
COMPORTAMENTO ILÍCITO**

ERECHIM

2020

CALANE JULIA LAZAROTTO

**RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO SOBRE OS MEIOS DE PREVENIR O
COMPORTAMENTO ILÍCITO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.
Departamento de Ciências Sociais
Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das
Missões – Campus de Erechim.**

**Orientadora: Prof. Esp. Alessandra
Regina Biasus.**

ERECHIM

2020

CALANE JULIA LAZAROTTO

**RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO SOBRE OS MEIOS DE PREVENIR O
COMPORTAMENTO ILÍCITO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.
Departamento de Ciências Sociais
Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das
Missões – Campus de Erechim.**

Erechim, ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Alessandra Regina Biasus.

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Nome do professor avaliador

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Nome do professor avaliador

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

*Aos meus pais e irmãos, por toda
compreensão, amor e apoio a mim
demonstrados.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas bênçãos a mim concedidas. A fé que cultivo me tornou esperançosa na concretização dos meus objetivos.

De modo especial, agradeço a minha família pelo suporte, compreensão e carinho oferecidos durante a feitura deste trabalho.

Aos amigos que conheci durante os anos de formação acadêmica e que tornaram a jornada leve e divertida: agradeço por tê-los comigo durante os anos que, até o momento, foram os mais felizes e gratificantes da minha vida.

Agradeço, ademais, ao curso de Direito da Uri Erechim, na pessoa da minha orientadora, professora Alessandra Regina Biasus, por não medir esforços para que este trabalho fosse concluído.

Por fim, agradeço ao Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal, onde realizei meu estágio, especialmente as minhas mentoras Dra. Karina Albuquerque Denicol e Dra. Letícia Carapeto Benrdt, por compartilharem conhecimento jurídico e prático, além de incentivarem e demonstrarem a importância da defesa da coletividade.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar os meios de prevenção do comportamento ilícito dentro do instituto da responsabilidade civil. Demonstrou-se que em outros países o instituto da responsabilidade civil possui funções diferentes além da ressarcitória. Desse modo, buscou-se analisar a responsabilidade civil com enfoque na prevenção de danos e punição do agente causador do ilícito, com a finalidade de desestimular o seu comportamento, já que o modelo atual prevê apenas a compensação do dano civil à vítima, sem evitar que o dano ocorra. Para embasar os estudos, exemplos de casos e empresas que se utilizam da função compensatória para lucrar, já que o valor pago à título de indenização é inferior aos lucros obtidos com o comportamento ilícito. Além disso, analisou-se jurisprudências que demonstram a tendência da jurisdição brasileira em aplicar a função dos danos punitivos, ou *punitive damages*, com o fito de punir comportamentos potencialmente ilícitos e prevenir danos civis. Para tanto, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, buscando-se dados e referências que ampliassem a compreensão do tema abordado, além da conceituação da legislação civilista atual, sendo empregado o método analítico-descritivo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Danos. Comportamento ilícito. Prevenção. Ganhos ilícitos. Danos Punitivos.

ABSTRACT

The present work aimed to analyze the means of preventing illegal behavior within the civil liability institute. It has been shown that in other countries the civil liability institute has different functions in addition to reimbursement. Thus, we sought to analyze civil liability with a focus on preventing damage and punishing the offending agent, with a disincentive to their behavior, since the current model provides only compensation for the civil damage to the victim, without preventing the victim. damage occurs. To support the studies, examples of cases and companies that use the compensatory function to profit, since the amount paid as compensation is lower than the gains obtained with the illegal behavior. In addition, jurisprudence that demonstrates the tendency of the Brazilian jurisdiction to apply the function of punitive damages, or punitive damages, with the aim of punishing potentially unlawful behavior and preventing civil damages, was analyzed. To do so, use the bibliographic research methodology, looking for data and references that broaden the understanding of the topic addressed, in addition to the conceptualization of current civilist legislation, using the analytical-descriptive method.

Keywords: Civil responsibility. Damage. Illicit behavior. Prevention. Illicit earnings. Punitive damages.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CC Código Civil

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
2.1 Noções gerais sobre responsabilidade civil.....	11
2.2 Elementos da responsabilidade civil.....	13
2.3 Ilícito civil e a caracterização da culpa do ofensor.....	15
2.4 Danos civis.....	18
2.4.1 Danos patrimoniais.....	20
2.4.2 Danos extrapatrimoniais.....	22
2.5 Causas excludentes de responsabilidade civil.....	24
3 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
3.1 Função reparatória.....	28
3.2 Função sancionatória.....	31
3.3 Função preventiva.....	32
3.4 Função precaucional.....	33
4 MEIOS DE PREVENIR O COMPORTAMENTO ILÍCITO.....	37
4.1 Restituição de ganhos ilícitos.....	37
4.2 Punitive damages.....	40
5 CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar a multidisciplinariedade da responsabilidade civil, desmistificando a ideia de que o instituto possui como única função a forma compensatória de danos.

O ordenamento jurídico brasileiro não dá função diversa à responsabilidade civil senão a do ressarcimento. No entanto, outros sistemas jurídicos como o presente em países como os Estados Unidos da América e Alemanha, enxergam a responsabilidade civil como dinâmica e o enfoque é na prevenção de danos.

Isso quer dizer que, como os ilícitos civis normalmente são produzidos por agentes de forma contínua (já que os lucros obtidos são maiores que os valores pagos à título de ressarcimento), a punição do agente pelo seu comportamento ilícito ou a restituição do lucro obtido de forma ilícita seriam formas de desestimular a produção de danos e prevenir ilícitos.

Antes disso, contudo, o presente trabalho de conclusão de curso abordou todas as espécies de danos, as possíveis causas excludentes de responsabilização do agente causador e as formas compensatórias em que a responsabilidade civil é tratada aqui no Brasil.

Em seguida, buscou-se analisar os meios de prevenir o comportamento ilícito na responsabilidade civil, dentro da função precaucional, como a restituição dos ganhos ilícitos e as *punitive damages*, ou seja, danos punitivos.

Os exemplos citados, como a destruição causada pelo rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho embasam a ideia de que a função compensatória de danos não é suficiente para desestimular a prática de comportamentos ilícitos, já que, nesses casos, a negligência da empresa controladora das barragens deixou de realizar vistorias e utilizou métodos antigos de contenção de rejeitos, em face dos gastos que teria se modificasse a represa.

Os danos causados ao meio ambiente e às pessoas que viviam nos arredores desses municípios são incalculáveis, mas que, por força da função reparatória da responsabilidade civil serão calculados. Contudo, os ganhos obtidos com anos de omissão na fiscalização das condições das barragens de rejeitos não serão restituídos às vítimas do desastre.

Desse modo, além dos lucros obtidos ilicitamente, o comportamento ilícito (negligência e omissão) não será punido e desestimulado. Isso porque a função

ressarcitória tem como objetivo reparar o dano produzido, mas não desestimular as intenções do ofensor.

As funções da responsabilidade civil que se quer abordar neste trabalho de conclusão de curso demonstram a importância de punir civilmente o agente por seu comportamento ilícito, seja pela aplicação de multa ou restituição dos ganhos obtidos ilicitamente.

Por fim, buscou-se analisar jurisprudências brasileiras em que as decisões buscaram formas sutis, dentro da função ressarcitória, de prevenir a ocorrência dos danos, onde tentou-se aplicar o método dos danos punitivos com a finalidade de punir o agente e desestimular suas ações danosas.

Diante disso, verifica-se que a responsabilidade civil é dinâmica e possui funções além da ressarcitória e que podem ser instaladas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de prevenir o dano e não somente repará-lo.

Utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, sendo empregado o método analítico-descritivo.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Thomas Hobbes (apud ROSENVALD, 2017, p. 21) “temos aversão não apenas por coisas que sabemos nos terem causado dano, mas também por aquelas que não sabemos que danos podem causar.”

De fato, o dano causado pode ensejar uma reparação pelo ofensor, de modo a compensar o ilícito cometido, como também pode servir de função punitiva ao agente do dano ou de função precaucional, a fim prevenir o dano. No entanto, o amortecimento do ilícito civil e a conserto dos efeitos danos só são possíveis pela aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil, como veremos.

2.1 Noções gerais sobre responsabilidade civil

Segundo Rosenvald (2019), a ideia primária da responsabilidade civil é transferir os danos da vítima ao ofensor, no intuito de resgatar a situação que estava estabelecida antes do cometimento do ilícito. O autor também afirma (2017, p. 21) que a responsabilidade civil possui funções fundamentais que se alteram conforme o período histórico vivido e o ambiente cultural existente na época.

No entanto, quem é responsável?

Segundo definição encontrada no dicionário (DICIO, 2020b), responsável é aquele “que responde pelos seus próprios atos ou pelas ações de uma outra pessoa: estou responsável pelo pagamento da dívida [...]”, no sentido jurídico pelo mesmo dicionário, pode ser o “possuidor de culpa; que causou alguma coisa; culpado; que tem responsabilidade, obrigação jurídica resultante do desrespeito de algum direito.”

Por sua vez, a ideia de responsabilidade civil revela traços íntimos com o direito antigo. Veja-se que

O famoso princípio da Lei do Talião, da retribuição do mal pelo mal, “olho por olho”, já denota uma forma de reparação do dano. Na verdade, o princípio é da natureza humana, qual seja, reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra a pessoa, a família ou o grupo social. (VENOSA, 2019, p. 467).

Percebe-se que na história antiga, a vingança foi a primeira reação à comportamentos nocivos (ROSENVALD, 2017, p. 36).

Não obstante, o direito romano foi o divisor de águas da responsabilidade civil. Venosa defende que

O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. (VENOSA, 2019, p. 467)

Faz-se importante reconhecer o direito antigo e os demais sistemas jurídicos para compreender o dinamismo da reponsabilidade civil, especialmente porque “o direito comparado oferece amplo modelo de exame, tanto pelas ideias, regras como pelas sanções. A comparação entre as legislações oferece a trama do discurso.” (ROSENVALD, 2017, p. 35).

Assim, verifica-se que

O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. (VENOSA, 2020, p. 437).

A responsabilidade revela vários significados, contudo, o direito brasileiro oferece um conceito particular sobre o instituto. Em síntese, o Código Civil de 2002, reúne artigos para definir a responsabilidade civil que, segundo o artigo 927, consubstancia-se na obrigação de reparar danos que causamos a outrem por nossa culpa ou por infringirmos condutas consideradas ilícitas pela própria lei (BRASIL, 2002). Estes atos ilícitos civis, por sua vez, são conceituados no artigo 186 como ações ou omissões que violem direito alheio (BRASIL, 2002).

Embora o diploma legal civilista brasileiro mencione a responsabilidade civil nos artigos 927 a 954, cabe à doutrina conceituar com clareza o instituto. Veja-se que, Venosa (2019, p. 443), entende que a responsabilidade civil está ligada à ideia de reparar um dano ilícito causado, ou seja “a reparação dos danos [é] algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito [...]”.

Em verdade, a legislação estreita a afinidade entre a responsabilidade e a obrigação, resignificando o instituto e tornando-o uma “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.” (ROSENVALD, 2017, p. 30).

No entanto, os conceitos de responsabilidade e obrigação não se confundem, como explica Paulo Nader

Ao titular do débito impõe-se a prestação e, na falta desta, tem-se a responsabilidade, que autoriza o credor a exigir o adimplemento e acréscimos decorrentes de perdas e danos. Para determinados autores, nem sempre a obrigação gera a responsabilidade, dando-se por exemplo as obrigações naturais (dívidas de jogo, débitos prescritos). Juristas há, entretanto, que não reconhecem nas obrigações naturais a existência de relações jurídicas, mas vínculos estritamente morais; em contrapartida, poderia existir a responsabilidade sem a prévia obrigação. (NADER, 2016, p. 07).

Nesse sentido, Rosenvald ainda explica que

Repensar hoje 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. Na contemporaneidade, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos. (ROSENVALD, 2017, p. 23).

Por esse motivo, necessário questionarmos “pra que serve a responsabilidade civil?” (ROSENVALD, 2017, p. 35). Antes de analisar as possíveis novas facetas do instituto, importante tecer alguns comentários acerca das funções habituais.

2.2 Elementos da responsabilidade civil

Até chegarmos às funções de responsabilidade civil hoje pacíficas no sistema *civil law*, o instituto passou por teorias que consideravam a culpa como pressuposto para responsabilização do ofensor até o entendimento de que deveria haver a ocorrência da lesão para que a vítima pudesse ser ressarcida.

A teoria subjetiva da responsabilidade civil acreditava que a demonstração da culpa era fundamental para responsabilizar quem causou o dano, mas foi perdendo força na medida em que se

observou que em determinados casos, como nos acidentes de trabalho, exigir da vítima a prova da culpa importava em não responsabilizar o agente causador do dano. A constatação se tornava ainda mais evidente diante da crescente complexidade das práticas industriais e do progressivo aumento dos riscos de acidentes de toda espécie. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 04).

Desde então, passou-se à construção de uma espécie de função para a responsabilidade civil embasada na produção de um dano para responsabilizar o ofensor, não mais deixando à vítima o encargo de provar a culpa do sujeito pelo ilícito cometido, ao passo que a Constituição Federativa da República do Brasil de 1988

[...] consolidou, definitivamente, a perspectiva solidarista da responsabilidade civil, firmando novas bases sobre as quais o instituto deve ser aplicado. Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais constituem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, passam a moldar os novos contornos da responsabilidade civil. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 05).

A doutrina não é pacífica quando o assunto são os elementos fundamentais da responsabilidade civil, Maria Helena Diniz (*apud* TARTUCE, 2018, p. 225), refere que o instituto absorve três elementos:

a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Outros autores, como Nelson Rosenvald, apostam na

(a) função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de reprimir o lesado ao ***status quo ante***, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros. (ROSENVALD, 2017, p. 32).

Paulo Nader entende que

ao responsável por pessoas ou instituições, cabe o estado de vigilância, atenção e zelo na conduta. Responsável é a pessoa que se sujeita às consequências pelo descumprimento do dever; é a que deve garantir eventuais indenizações. (NADER, 2016, p. 06).

Assim, pelas diferentes conceituações e entendimentos, pode-se atualmente afirmar que a responsabilidade civil vem sendo trabalhada sob uma ótica

multifuncional e dinâmica, capaz de não somente ressarcir o dano quando ocorreu, mas procurar meios de prevenir comportamentos potencialmente nocivos.

Em suma, as funções da responsabilidade civil não são excludentes, mas complementares entre si, como explica Rosenvald:

Uma simples condenação à reparação de um dano patrimonial ou dano moral, reflexamente desencadeia consequências inibitórias sobre o ofensor; este aspecto pedagógico é redobrado na função punitiva, pois a condenação recairá apenas diante de comportamentos demeritórios; servindo ainda de desestímulo aos potenciais ofensores; por fim, na função precaucional, a prevenção de comportamentos alcança o seu ponto externo, já que o ordenamento intervém com anterioridade para dissuadir o exercício de um empreendimento potencialmente danoso. Em suma, podemos afirmar que na função reparatória a indenização é acrescida a uma **“prevenção de danos”**; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma **“prevenção de ilícitos”**; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma **“prevenção de riscos”**. (ROSENVALD, 2017, p. 33) (grifo do autor).

Ainda, o mesmo autor refere que no Brasil, especialmente pela ideia introduzida no Código Civil, a responsabilidade civil possui uma função categórica de transferir os danos da vítima ao ofensor (ROSENVALD, 2017, p. 101).

Para tanto, faz-se necessário conceituar o que a legislação vigente, bem como a doutrina, considera como ato ilícito, culpa do ofensor, nexo de causalidade e dano civil.

2.3 Ilícito civil e a caracterização da culpa do ofensor

Como demonstrado anteriormente, a ideia de responsabilidade civil no Código Civil Brasileiro está fundada no ato ilícito e no abuso de direito (TARTUCE, 2018, p. 63). Assim, interessante transcrever os artigos atinentes à matéria.

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. (BRASIL, 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. (BRASIL, 2002).

A respeito das terminologias utilizadas pelo legislador, Tartuce acredita que

[...] o ato ilícito civil passa a ser o somatório de lesão de um direito e de um dano reparável. [...] É notória a influência do modelo do *dano injusto*, adotado pelo art. 2.043 do Código Civil italiano, segundo o qual, em tradução livre, qualquer fato doloso ou culposos, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que o cometeu a ressarcir esse prejuízo. (TARTUCE, 2018, p. 64).

Venosa afirma que atos ilícitos são aqueles “que emanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento.” (2020, p. 466). Além disso, o mesmo autor ainda conceitua que “o ato ilícito se traduz em um comportamento voluntário que transgredir um dever. [...] ontologicamente o ilícito civil não difere do ilícito penal; a principal diferença reside na tipificação estrita deste último.” (2020, p. 466).

Rosenvald refere que, na atualidade, é improvável que se encontre uma conduta imoral e lícita ao mesmo tempo, sendo que os abusos cometidos – aquela parte entre o permitido e o proibido – são considerados tão ilícitos quanto aqueles atos categoricamente descritos no direito, aliás o autor ainda cita que

O direito é um sistema composto por regras e princípios: a violação formal a regras é o ilícito subjetivo do art. 186 do Código Civil; a violação material a princípios é ilícito objetivo do art. 187 do Código Civil. Os princípios são deontológicos (não são valores) e, assim como as regras, funcionam a partir do código lícito-ilícito. (ROSENVALD, 2017, p. 67).

Scognamiglio (*apud* ROSENVALD, 2017, p. 70) conceitua o instituto da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito no sentido de “submissão do agente às consequências desfavoráveis da própria conduta”.

Nelson Rosenvald ainda faz uma crítica a respeito do entendimento atribuído ao conceito de ato ilícito dentro da responsabilidade civil, ressaltando que

A redação da norma [art. 186 do Código Civil de 2002] deixou a desejar, pois impropriamente vincula o ilícito com a reparação de danos, como se aquele não possuísse significado nas hipóteses de ausência de repercussão patrimonial ou extrapatrimonial na esfera subjetiva de terceiros. Todavia, é relevante sob o prisma dogmático o fato da lei civil discriminar o ato ilícito em sua pureza, de uma espécie de ato ilícito, tida como pressuposto da obrigação de indenizar na imputação subjetiva da responsabilidade civil (art. 927). O referido dispositivo não sanciona a conduta em si, mas sobretudo o seu efeito, consistente na concreta causação de um dano. (ROSENVALD, 2017, p. 69).

Sob esse prisma, passa-se à conceituação da culpa no instituto da responsabilidade civil, afinal de contas, no ato ilícito, “há uma desconformidade entre um fato e o direito, tida como antijuridicidade [...], some-se a isto a imputabilidade do

agente, portador de discernimento, com aptidão para a compreensão do caráter antijurídico da norma” (ROSENVALD, 2017, p. 61).

A ideia de culpa foi sendo modificada paulatinamente com o decorrer dos tempos. José de Aguiar Dias define a culpa como sendo

A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (DIAS *apud* VENOSA, 2020, p. 466)

Venosa refere que “o agente não é culpado porque agiu desviando-se da moral, mas porque deixou de empregar a diligência social média.” (2020, p. 467).

Verifica-se, ademais, que o artigo 186 cumulado com o artigo 927, ambos do Código Civil Brasileiro, elegeram a culpa como norteador da responsabilidade civil, na medida em que se define a ação, omissão voluntária, imperícia e imprudência como condutas passíveis de serem repreendidas se causarem danos a um terceiro.

Em suma, Venosa explica que

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (*delito*, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (*quase delito*). (VENOSA, 2020, p. 467).

O autor ressalta que a culpa pode ser dividida em mais conceitos, caracterizando a culpa *in eligendo* como aquela “oriunda da má escolha do representante ou do preposto, como, por exemplo, contratar empregado inabilitado ou imperito” (VENOSA, 2020, p. 472); a culpa *in vigilando* como a que “se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando” (VENOSA, 2020, p. 472); a Culpa *in commitendo*, segundo ele, ocorre quando o agente pratica ato positivo, geralmente caracterizado por imprudência (VENOSA, 2020, p. 472); e, por fim, a culpa *in omittendo* como a decorrente de “uma abstenção indevida, caracterizando negligência” (VENOSA, 2020, p. 472).

Adiante, Venosa alerta que

Nas hipóteses de culpa presumida, carregadas pela jurisprudência, há inversão do ônus da prova: cabe ao réu provar que não agiu com culpa. A

culpa presumida, contudo, não se confunde com a responsabilidade objetiva, que independe da culpa. (VENOSA, 2020, p. 475).

Nesse cenário, importante mencionar a diferença entre o dolo e a culpa, já que a título de indenização, a caracterização da culpa civil é suficiente, mas não o é naquelas situações em que se faz necessária a aplicação de medidas com caráter punitivo pedagógico, por exemplo (VENOSA, 2020, p. 455).

No entanto, a configuração da culpa não basta para que o agente seja responsabilizado, há a necessidade, agora, de verificar a sua imputabilidade. Para Sérgio Cavalieri Filho (*apud* NADER, 2016, p. 10), em síntese, o terminativo imputar significa “atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever”.

Nesse íterim, entre a culpa em sentido amplo (dolo e culpa em sentido estrito) e o dano causado, existe o nexo de causalidade que, segundo Piva

É a ligação entre o comportamento humano, comissivo ou omissivo, e o prejuízo provocado, que deverá ser provado pelo prejudicado, caso isso seja necessário, como ocorre quando a apuração depende de intervenção judicial provocada pela propositura de ação. (2012, p. 181).

Assim, resta agora conceituar o último pressuposto da responsabilidade civil, fato jurídico que poderá ensejar uma reparação.

2.4 Danos civis

Imediatamente após lermos sobre o instituto da responsabilidade civil, o que vem à mente como significado é a reparação de danos. Isso porque, como já explicado, na legislação brasileira, a responsabilidade civil tem uma função categórica de transferir os danos da vítima ao ofensor, a fim de que este possa minimizá-lo, reconstituindo a vítima ao cenário que existia antes de ser ofendida.

Normalmente, a noção de dano está atrelada ao prejuízo suportado pela vítima de um ato ilícito. Aguiar Dias entende que o dano se assemelha à noção de prejuízo:

Como, para nós, é possível, como já insinuamos, exigir-se que a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão, só por isso mostra mais adequada do que a de Cernelutti a definição de Fischer que considera o dano nas suas duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que

alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Assim, a lesão que o indivíduo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. O suicídio, por exemplo, não é punido pelas leis penais, apesar do seu caráter público. Tem-se a impressão, contudo, de que a não punição do suicídio não é, como aí se afirma, efeito do desinteresse do legislador penal, mas efeito da impossibilidade de efetivá-la. (*apud* TARTUCE, 2018, p. 372)

Contudo, segundo Venosa (2020, p. 490), “nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano”.

Há quem afirme, ainda, que o dano possui duas conceituações e, segundo a teoria normativa de dano, o vocábulo significa

Na generalidade dos casos, traduz-se também em duas acepções que por vezes se confundem: dano tanto pode significar a lesão, quer de ordem material, quer de ordem moral, como também a consequência jurídica desta lesão. Assim é que, quando se diz que uma pessoa sofre um dano, normalmente se está a referir à lesão, que pode gerar efeitos patrimoniais ou extrapatrimoniais, conforme o caso. Já quando se afirma, em complementação, que o dano que a pessoa sofreu é de tal monta, e que este *quantum* deve ser reparado pelo agente que o causou, faz-se referência ao dano como consequência jurídica (já no plano da reparação). Ambas as acepções são relevantes porque o Direito se preocupa não só com a atribuição da responsabilidade (quem responde), mas também com a definição das verbas indenizatórias (com quanto responde). (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 27).

Venosa (2020, p. 480), por fim, explica que “sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima”.

Caracterizado o dano, resta conceituar as espécies passíveis de responsabilização, quais sejam os danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

2.4.1 Danos patrimoniais

Refere-se à lesão ocorrida em interesses meramente patrimoniais, Piva (2012, p.182) considera

A existência de dano material direto (os ferimentos decorrentes da explosão de um aquecedor de água) e de dano material indireto (a morte por reação

inesperada ao medicamento utilizado em face dos ferimentos antes mencionados). Considere também o dano emergente (a destruição de partes de uma moto acidentada em face de buraco aberto no asfalto pela Prefeitura sem a sinalização necessária) e o lucro cessante (a receita não realizada pelo motoqueiro durante os dias em que a moto permanecer na oficina).

Segundo Paulo Nader,

Os danos materiais implicam não apenas a deterioração ou perda de coisas, mas ainda os prejuízos decorrentes de lucros cessantes, isto é, o que se deixou de adquirir. Exemplo típico deste último são os danos provocados em veículo de praça, impedindo o taxista de trabalhar durante alguns dias. (NADER, 2016, p.29)

Flávio Tartuce (2018, p. 54) afirma que tanto o dano quanto a extensão do prejuízo, nos termos do artigo 944 do Código Civil, devem ser comprovados por quem os alega, para que o magistrado saiba fixar o quantum indenizatório.

Além disso, os danos patrimoniais podem ser divididos em danos emergentes e lucros cessantes.

Os danos emergentes são também chamados de danos positivos, onde o dano é efetivamente palpável e é possível se caracterizar o que a vítima perdeu (TARTUCE, 2018, p. 54). Está presente no artigo 403 do Código Civilista Brasileiro, segundo o qual, verifica-se “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002).

Tartuce exemplifica a situação de danos emergentes do seguinte modo:

Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito. Em reforço à ilustração, é de se lembrar do que consta do art. 948, inc. I, do CC/2002 para os casos de homicídio. Em situações tais, devem os familiares da vítima ser reembolsados quanto ao pagamento das despesas com o tratamento do morto, seu funeral e o luto da família. Sem dúvida que, nesse caso, merece aplicação o princípio da razoabilidade no pedido de tais valores, sem exageros. (TARTUCE, 2018, p. 384).

Outro exemplo pode ser:

O credor que reclama indenização pelo interesse positivo demanda a execução do contrato, o que se verifica nos casos de mora, quando a prestação ainda é possível de ser adimplida pelo devedor e útil para o credor, ou de inadimplemento absoluto quando o credor pretende obter a execução pelo equivalente pecuniário da prestação do devedor. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 34).

De outra banda, os lucros cessantes são conceituados por Flávio Tartuce como “valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro, o que razoavelmente se deixou de lucrar.” (2018, p. 387). O autor ainda cita as possíveis situações em que encontramos os lucros cessantes no Código Civil, em especial:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que, efetivamente, os danos negativos visam, por exemplo, colocar o lesado

[...] na situação em que estaria caso o contrato não tivesse sido celebrado, sendo-lhe ressarcidas as despesas realizadas para a conclusão do negócio e tornadas inúteis, bem como os lucros que perdeu por ter desviado seus recursos e sua atividade de outras aplicações, de outros contratos, para celebrar o contrato inadimplido. O interesse negativo engloba, com efeito, o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse confiado que a manifestação de vontade do ofensor produziria o efeito que dela se esperava: o adimplemento da obrigação. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 34).

Importante essa definição, uma vez que para autores como Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, os danos negativos não somente abrangem os lucros cessantes, mas também os danos emergentes, já que “o lesado deverá recuperar as diminuições de valores por ele suportadas com a celebração do contrato, bem como os benefícios que por isso deixou de obter.” (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 35).

Desse modo, resta agora saber se a famigerada perda de uma chance gera o dever de indenizar.

Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 81) define que a perda de uma chance é a perda de uma oportunidade, e deve ser vista como “a perda da possibilidade de se obter o resultado esperado ou de se evitar um possível dano, valorizando as possibilidades que se tinha para conseguir o resultado, para, aí sim, serem ou não relevantes para o direito”.

A perda de uma chance, segundo Venosa, deve proceder a uma análise da ocorrência do dano, por exemplo, “há efetiva perda de chance para engenheiro jovem que, vitimado por atropelamento, torna-se tetraplégico: evidente que no seu mercado de trabalho nunca obteria o mesmo salário de um engenheiro sadio.” (2020, p. 480).

Por fim, Venosa ainda faz um breve resumo dos temas trabalhados aqui, veja-se, portanto, que

O dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização. O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. [...] O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. (VENOSA, 2020, p. 483).

Assim, conceituados os danos materiais e exemplificadas as situações em que o dano é passível de indenização ou reparação, passa-se agora à conceituação dos chamados danos extrapatrimoniais.

2.4.2 Danos extrapatrimoniais

De início, importante transcrever o contexto histórico que se inseriu a proteção ao direito extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, apontando que o dano extrapatrimonial

[...] encontra guarida, em primeiro lugar, na Constituição Federal de 1988, que tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a solidariedade social (art. 3º, I), ambos a impor que a responsabilidade civil não tenha por objetivo castigar comportamentos negligentes, mas, sim, proteger a vítima do dano injusto; em segundo lugar, no Código Civil (art. 186). (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 38).

O dano extrapatrimonial, segundo VENOSA (2020, p. 487), “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano”.

A guarida que abarca o direito extrapatrimonial ganhou força quando inserida no sistema sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, introduzindo a responsabilização do ofensor por danos morais no Código Civil em seu artigo 186, parte final, que preceitua:

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. (BRASIL, 2002).

Além disso, segundo Tepedino, Terra e Guedes (2020, p. 39), o dano extrapatrimonial é o gênero, dele decorrendo a espécie dano moral, cuja ideia foi difundida no Brasil com veemência pelo Código de Defesa do Consumidor.

Assistiu-se, no Direito brasileiro, a verdadeira enxurrada de ações individuais (tanto na Justiça Estadual comum quanto, principalmente, no âmbito dos Juizados Especiais) e – posteriormente – coletivas. O dano moral se transformou, de modo inquietante, em verdadeira panaceia para demandas sociais até então não resolvidas pelo Judiciário. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 39).

Os mesmos autores ainda reforçam que “o mero aborrecimento (dissabor, contrariedade ou irritação) não configura dano moral, porque corriqueiro, próprio das relações humanas. Em contrapartida, tudo o que ultrapasse esse limite pode vir a configurá-lo” (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 39).

Embora as lesões à direitos não palpáveis sejam difíceis de se reparar, as condenações pecuniárias procuram amenizar os direitos abalados. Esses direitos são de personalidade e encontram-se previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil (PIVA, 2012, p. 182).

A grande questão que envolve o direito extrapatrimonial, situa-se na reparação do dano causado. Isso porque o dano envolve direito individual e personalíssimo, visto que “o dano moral é próprio da pessoa humana, isso evidencia “a necessidade de individualizar, avaliando *in concreto*, o acto de qualificação de uma dada lesão orgânica ou funcional como uma incapacidade permanente” de modo que a reparação

deve acompanhar a extensão de cada lesão (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 42).

Importante dizer que os danos potencialmente causados comportam excludentes que podem ser arguidas pelo causador da ofensa, conforme se demonstrará a seguir.

2.5 Causas excludentes da responsabilidade civil

As causas que impedem o ofensor de reparar o dano causado são, segundo Sálvio Venosa (2020, p. 497), a culpa exclusiva da vítima, o fato causado por terceiro, o caso fortuito, a força maior e a cláusula de não indenizar.

Além dessa classificação, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda assegura a imunidade parlamentar como causa que exclui a incidência do instituto da responsabilidade civil, em seu artigo 53, quando ressalta que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (BRASIL, 1988), lembrando que essa prerrogativa vale também aos deputados estaduais e vereadores (NADER, 2016, p. 149).

De início, a culpa exclusiva da vítima, como leciona Venosa, está presente no artigo 945 do Código Civil que aponta a concorrência da vítima como excludente, sendo que “quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa” (2020, p. 497).

O fato de terceiro pressupõe que haja alguém presente na relação jurídica além da vítima e do causador do dano, que podem ser filhos, pais, patrões, empregados e prepostos (VENOSA, 2020, p. 508).

O fato se torna muito importante para a caracterização do nexo causal entre o dano e o ofensor, na medida em que

Quando a culpa é exclusiva de terceiro, em princípio não haverá nexo causal. O fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal. Cabe ao agente defender-se, provando que o fato era inevitável e imprevisível. [...] na maioria das vezes, em se tratando de fato de terceiro, para o qual há ação regressiva, raramente esta ocorre, porque geralmente esse terceiro não é identificado. (VENOSA, 2020, p. 508).

Há também o caso fortuito e a força maior, que serão tratados juntos por força de seus efeitos jurídicos serem os mesmos, embora as definições sejam diferentes (VENOSA, 2020, p. 499).

A doutrina é divergente, e José Aguiar Dias (*apud* VENOSA, 2020, p. 499) entende que caso fortuito e força maior são sinônimos na responsabilidade civil. No entanto, Venosa (2020, p. 499) entende que os dois fatos afastam o nexo causal, mas

O caso fortuito (*act of God*, ato de Deus no direito anglo-saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe).

Paulo Nader entende que caso fortuito e força maior são fenômenos de mesmo significado e que rompem a causalidade e não a ilicitude do ato, porquanto na primeira hipótese não se atribui a uma pessoa a autoria da lesão, ao contrário da segunda hipótese, onde os agentes são os causadores do dano (2016, p. 163).

Por sua vez, a cláusula de não indenizar, segundo Venosa

Trata-se, pois, da cláusula pela qual uma das partes contratantes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Essa cláusula tem por função alterar o sistema de riscos no contrato. Trata-se da exoneração convencional do dever de reparar o dano. Nessa situação, os riscos são contratualmente transferidos para a vítima. (VENOSA, 2020, p. 513).

Ressalta-se que a cláusula de não indenizar possui algumas restrições na jurisprudência brasileira, uma vez que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 161, onde refere que “em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar” (BRASIL, 1963).

A súmula parece coerente, tendo em vista o risco dos passageiros e também de cargas, já que, em ambos os casos, a responsabilidade não pode ser diminuída.

O artigo 188 do Código Civil Brasileiro cita algumas excludentes de ilicitude, quais sejam:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002).

A legítima defesa se configura “diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, à sua pessoa ou a outrem. O autor não responde pelos danos, pois a sua prática não constitui ato ilícito” (NADER, 2016, p. 156).

Assim, a legítima defesa

constitui justificativa para a conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite a justiça de mão própria, mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas caras ou contra seus bens. A doutrina sempre enfatizou que os meios da repulsa devem ser moderados. Nessa premissa, quem age em legítima defesa não pratica ato ilícito, não havendo dever de indenizar, na forma do art. 188, I. (VENOSA, 2020, p. 504).

Embora a legítima defesa quando comprovada não gere o dever de indenizar, “a ação praticada em legítima defesa causa danos a terceiro isento de culpa, haverá a responsabilidade civil” (NADER, 2016, p. 156), o qual dispõe “de ação regressiva contra o ofensor, para reembolso da indenização paga (art. 930)” (VENOSA, 2020, p. 504).

Ressalta-se que a legítima defesa putativa não exclui o dever de indenizar, já que nesses casos “a pessoa pensa que está defendendo um direito seu, mas isso, na verdade, não está ocorrendo, porque o direito não está ameaçado.” (PIVA, 2012, p. 186).

O estado de necessidade ou remoção de perigo iminente deve ser analisado em conjunto com os artigos 929 e 930 do Código Civil, ocasião em que serão indenizados o dono da coisa ou a pessoa lesada caso não forem causadores do perigo e, caso terceiro for causador do perigo, cabe ação regressiva contra este (BRASIL, 2002).

Venosa exemplifica que:

O agente, por exemplo, para desviar-se de um precipício, na direção de veículo, lança-se sobre uma pessoa; para desviar-se de uma árvore que tomba a sua frente inopinadamente, invade e danifica a propriedade alheia. Encontra-se justificativa para o mal causado à vítima na remoção de mal iminente. O indivíduo, na iminência de ver atingido direito seu, ofende direito alheio. O ato, em sua essência, seria ilícito, mas a lei reconhece que há uma excludente. (VENOSA, 2020, p.507) ,

Paulo Nader (2016, p. 161) reforça que a sentença penal absolutória gera efeitos na esfera cível tão somente quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva, havendo a possibilidade, portanto de reparação civil mesmo em sentença penal absolutória em casos de responsabilidade civil objetiva (aquela cuja culpa não precisa ser provada).

Por fim, o exercício regular de direito está imbuído na ideia de cumprimento do dever legal, deve-se, contudo, analisar a extensão da conduta do agente, uma vez que ultrapassados os limites impostos pela lei, haverá o dever de indenizar a vítima que suportou o dano e, além disso, caracterizar-se-á abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil Brasileiro (NADER, 2016, p. 162).

Caracterizados os danos passíveis de reparação por meio do instituto da responsabilidade civil, bem como os fatos que comportam excludentes da causalidade e ilicitude da conduta, resta agora analisar as funções típicas da responsabilidade civil.

Além disso, serão conceituados novos paradigmas da responsabilidade civil que são frequentemente utilizados em outros sistemas jurídicos, mas que podem surtir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

3 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Este capítulo tratará de desmistificar a ideia de que a responsabilidade civil se situa em uma única função de reparar o dano causado. Embora a função reparatória seja a essência do instituto, veremos que ela não inibe a ocorrência do dano.

Após conceituar os danos causados às pessoas e que responsabilizam civilmente o causador do ilícito, veremos que, embora tenhamos um ordenamento jurídico capaz de promover o reparo do dano, não há, ainda, meios de evitar o comportamento ilícito que gerou aquele evento danoso, de modo que existe o restabelecimento real da ordem econômica em detrimento ao restabelecimento fictício da ordem jurídica.

O instituto que outrora visava a vítima, agora pensa no causador do dano, a fim de evitar causas danosas previsíveis.

Nelson Rosenvald (2017, p. 95) defende que o ordenamento jurídico brasileiro segue, dentre outras direções, as seguintes “(I) repressão de comportamentos; (II) prevenção de comportamentos; (III) criação e distribuição de poderes; (IV) distribuição de bens”, de modo que essas direções implicam diretamente nas funções reparatória, punitiva e precaucional, que serão conceituadas a seguir.

3.1 Função reparatória

A função reparatória tem o intuito de que seja transferido ao ofensor os efeitos do dano suportado pela vítima, a fim de que, de forma milagrosa, seja restabelecida a situação que a vítima vivenciava antes de sofrer o dano.

A ideia de reparação do dano e restauração da situação vivenciada antes da ofensa é longínqua e remonta à Grécia Antiga. Isso porque o juízo de retorno ao status quo ante, ou seja, a visão de reintegrar o ofendido ao seu estado natural sempre foi descrita nos clássicos poemas cânones ocidentais.

Para melhor explicar, necessário referenciar a ligação entre os poemas de Homero em Odisseia com a função reparatória, muito embora há discussão sobre a autoria dos poemas (há debate sobre a questão Homérica, que não será tratada, pois, incabível aqui).

Italo Calvino (*apud* Nelson Rosenvald, 2017, p. 100-101) descreve sua impressão sobre a saga de Ulisses:

Como a linguagem dos mitos e dos romances populares em que toda aventura buscava um ideal de justiça pela reparação de um ilícito. Alguém era posto em uma condição miserável e alcançava a restauração de uma ordem ideal anterior. [...] Assim, Ulisses ou Robin Hood, nobres e cavalheiros reduzidos à pobreza, quando triunfam sobre seus inimigos restauram uma sociedade de justiça em que será reconhecida a sua verdadeira identidade.

Essa passagem quer dizer que a ideia de compensação de dano é inerente ao ser humano, ou seja, “a ideia de lesão está no centro da responsabilidade civil e a sua função, consequentemente, o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso.” (ROSENVALD, 2017, p. 101).

Adiante no contexto histórico, é inegável a influência da era romana no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto ao direito privado. Nesse diapasão, a responsabilidade civil, como instituto privado, repete as funcionalidades reconhecidas no direito romano, quais sejam a função compensatória, a sancionatória e a preventiva (TARTUCE, 2018, p. 57).

A transferência de danos e a restauração da ordem jurídica e econômica é o cerne da função compensatória, afinal, compensar, segundo o dicionário (DICIO, 2020a), é “equilibrar, balancear o efeito de uma coisa com outra; anular a perda com o ganho”, ou seja, fazer com que o causador do dano entregue seu patrimônio (proporcional ao ilícito) à vítima, a fim de minimizar os efeitos de suas ações.

Paulo Nader afirma que

A indenização pecuniária se justifica quando o tipo de dano causado não comporta aquela reparação, como se verifica nos danos de natureza moral ou quando a coisa é destruída. O valor a ser estipulado deve ser o suficiente para compensar a lesão; o dever de reparar independe do nível maior ou menor de culpa, pois, tratando-se de responsabilidade subjetiva, basta que seja leve; entretanto, o grau de culpa pode influenciar o *quantum* da indenização ou compensação. (2016, p. 14).

Desse modo, verifica-se que a função compensatória/reparatória também possui caráter punitivo e pedagógico, uma vez que a diminuição do patrimônio do ofensor serve para reparar o dano, punir o agente pelo ilícito cometido e educa-lo, de certo modo, à não cometer transgressões futuras.

Dito isso, importante referir que

A tutela ressarcitória intervém para reparar consequências e efeitos de comportamentos ilícitos, mas não se afirma como instrumento de

recomposição da ordem jurídica violada. O pagamento de uma quantia à vítima poderá reconstituir um valor material, mas não se preordena a tutelar o fundamento ético do ordenamento jurídico. (ROSENVALD, 2017, p. 105).

Mesmo porque, embora o Código Civil refira a preferência pela reparação integral do dano em seu artigo 994, quando preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002), normalmente há uma certa proporcionalidade entre o *quantum* indenizatório e a condição econômica do ofensor, já que a norma pretende “evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 27).

Por conseguinte, resta pendente uma questão: está ocorrendo uma terceirização da culpa do ofensor?

Pode-se entender que a indenização pecuniária cumpra o seu papel econômico, mas deixa de lado a ordem jurídica, visto que

A corrosão ética oriunda do monopólio da técnica ressarcitória só se intensifica com o crescente recurso ao sistema de socialização de danos pela via de securitização. A absorção da função reparatória por mecanismos de garantia contratual resulta em uma espécie de “terceirização da responsabilidade” por grandes corporações, o que acentua – junto ao movimento de objetificação da responsabilidade civil – a tendência de desculpabilização do ofensor quando da reparação de danos. (ROSENVALD, 2017, p. 105).

A proliferação de atividades de risco dificulta o enfrentamento da culpa do ofensor, especialmente pelo crescimento de empresas de seguro, veja-se, por exemplo, que

Se alguém realiza um contrato de seguro de sua residência e o imóvel é destruído por um incêndio, sequer haverá a necessidade do proprietário encontrar o responsável para conduzi-lo ao juízo cível a fim de apurar a sua responsabilidade, sendo suficiente acionar a seguradora. (ROSENVALD, 2017, p. 108).

Esse posicionamento não é todo pacífico, em razão de abarcar ditames de outros sistemas jurídicos, e, desta forma, há quem defenda que

A ideia de responsabilidade civil deixa, gradativamente, de se vincular à punição do agente ofensor, e passa a se relacionar ao princípio elementar de que o dano injusto, assim entendida a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado, consagrando a função precípua que se passou

a atribuir ao instituto: a reparação patrimonial do dano sofrido. (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2020, p. 1).

Por outro lado, e retornando à questão do seguro como exemplo, verifica-se que a típica e natural função reparatória da responsabilidade civil é frustrada, visto que

Se, antes, o problema do dano se resolvia na relação entre o lesado e o lesante, hoje esta relação não é mais o centro do problema, pois frequentemente o responsável pelo dano não ressarcirá pessoalmente já que o lesado não o procurará, mas ao seu segurador. (ROSENVALD, 2017, p. 110).

Em síntese, em casos como esses, “a compensação dos danos não servirá como desincentivo” (ROSENVALD, 2017, p. 110).

Por esse motivo, há que se dizer que o trivial fundamento de decidir e opinar utilizado pelos operadores do direito ao afirmar que a indenização serve como função compensatória e possui caráter punitivo-pedagógico, já não é tão eficaz para evitar danos futuros.

No entanto, outras funções ainda exerce a responsabilidade civil, como a precaucional e preventiva, que serão conceituadas e expostas os seus efeitos e omissões.

3.2 Função sancionatória

Há pouco registrou-se que a responsabilidade civil vê os danos como compensáveis, mas não como efeitos de uma ação passível de ser punida, ao menos a legislação não afirma o caráter punitivo da norma civil.

Esse caráter punitivo ou sancionatório não exala função típica da responsabilidade civil de acordo com Massimo Bianca (*apud* NADER, 2016, p. 16), que defende

Uma opinião generalizada atribui à indenização por danos não patrimoniais uma função punitiva total ou parcial. Esta opinião não pode ser compartilhada porque a referência normativa a ressarcimento significa que o remédio é estranho ao tema das punições, reservado ao Direito Penal.

No entanto, embora existam opiniões divergentes, a função punitiva da responsabilidade civil pode ser entendida como “uma pena civil ao ofensor, como desestímulo de comportamentos não admitidos pelo Direito” (TARTUCE, 2018, p. 61).

Além disso, pode-se afirmar que o acréscimo na indenização civil “funciona como uma sanção para aquele que viola a regra, seja ela legal ou contratual, trazendo essa um caráter indissociável de desestímulo para novas condutas ofensivas” (TARTUCE, 2018, p. 61).

Há que se dizer que cumpre papel na responsabilidade civil e é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de que aplicação de multa para o descumprimento de alguma obrigação firmada.

Visualize-se que

[...] na esfera processual civil admite as *astreintes* – penalidade estipulada pelo juízo para a hipótese de descumprimento de obrigação, geralmente de *fazer* ou *não fazer*, cujo valor é progressivo, pois fixado em dias-multa ou periodicidade diversa. Como o descumprimento prolongado da obrigação pode elevar a pena pecuniária a valores exorbitantes, as *astreintes* possuem efeito preventivo contra a inadimplência. (NADER, 2016, p. 16).

O desestímulo a práticas danosas, porém, pode sobrevir de outras formas, como a função preventiva da responsabilidade civil.

3.3 Função preventiva

O nome já sugere: a forma com que a responsabilidade civil é aplicada ao fato implica efeitos, sendo um deles a prevenção de novos eventos danosos.

A prevenção de ilícitos possui relevância tanto quanto a compensação de danos. Isso porque, como já visto, enquanto a compensação busca reparar o dano de forma patrimonial, a prevenção busca evitar o cometimento de novos ilícitos.

A diferença está no bojo de cada função, a compensação está umbilicalmente ligada ao dano, enquanto a prevenção está ligada ao comportamento ilícito do ofensor.

A função compensatória possui, de certo modo, um caráter preventivo e “é evidente que a ciência da possibilidade de ser convocado em um juízo para responder pelo dano provocado em alguma medida poderá induzir a uma maior prudência e dissuadir comportamentos que apresentem este risco” (ROSENVALD, 2017, p. 112).

Para Flávio Tartuce (2018, p. 61), a função preventiva existe para inibir condutas ofensivas, visto que o instituto da responsabilidade civil deve ser forte o bastante para inadmitir práticas atentatórias à direitos protegidos.

Ademais, Hedemann defende que a função preventiva deve impedir que o dano se materialize, visto que

A indenização de danos serve para reparar uma vulneração do direito consumada; mas, pergunta-se: por que se tem de esperar até que o dano exista? Em seu lugar deve ser concedida uma ação judicial preventiva que freie o perturbador, antes de cometer o ilícito. (*apud* NADER, 2016, p. 14).

No entanto, essa função deixa a desejar quanto à reprovação da conduta do ofensor, isso porque está muito preocupada com o prejuízo e a contenção de danos.

Ao se abolir qualquer discussão sobre a ilicitude do ato, ou a valoração da culpa do ofensor, em prol de um critério pautado exclusivamente no nexo causal entre a atividade do agente e o dano, a responsabilidade civil se exime de uma função de desestímulo de comportamentos nocivos e prevenção de ilícitos, pois a diligência do potencial causador do dano – ou o seu esforço na redução das margens de risco – não terá qualquer impacto, seja na afirmação da obrigação de indenizar, seja no montante da compensação. (ROSENVALD, 2017, p. 112-113).

Nesse aspecto, algumas são as alternativas a serem seguidas, dentre elas a pena civil, que, aliás, ainda não se mostra presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, para melhor aprofundar as possíveis soluções para contenção e comportamentos ilícitos e, por conseguinte, de danos, há que se analisar outra função da responsabilidade civil, chamada de precaucional e as espécies especiais de danos que ela pretende evitar.

3.4 Função precaucional

A função precaucional, segundo Nelson Rosenthal (2017, p. 122), surgiu com o direito ambiental na Declaração da ECO-92, onde estabeleceu-se no art. 15, que “com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades”.

Apesar disso, há que se dizer que embora seja assemelhado, a função da precaução diverge da prevenção, e a diferença consiste no risco, ou seja

O princípio da prevenção será aplicado quando o risco de dano for atual, concreto e real. Trata-se do perigo, que é o risco conhecido, como por exemplo, o limite de velocidade nas estradas ou os exames médicos que antecedem uma intervenção cirúrgica. Já o princípio da precaução deve ser aplicado no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que possam levar aos chamados danos graves e irreversíveis. (ROSENVALD, 2017, p. 120).

Registre-se, inclusive, que o princípio da precaução se alia a probabilidade de danos de grande monta, especialmente aqueles nucleares, químicos, ecológicos ou associados à engenharia genética, cujos danos não são compensáveis e tampouco passíveis de seguro (ROSENVALD, 2017, p. 122).

Diante disso, a função precaucional pode até ser reconhecida na maneira como o processo é conduzido. Como exemplo, cita-se a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça que inverteu o ônus da prova, a fim de que o empresário demonstrasse a segurança de sua atividade industrial, ou seja, que ela não oferecia risco ao ambiente (ROSENVALD, 2017, p. 124).

Na oportunidade, o REsp sob relatoria da Ministra Eliana Calmon, definiu que “justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento [...], conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução” (BRASIL, 2009).

A importância da função precaucional se reflete nos acontecimentos em Minas Gerais, no rompimento das barragens de rejeitos de mineração nos municípios de Mariana e Brumadinho.

Isso porque desastres ambientais são de difícil quantificação, especialmente pela “incerteza quanto à extensão dos danos e a existência de vários modelos de valoração dos impactos ambientais” (PENNA; REZENDE, 2018, p. 66).

A questão, desses casos, não é tão somente a quantificação dos danos, mas, também, a possibilidade de tê-los evitado; função precaucional que não é estranha à responsabilidade civil.

Veja-se que ainda no ano de 2005, a empresa SAMARCO (operadora da barragem de Fundão que rompeu no Município de Mariana) tinha conhecimento dos “riscos relativos à operação da barragem de rejeitos. Desde aquela época, já eram previstos os “perigos ambientais”, as “causas” e os “efeitos” da concretização dos riscos.” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016).

Assim, de acordo com o exemplo citado, percebe-se a necessidade de atrelar a função precaucional a algumas punições, caracterizando o ofensor e gerar

Determinadas sanções em face do empreendedor que exerce atividade ou crie produtos hábeis potencialmente a causar futuros danos. Como técnica de controle social, essas sanções poderão consistir desde proibições de exercício de atividade – em casos extremos – a restrições ao exercício de empreendimentos e mesmo um reforço do dever informacional, no sentido de que se amplie a transparência no mercado e à sociedade quanto ao conteúdo da atividade virtualmente danosa. (ROSENVALD, 2017, p. 126).

Hoje, após os desastres ambientais ocorridos no país, entende-se a necessidade de prevenir danos, no entanto, falta uma característica no instituto da responsabilidade civil.

Nelson Rosenthal (2017, p. 126) explica que a indenização, reparação ou compensação, como queiram chamar, não previne comportamentos nocivos e consequentemente a ocorrência de danos, ocasião em que faz-se necessário “desestimular o potencial ofensor a prosseguir em sua atividade – ou adequar os seus rumos a parâmetros de segurança –, impossibilitando consequentemente a futura produção de danos.”

O fato é que as atividades de risco são altamente lucrativas. Isso quer dizer que os comportamentos ilícitos, quando não são impedidos ou punidos, geram grande lucratividade.

Os danos coletivos causados pela degradação do meio ambiente no rompimento da barragem no Brumadinho, operada pela empresa Vale do Rio Doce, são exemplos de comportamentos ilícitos que geram comodidade e lucro e “valem o risco de dano” que se corre, visto que a empresa

Manteve meios/mecanismos de exploração extremamente arcaicos e perigosos, mas apenas com o objetivo de obter lucros, porque qualquer indenização que a Vale do Rio Doce seja condenada à justiça brasileira, vai ser um valor extremamente inferior aos lucros que ela obtenha com o exercício daquela atividade. (ROSENVALD, 2019).

A partir desse ponto de vista, verifica-se que ainda não existem mecanismos dentro da responsabilidade civil para conter comportamentos ilícitos. Isso porque o instituto ainda possui caráter essencialmente ressarcitório.

A visão do legislador está intimamente ligada à vítima e aos danos por ela suportados, visto que a o parâmetro para fixação da indenização é a extensão do dano, de acordo com o artigo 944 do Código Civil (ROSENVALD, 2017, p. 148).

Também, faz-se importante mencionar que há uma lacuna legislativa quanto à possibilidade de valer-se de outros meios além dos existentes com a finalidade de evitar danos e comportamentos, tanto é que

A priori, a função meramente reparatória da responsabilidade civil – tal como utilizada correntemente no direito brasileiro – exclui qualquer reflexão para além do dano, e do lesado. Este dogma é o que justifica a manutenção do lucro na esfera de quem o produziu, pois não será possível impor a restituição do lucro obtido pelo fato ilícito, eis que tal reação só seria obtida pela imposição de uma pena civil. (ROSENVALD, 2017, p. 148).

Nesse sentido é que a responsabilidade civil está direcionada em outros sistemas jurídicos, onde os institutos evoluem no mesmo passo que as necessidades sociais e os comportamentos pessoais.

Verifica-se, assim, que as funções típicas da responsabilidade civil não são suficientes para evitar comportamentos ilícitos e que promovem danos potenciais. A legislação ainda possui caráter eminentemente reparatório, com foco no dano e na vítima, deixando de lado o ofensor.

No entanto, o escopo deste trabalho é clarear as funções da responsabilidade civil brasileira e demonstrar os meios de contenção de danos utilizados em outros ordenamentos jurídicos, como o alemão e norte-americano, e que vem diminuindo a reprodução tanto de comportamentos como danos.

Dito isso, passa-se agora à conceituação de meios capazes de conter a reiteração de comportamentos danosos e a produção de danos, tanto na responsabilidade civil contratual quanto na extracontratual.

4 MEIOS DE PREVENIR O COMPORTAMENTO ILÍCITO

O intuito de prevenir o comportamento ilícito é não esperar que o direito penal seja uma resposta *prima facie*. O comportamento omissivo e precário das empresas controladoras das barragens que romperam nos Municípios de Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais, gerou em uma responsabilização criminal, visto que a responsabilização civil está atrelada à reparação de danos, consistente em um *quantum* indenizatório.

Além dos danos patrimoniais, destaca-se que é possível a aplicação de um instituto com caráter punitivo e preventivo para conter comportamentos inclusive na esfera extrapatrimonial.

Radbruch já defendia que “não precisamos de um direito penal melhor, mas de qualquer coisa melhor do que o direito penal” (*apud* ROSENVALD, 2017, p. 162), o que demonstra a necessidade de olharmos para o direito civil como mantenedor de mecanismos capazes de prevenir ilícitos que abarrote o sistema penal depois.

Nesse diapasão, passa-se agora ao âmago deste trabalho, demonstrando mecanismos alienígenas de contenção de comportamentos e que possuem tendência na jurisprudência estrangeira, podendo ser implantados no ordenamento jurídico pátrio.

4.1 Restituição de ganhos ilícitos

De início, destaca-se o acontecimento de rompimento da barragem no Município de Brumadinho, no Estado de Minas Gerais.

Poderia, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ao invés de se compensar o dano ambiental causado, exigir da Vale do Rio Doce, empresa controladora da barragem, o ganho obtido com o exercício daquela atividade econômica? (ROSENVALD, 2019).

A ideia é mais persuasiva em termos de contenção de comportamentos do que a pura reparação de danos. No entanto, no Código Civil, em seu artigo 927, encontra-se que o instituto da responsabilidade civil é essencialmente reparador de danos. Veja-se que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002).

Assim, os lucros obtidos com um comportamento antijurídico, precário e propulsor de riscos não encontra respaldo na legislação brasileira para ser resgatado, na finalidade de conter comportamentos antijurídicos, punindo o ofensor e evitando danos.

O comportamento parasitário, em seu sentido pejorativo, pode ser definido como aquele que é frívolo, vive às custas de outro, prejudicando-o de alguma forma (DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS ONLINE, 2020). Esse prejuízo, no entanto, não pode ser resgatado por meio do instituto da responsabilidade civil, em face de seu caráter ressarcitório.

Porém, existem autores como Sérgio Savi, que defendem a ideia ressarcitória da responsabilidade civil e impõem que o lucro ilícito deve ser obtido por meio do enriquecimento se causa, visto que “o enquadramento dogmático do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa pressupõe a superação da teoria unitária do deslocamento patrimonial” (BARBOSA, 2012, p. 02).

Isso quer dizer que aquele que obteve lucros com a prática de atividades que geraram danos, sofrerá as consequências previstas no artigo 884 do Código Civil:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. (BRASIL, 2002).

Tanto é, que o Conselho de Justiça Federal emitiu, na VIII Jornada de Direito Civil, o enunciado nº 620 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2018), afirmando que

A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa.

O fato é que o direito brasileiro está tão engajado na ideia reparatória que os mesmos institutos são interpretados de forma diferente em outros sistemas jurídicos.

O lucro ilícito por si só configura um dano, pois, resulta de um fato ilícito provocado por um comportamento típico que, nas palavras de Nelson Rosendal é “o de se alimentar de uma utilidade alheia, apropriando-se o lesante de uma dimensão existencial inerente ao lesado, seja ela um atributo físico ou intelectual” (2017, p. 155).

A deficiência do instituto da responsabilidade civil fez com que outros institutos encontrassem uma forma de restituir lucros, veja-se o artigo 1.216 do Código Civil:

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Visualiza-se, portanto, que a tutela ressarcitória foi rompida, uma vez que “o retomante do bem obterá a reparação por um montante que se relaciona com o resgate dos ganhos indevidamente obtidos pelo possuidor de má-fé.” (ROSENVALD, 2017, p. 151).

Não obstante, outras situações peculiares, como aqueles presentes no direito de propriedade imaterial, impõem a necessidade de haver uma função restitutória, Rosenvald traz como exemplo o caso da atriz Midler *versus* Ford Motor Co., onde a empresa preferiu pagar uma indenização pelo uso da imagem, já que os lucros obtidos com a propaganda seriam muito superiores, eis o caso:

Após ter recusado participar de uma publicidade da empresa – em virtude da diminuta quantia que lhe foi oferecida -, se viu surpreendida quando a Ford divulgou campanha publicitária com uma sósia, no mesmo anúncio em que a Midler participaria. (2017, p. 152).

Outro exemplo, agora doméstico, é retratado na obra de Rosenvald (2017, p. 153-154), onde empresas buscam a fuga das obrigações contratuais por meio da responsabilidade civil, como é o caso das ações ajuizadas pela Microsoft e que chegaram no Superior Tribunal de Justiça, onde ofensores valiam-se do uso de programas de computadores sem a autorização da empresa, caracterizando contrafação. Nesse caso, a ministra Nancy Andrighi assim se manifestou

A mera compensação financeira, mostra-se não apenas conivente com a conduta ilícita, mas estimula a sua prática, tornando preferível assumir o risco de utilizar ilegalmente os programas, pois, se flagrado e processado, o infrator se verá obrigado, quando muito, a pagar ao titular valor correspondente às licenças respectivas. (BRASIL, 2010).

Essa situação quer dizer que a Microsoft talvez não saiba os danos por ela suportados, portanto, justo seria que lhe fosse entregue os lucros auferidos pela empresa que usurpou seus programas de computadores, ou seja, que o ofensor entregasse à Microsoft os lucros auferidos por ele por meio de um comportamento ilícito.

Caberia, nesses casos a aplicação de uma função norte-americana e inglesa denominada “*disgorgement*” (“restituição”) que, nada mais é do que “uma sanção de natureza punitiva e preventiva tanto aplicável à violação do contrato como à responsabilidade civil [...]; o ofendido também terá acesso a todo proveito ilicitamente obtido pelo lesante” (ROSENVALD, 2017, p. 152).

Assim, a responsabilidade civil passa a ter uma função preventiva de ilícitos que

Não se confunde com uma sanção civil punitiva, por duas claras razões: a restituição do lucro ilícito não altera in pejus a consistência quantitativa do patrimônio do responsável, apenas se limita a remover o plus valor criado pela conduta antijurídica, restituindo o seu patrimônio à consistência originária; ademais, a verba que excede a indenização se destina ao patrimônio da vítima, não ao erário ou à coletividade. (ROSENVALD, 2017, p. 155).

Nesses casos, o magistrado, por meio da sentença, firmaria a condenação do ofensor em quantia igual aos lucros ilícitos obtidos, para que os ganhos auferidos ilicitamente sejam suprimidos.

Em suma, não haveria a necessidade de aplicação de dois institutos diferentes como é o caso da responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, mas tão somente uma aplicação de uma função restitutória da responsabilidade civil, que não existe atualmente no Brasil.

4.2 *Punitive Damages*

Diferentemente da restituição de ganhos ilícitos, apontada no título anterior como função desencorajadora de atos que implicam lucros às custas alheias, a *punitive damages* serve para contenção de comportamentos reprováveis.

Nelson Rosenvald define a expressão *punitive damages* como condenação punitiva (2017, p. 191), de modo que serão “concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária” (2017, p. 193).

Luciana de Godoy Penteado Gattaz, ao analisar a aplicação das *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, referiu que a

indenização punitiva (conforme tradução dada pela doutrina pátria), em linhas gerais, visam punir o agente ofensor de determinado direito, aplicando-lhe uma indenização superior ao valor do dano (patrimonial ou extrapatrimonial),

como forma de evitar que a ação danosa seja repetida pelo agente ou por qualquer outro indivíduo. (2016, p. 02).

Para Paulo Nader (2016, p. 16) as *punitive damages*, em casos específicos e graves “em que se verificam a tangibilidade da dignidade humana, o *quantum* indenizatório pode alcançar cifras substanciais, dependendo das circunstâncias, especialmente da fortuna do ofensor e da extensão dos danos.”

Dito isso, verifica-se que os *punitive damages* servem como uma função punitiva da responsabilidade civil para promover uma indenização que pode ir além dos lucros ilícitos auferidos pelo ofensor, cujo caráter é sancionatório, ou seja, demonstra a repulsa pelo ato praticado e inibe a reiteração de comportamentos do mesmo feito.

Acredita-se que os *punitive damages* ocorram com frequência

Na responsabilidade dos fornecedores pela oferta de produtos [...], concedidos: (a) condutas fraudulentas – aqui há um comportamento ativo do fornecedor em enganar o público, mesmo conhecendo os riscos do produto; (b) violação das disposições em matéria de segurança [...]; (c) inadequação dos controles [...]; (d) ausência de advertência sobre os riscos do produto [...]; (e) incapacidade de remediar os defeitos do produto após o seu ingresso no mercado. (ROSENVALD, 2017, p. 193-194).

Assim, pontua-se que nesses casos levantados, o risco do negócio assume posição passível de incidência dos *punitive damages*. Isso quer dizer que haveria uma indenização a maior referente ao risco produzido, além daquela relativa aos danos efetivamente causados.

Há que se dizer, porém, que o direito brasileiro resiste à implantação do *punitive damages*, defendendo que

a tese de que seria impossível a aplicação dos *punitive damages* no país, seja pela vedação ao enriquecimento sem causa, ou pelas diferenças não só entre o direito brasileiro e o Direito norte-americano de uma forma geral, como também entre a economia, cultura, história, estrutura do Poder Judiciário, e até o sistema de seguros desses países (GATTAZ, 2016, p. 06).

O argumento desfavorável à implantação desse meio no ordenamento jurídico pátrio está, além do enriquecimento sem causa da vítima e as condenações sem parâmetro, na possibilidade de transparecer uma impressão punitivo-criminal, destinada ao Direito Penal e que não cabe à responsabilidade civil (ROSENVALD, 2019).

No entanto, interessante mencionar que a Suprema Corte Norte-Americana criou índices valorativos que podem ser seguidos nas condenações que envolvem os *punitive damages*, sendo eles

(a) o grau de reprovação da conduta do ofensor; (b) uma relação proporcional entre os danos compensatórios e os punitivos; (c) uma comparação com a medida das sanções civis aplicadas pelo Estado (com base em determinações legislativas às condutas equivalentes. (ROSENVALD, 2017, p. 196-197).

Ainda assim, importante pontuar que o quantum fixado deve observar outros parâmetros, a fim de “evitar a falência de empresas; a adequação dos valores à finalidade de desestímulo; e a sua aplicação apenas em casos de extrema gravidade em que os *compensatory damages* são insuficientes” (ROSENVALD, 2017, p. 196).

A grande dificuldade encontrada para que se tenha o encorajamento dos legisladores para que se tenha um Código Civil com capacidade de enfrentamento de ilícitos por meio de ações punitivas, encontra-se na aplicação prática da *punitive damages*.

Ora, existem casos no Poder Judiciário em que se aplica uma indenização punitiva ao ofensor, especialmente nos casos de danos morais, pela conduta reprovável praticada. Contudo, essa não é a função legal da responsabilidade civil brasileira, que se vê com meios punitivos maquiados na prática.

Veja-se que, em pesquisa realizada por Luciana de Godoy Penteado Gattaz em tribunais superiores (STF e STJ) e tribunais estaduais, restou constatado que “dos 101 (cento e um) acórdãos analisados, apenas 9% admitem a aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro, sendo que 22% não admitem e 69% admitem uma aplicação “restrita”, ou seja, com ressalvas.” (2016, p. 07-08).

Todavia, a pesquisa demonstrou que

O julgador entende por aplicável o instituto da indenização punitiva, utilizando-se, inclusive, de critérios punitivos para quantificá-la, mas, quando da atribuição de valor, acaba por calcular uma indenização tão ínfima que chega até a descaracterizar os *punitive damages*, cujo meio para a eficácia da punição é justamente o de fazer “doer no bolso” do agente ofensor. (GATTAZ, 2016, p. 08).

Quando aplicado desta maneira, ínfima, portanto, constata-se que os *punitive damages* são ineficazes no nosso território, ao menos na maneira que se expõe a sua quantificação; isso porque falta base no ordenamento jurídico.

A afirmação do sistema ressarcitório brasileiro ainda se reproduz no Direito Penal, que “sempre atribuiu ao lesado a ação civil *ex delicto*, ajuizada no juízo cível para a obtenção de indenização, ainda na pendência da ação penal (art. 64 do CPP)” (ROSENVALD, 2017, p. 181).

Dessa maneira, o aspecto punitivo confunde-se com a função reparatória e torna-se de difícil visualização.

Destaca-se que a função reparatória encontra respaldo no artigo 944 do Código Civil, ao afirmar que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002).

Basta olhar os desastres ambientais provocados pelas ações do homem e a quantidade de ações que visam o mesmo objeto – ressarcitório – e que nunca cessam no Poder Judiciário para constatar que a responsabilidade civil não é um instituto com uma função única, mas, sim, dinâmica, multifuncional, capaz de reparar danos e também contê-los.

Uma alternativa que se mostra plausível a mitigar a função meramente ressarcitória da responsabilidade civil, é a alteração legislativa em que se introduz a possibilidade de restituição dos lucros ilícitos e indenização referente aos comportamentos ilícitos.

A proposta é de Nelson Rosenvald, que defende a adição de um parágrafo ao artigo 944 do Código Civil acima citado, passando a constar:

§1º Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a indenização compreenderá uma soma razoável correspondente à violação de um direito e, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidas pelo lesante em conexão com a prática do ilícito (ROSENVALD, 2019).

Desse modo, abrir-se-ia margem para condenações civis, por meio do instituto da responsabilidade civil, com respaldo jurídico para punir potenciais e reincidentes ofensores de direito alheio e praticantes de comportamentos ilícitos.

Além de assumir caráter punitivo, essa alteração revela uma prevenção de danos, visto que contém comportamentos ilícitos e práticas de risco que são altamente vantajosas para quem as utiliza.

5 CONCLUSÃO

Após finalizar o presente trabalho de conclusão de curso, foi possível verificar a pertinência do tema, especialmente em face de desastres que poderiam ser evitados se o comportamento ilícito fosse desestimulado de antemão.

A responsabilidade civil foi aprimorada com o passar dos tempos, mas sempre teve cunho patrimonial desde as suas primeiras manifestações, onde o mal era retribuído com o mal ou com bens.

Para tanto, a aplicação da responsabilidade civil depende da existência de elementos como a ação, ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre o dano e a ação. O dano, por sua vez, pode ser patrimonial, aquele palpável e mensurável, ou extrapatrimonial, aquele que atinge a esfera emocional da vítima.

No ordenamento jurídico brasileiro, tanto os danos patrimoniais quanto os danos extrapatrimoniais podem ser compensados, ou seja, por meio da função ressarcitória, são transferidos ao ofensor os efeitos do dano suportado pela vítima, a fim de que seja restabelecida a situação que a vítima vivenciava antes de sofrer o dano.

Ocorre que, como demonstrado no decorrer dos capítulos, a responsabilidade civil possui meios de prevenir a ocorrência do dano, o que se mostra mais louvável do que reparar a vítima depois da perda.

Diante disso, o trabalho buscou analisar meios não habituais no nosso ordenamento, mas muito utilizado em outros países, como a função precaucional, utilizada para prevenir danos de grande monta e que quando acontecem (como o desastre nas barragens em Minas Gerais) não são passíveis de mensuração.

Há que se dizer, que o comportamento ilícito é uma prática reiterada do agente em face dos lucros que consegue obter, os quais são infinitamente superiores à indenização que o ofensor pagará caso alguém, esporadicamente, decida ingressar com uma ação civil postulando a reparação do dano. É, claramente, um jogo de risco.

Assim, por meio da função precaucional, entremos na maneira restitutória da responsabilidade civil, onde o magistrado, por meio da sentença, firmaria a condenação do ofensor em quantia igual aos lucros ilícitos obtidos, para que os ganhos auferidos ilicitamente sejam suprimidos.

Além disso, analisou-se a aplicação das *punitive damages* por meio do instituto da responsabilidade civil que nada mais é que uma quantia a ser paga pelo ofensor a

fim de que sirva como punição pelo comportamento ilícito causado e também desestímulo a práticas do mesmo feitio.

A fim de embasar a aplicação dos meios estudados neste trabalho, demonstrou-se o método utilizado pela suprema corte norte-americana, que criou parâmetros de aplicação e indicação do quantum para os tipos de comportamento reprovável.

Nesse sentido, acredita-se que a responsabilidade civil é muito mais ampla e dinâmica do que a forma utilizada aqui no Brasil, devendo ser implantada em conjunto com outras funções.

Assim, verifica-se que o meio ressarcitório compensa o dano, mas não o previne e não desestimula o ofensor, de modo que os meios abordados no presente trabalho abordam as ferramentas necessárias para prevenir a ocorrência de danos e punir/desestimular a prática de comportamentos ilícitos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. Resenha a “Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção”, de Sérgio Savi. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Barbosa-civilistica.com-a.1.n.1.2012.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Julgamento do Recurso Especial nº 0164780-2/2009-RS**. Recorrente: Microsoft Corporation. Recorrido: Forjaria Fio Forte Ltda – Microempresa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de junho de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15260795/recurso-especial-resp-1136676-rs-2009-0164780-2/inteiro-teor-15260796>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Julgamento do Recurso Especial nº 972.902-RS**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Amapá do Sul S/A. Artefatos da Borracha. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 14 de setembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6060024/recurso-especial-resp-972902-rs-2007-0175882-0/inteiro-teor-12193311?ref=amp>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 161**. Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3501>. Acesso em: 23 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, cap. 3.1.1, p. 27. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018790/cfi/6/22!/4@0:0>. Acesso em: 23 jun. 2020.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 620**. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2018. p. 04. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

DICIO. **Definição de compensar**. [s.l.], 2020a. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/compensar/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

DICIO. **Definição de responsável**. [s.l.], 2020b. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/responsavel/>. Acesso em: 18 maio 2020.

DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS ONLINE. **Definição de parasita**. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://www.lexico.pt/parasita/>. Acesso em: 24 jun. 2020.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. *Punitive Damages* no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 964, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.07.PDF. Acesso em: 24 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Denúncia oferecida em face de Samarco Mineração S.A. e outros em 20 de outubro de 2016**. Ponte Nova, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>. Acesso em: 23 jun. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** - Vol. 7. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968724/cfi/6/10!/4/8/2@0:6.25>. Acesso em: 24 jun. 2020.

PENNA, Cidângelo Lemos Galvão; REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade Civil diante da tragédia do rompimento das barragens em Mariana: o desafio da quantificação dos danos. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. v. 8. n. 1. 2018, p. 66. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4264/3344>. Acesso em: 23 jun. 2020.

PIVA, Rui Carvalho. **Direito Civil: parte geral, obrigações, contratos, atos unilaterais, responsabilidade civil, direito das coisas**. São Paulo: Manole, 2012. p. 181. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444504/cfi/4!/4/4@0.00:59.7>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 21-181.

ROSENVALD, Nelson. Palestra. *In: As Funções da Responsabilidade Civil na Civil Law e na Common Law*. Brasília, 2019. 1 vídeo (2h 18min 25seg). Publicado pelo perfil IDP. Disponível em: <https://www.facebook.com/sejauidp/videos/945199622512976>. Acesso em: 24 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 225. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982218/cfi/6/10!/4/18@0:75.6>. Acesso em: 23 jun. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil** - Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 04-05.

Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989941/cfi/6/10!/4/22/2@0:33.0>. Acesso em: 23 jun. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: obrigações e responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 455. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/cfi/6/10!/4/10/24@0:0>. Acesso em: 23 jun. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Obrigações e responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 137-167. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019728/cfi/6/10!/4/10/2@0:0>. Acesso em: 23 jun. 2020.