VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

GUSTAVO ASSED FERREIRA

LUCIANA COSTA POLI

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES

EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito Civil Contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Anabela Susana de Sousa Gonçalves; Eva Sónia Moreira da Silva;Gustavo Assed Ferreira; Luciana Costa Poli – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-469-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Normas jurídicas. 3. Atualidade.
VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o livro do grupo de trabalho de Direito de Direito Civil Contemporâneo do VII Encontro Internacional do CONPEDI Braga/Portugal promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Centro de Estudos em Direito da União Europeia - CEDU Universidade do Minho – Uminho realizado em C nos dias 7 e 8 de setembro de 2017.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao direito civil contemporâneo que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, reúne a obra artigos que apontam questões relativos a direitos de personalidade (e a direitos fundamentais), cujo tratamento se justifica inteiramente, atendendo ao mundo (cada vez mais) tecnológico em que vivemos. Seguem-se artigos que exploram a temática da responsabilidade civil em áreas que vão desde novos tipos de danos a uma nova forma de percecionar os já existentes. A responsabilidade civil é uma forma de garantir a efetividade dos direitos das pessoas, num mundo que os atinge de uma forma em constante mutação, como será o caso de violações levadas a cabo por entidades dotadas de inteligência artificial. Os artigos seguintes mantêm-se no campo do Direito das Obrigações, nomeadamente, sublinhando a importância de princípios como o da boa fé e de limites à autonomia privada no âmbito contratual.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil constitucional. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

O fomento das discussoes a partir da apresentacao de cada um dos trabalhos ora editados, permite o continuo debrucar dos pesquisadores do direito civil visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade academica a submissao de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem duvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito civil contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram a realização dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa do Direito Civil Constitucional que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formação de um pensamento crítico, a possibilitar a construção de um direito civil voltado à concretização dos valores insculpidos pela Constituição da República.

Setembro de 2017.

Gustavo Assed Ferreira

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Luciana Costa Poli

PUCMINAS

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

Escola de Direito da Universidade do Minho

Eva Sónia Moreira da Silva

Escola de Direito da Universidade do Minho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

FUNCTIONS OF TORT LAW IN A HISTORICAL PERSPECTIVE

Mark Pickersgill Walker [1]
Joana de Souza Sierra [2]

Resumo

A narrativa habitual do desenvolvimento da responsabilidade civil tende a afirmar a extirpação de funções de caráter sancionatório ou preventivo em prol de um objetivo exclusivamente reparatório. Busca-se aqui averiguar o quão correta é essa narrativa, diante do evidente ressurgimento do interesse por essas funções secundárias. Para isso, aborda-se inicialmente o retrospecto histórico do desenvolvimento desse ramo do direito, com atenção especial às modificações havidas no que concerne aos seus objetivos. Na segunda metade do trabalho, passa-se à análise mais sistemática das funções contemporaneamente atribuídas à responsabilidade civil, tecendo-se ao final conclusões sobre o processo examinado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Funções da responsabilidade civil, Função reparatória, Função punitiva, Função dissuasória

Abstract/Resumen/Résumé

Traditionally, the development of continental tort law is said to tread a path towards excising functions other than compensation. Here, one intends to ascertain how correct this account is, considering the obvious resurgence of interest in secondary goals such as punishment and deterrence. To achieve such end, a brief retrospective of the development of this doctrine is initially recounted, especially taking into account the shifts experienced in regards to its objectives. Then, in the second half of this study, one takes a more systematical approach on the functions contemporarily ascribed to tort law, drawing some conclusions about the examined process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tort law, Functions of tort law, Compensation, Punishment, Deterrence

[1] Doutorando em Direito Civil pelo PPGDir da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Civil pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

[2] Mestranda em Direito Civil pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Advogada.

INTRODUÇÃO

A ideia de uma função punitiva subjacente à responsabilidade civil é historicamente polêmica. A despeito disso, em anos recentes, muitas vezes embasando-se no utilitarismo (que busca desencorajar condutas tidas como antissociais), pululam teses defendendo essa função como uma possível – e bem-vinda – ruptura ao tradicional paradigma reparatório da matéria, apontado como ineficiente diante da atual complexidade da vida privada e, em especial, da massificação das relações de consumo.

É pacífico o argumento de que a função punitiva da responsabilidade civil não é, contudo, algo novo. Pelo contrário, sugerem os autores que ela seja, via de regra, um elemento arcaico, que esteve presente na origem desse ramo do direito, quando de sua indissociabilidade frente ao que hoje se compreende como direito penal. Essa tradicional narrativa habitualmente alega que a função punitiva aos poucos foi perdendo espaço até ser eventualmente suplantada pela função exclusivamente reparatória, o que teria culminado em uma separação completa entre a responsabilidade civil e o direito penal (ou os objetivos por ele perseguidos).

Aí reside o problema do presente estudo: estaria essa narrativa completamente acertada? Sugere-se uma resposta negativa a essa indagação. Defende-se que a função reparatória, embora proeminente, nunca agiu de forma singular e exclusiva, e que, assim, a responsabilidade civil nunca foi, na prática, tão conceitualmente asseada quanto a teoria lhe caracterizava. Dessarte, algum caráter punitivo subsistiu na responsabilidade civil mesmo nos períodos em que ela foi vista apenas como um bastião reparatório.

Por conta disso, na realização deste que acaba sendo um exame dos possíveis objetivos cumpridos pela responsabilidade civil, voltam-se as atenções para o passado, para compreender a trajetória desse ramo do direito e revelar se a independência por ele conquistada pressupunha realmente a extirpação do caráter sancionatório e de outras possíveis funções acessórias.

Com isso em mente, na primeira metade desse estudo realiza-se uma digressão histórica – conquanto breve – acerca da evolução da responsabilidade civil, desde os tempos romanos até a edição da atual legislação civilista nacional, pontuando-se os momentos que apontam para uma mudança de enfoque no que concerne às suas funções. Já a segunda metade do trabalho é dedicada ao estudo mais detido dessas, que se fazem presentes até o momento atual, averiguando-se seus contornos dogmático-teóricos, como propostos ou destilados da aplicação jurisprudencial pela doutrina.

O método de abordagem do presente trabalho será dedutivo, uma vez que a análise histórica é realizada a partir de análise doutrinária e da legislação relevante. Outrossim, a técnica de pesquisa centra-se em fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais.

1. TRAJETÓRIA E DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A evolução da responsabilidade civil, e o reconhecimento de diversas funções a ela inerentes, se deu concomitantemente com o aumento da complexidade das relações sociais. Não se trata, no entanto, do reconhecimento de que tenha havido, com o passar do tempo, algum aprimoramento do sentimento de justiça humano, ou então, a evolução autônoma do próprio direito. Pelo contrário, as regras fundamentais da responsabilidade ainda devem a sua origem ao simples preceito de que não se deve causar mal aos outros; mantendo-se incólume a ideia expressa pelo brocardo *neminem laedere* (AGUIAR DIAS, 2011).

O que se vê, de fato, é o estabelecimento de novas limitações e consequências às ações humanas com o intuito de preservar as pessoas da ocorrência de danos (MIRAGEM, 2015)[1] e, caso estes venham a se materializar apesar dos esforços em contrário, a criação de mecanismos que garantam a indenização (literalmente, tornar o lesado *in*dene, sem dano). Desse modo, o que se deve ao passar do tempo é tão somente o ajustamento dessas regras às novas condutas e atividades potencialmente danosas, com objetivo de respeitar a antiga máxima da responsabilidade civil. Bastará, portanto, a esta digressão histórica, destacar, não o problema visado pela responsabilidade civil, mas sim as diferentes funções laterais a ela atribuídas com o decorrer dos anos.

1.1. A origem romana da responsabilidade civil

O direito romano já distinguia dois tipos distintos de danos (e portanto duas formas de perseguição do ofensor), aqueles advindos de delitos públicos, e aqueles emergentes de delitos privados. O Estado, assim, se encarregava de perseguir as infrações cometidas contra si e contra a ordem pública, cabendo aos particulares buscar a reparação por conta própria nas hipóteses restantes. Nestes casos, quando não era previamente estabelecida uma quantia a título de reparação pela autoridade pública, era permitida a prática da vingança corporal e ainda o arbitramento de quantias a título de *poena* que não necessariamente refletissem a medida do dano sofrido – a soma em dinheiro exigida pela vítima continuava representando o "preço da

[1] Pode-se mencionar, aqui, o caráter preventivo da responsabilidade civil (por meio de sua função dissuasória), que teria como propósito principal impedir que condutas lesivas sejam adotadas, de modo a se antecipar à geração do dano.

vingança" (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947). Tratou-se, logo, de uma época de transição entre a composição voluntária do dano, similar à vingança privada, e a composição legal obrigatória.

Segundo os irmãos Mazeaud, o direito romano jamais se separou completamente da ideia da pena privada e, apesar de distinguir até certa medida as ações reipersecutórias das ações penais propriamente ditas (reconhecendo ainda a existência de ações com caráter misto), tal distinção nunca deixou de ser vacilante. Aos franceses, em especial, parece causar espécie a ausência de adoção desde logo, pelos romanos, de cláusulas gerais que estabeleçam o princípio de que os danos causados injustamente devam ser reparados. A razão disso é que o legislador intervinha, justamente, para pôr fim à vingança corporal, e não necessariamente para garantir a indenização dos lesados – atuava, logo, pontualmente, à medida em que determinados delitos mais comuns tomavam notoriedade (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947). Daí a manifestação de Menezes Cordeiro (2000, p. 273) ressaltando como, no direito romano, a responsabilidade "concretizava-se apenas quando se verificassem factos específicos e não, em geral, sempre que alguém causasse danos ilícitos".

A insuficiência da ação taxativa não deixou de ser percebida pelos jurisconsultos, que voltaram seus esforços para a expansão da proteção doada pela Lei Aquilia (de onde surgiu a expressão "responsabilidade aquiliana"), cujo texto veio a esboçar de forma inicial e incompleta um princípio geral para regular a compensação do dano, apesar de nunca ter superado de forma acabada a tipicidade das ações indenizáveis (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

O trabalho da jurisprudência, do pretor e dos jurisconsultos, veio a expandir as hipóteses de incidência da responsabilidade para que o referido princípio se adaptasse às exigências sociais da época no sentido de cada vez mais favorecer o prejudicado (AGUIAR DIAS, 2011). A interpretação extensiva dos textos legais já existentes veio, por fim, a estender a própria noção de *damnum*, passando a abranger todo o atentado material (não permitido por lei) a uma coisa ou a uma pessoa, e a distingui-la do *préjudice*, que seria o resultado do *damnum* no patrimônio da vítima, e que justificaria a indenização. Em seu ápice, a Lei Aquilia, permanecendo limitada aos casos por si previstos, teve ao menos o mérito de afastar em grande parte as vinganças corporais, de introduzir o princípio da *nulla poena sine lege* e de possibilitar até mesmo a compensação de alguns prejuízos morais (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947). O critério da culpa como condição para a responsabilização também ali se viu representado (NORONHA, 2013), no entanto, naquele contexto, sempre foi incipiente e precário (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

Não obstante, a análise das funções operadas pelo instituto que culminou na responsabilidade civil moderna, em Roma, revela diferentes facetas que acompanham o

processo histórico. Indaga-se se a pena pecuniária, que eventualmente substitui a pena corporal do direito primitivo, seria de fato compensatória ou se permaneceria com caráter punitivo. Respondendo ao questionamento, Édouard Cuq sugere que as penas pecuniárias que previam indenizações múltiplas seriam apenas compensatórias, pois não se preocupavam com o comportamento do agente, mas sim com o ressentimento da vítima. Já Max Kaser e Reinhard Zimmerman, adversamente, defendem que esse tipo de pena possuía nitidamente um caráter punitivo (LOURENÇO, 2006)

Há também uma posição eclética, que afirma prosseguir a pena pecuniária romana conjuntamente um objetivo reparador e punitivo – o que seria muito mais claro, por óbvio, nas ações penais mistas. Sufragam tal posição Max Kaser e Paula Meira Lourenço (LOURENÇO, 2006). Nesse mesmo sentido também remata Menezes Cordeiro (2000), para quem no direito romano "a responsabilidade civil apresentou-se sistematicamente como uma sanção – por vezes mesmo como uma punição – passando para segundo plano o seu fito essencial – a mera imputação de danos".

O caminhar do direito romano, de todo modo, foi o responsável pelo início da superação da vingança privada como resposta aceitável aos danos sofridos e pela construção primeira da ideia de que a responsabilidade civil serve à reparação do prejudicado, e não à punição do lesado (substituindo-se aos poucos o *damnum* pelo *préjudice* como hipótese de responsabilização). A função retributiva (chamada aqui de sancionatória ou punitiva) da responsabilidade civil foi assim cedendo cada vez mais espaço à reparatória – em que pese permanecerem discussões acerca do grau desta separação –, sem, no entanto, jamais dela se destacar por completo.

1.2. A contribuição do direito francês

A trajetória do direito francês se inicia de forma parelha à romana. O direito francês antigo também se ocupava de fixar montantes devidos pelo autor do dano à vítima em determinados casos, como uma composição obrigatória. Responsabilidade civil e penal se confundiam no tocante ao seu resultado: a imposição de uma pena (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

Foi do direito romano que os franceses aprenderam a diferenciação teórica entre ações puramente penais e ações reipersecutórias ou indenizatórias e puderam evoluir no sentido de oferecer à vítima a verdadeira indenização, e não a vingança. Surpreendentemente, a divisão mencionada não teve o mesmo efeito no próprio direito romano, que na prática ainda operava a confusão entre as ações, como se mencionou no tópico anterior. Atribui-se tal peculiaridade

ao fato de que os juristas franceses teriam se utilizado das fontes provenientes do direito romano, sem observarem-lhe a prática, de modo a aplicarem conceitos originalmente criados naquele sistema, que não necessariamente foram incorporados no dia a dia do fórum romano. Não se pode negar, logo, a importância da construção dos jurisconsultos romanos na distinção abraçada pelos franceses (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

É evidente que a diferenciação operada não era observada em todos os casos; a divisão entre a seara do direito penal e do direito civil sentiu sua separação mais exata nos casos de indenização por dano a bens materiais, corpóreos, e só foi a ser completamente aceita pela doutrina ao final do século XIII. De toda forma, esta foi suficiente a propor, no pensamento francês, o princípio que ainda hoje rege em grande parte a responsabilidade civil: a ação danosa, qualquer que seja seu grau de antijuridicidade (ou de culpa, na ocasião), dará lugar à reparação. Basta que a atuação seja *fautif*[2], para que se indenize o ofendido – independentemente de a *faute* ser grave, ou levíssima (AGUIAR DIAS, 2011). Nas palavras dos irmãos Mazeaud (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, p. 41):

> Do momento em que se admite com efeito que a ação da vítima não lhe é dada para punir o autor do dano, para exercer a vingança, conduz-se necessariamente à propositura do grande princípio de que um dano qualquer, causado por uma *faute* qualquer, dá lugar à reparação[3].

Desde então, pôde-se abandonar a taxatividade das ações sujeitas à obrigação de reparação, ampliando o escopo da responsabilidade civil, inclusive, para suprir aqueles casos em que o dano implique na parda da possibilidade de determinado ganho (lucros cessantes) e em danos futuros (danos emergentes) (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

À época, no entanto, ainda não ser cogitava a responsabilização sem análise da culpa, ou a responsabilização objetiva, que veio a ter lugar entre os institutos jurídicos a partir das rápidas transformações da revolução industrial. A responsabilização exigia que se verificasse na conduta do sujeito algo de reprovável, pela ação ou pela omissão, fosse com dolo ou com

---

[2] Opta-se pela utilização do termo *faute*, ao invés da frequente tradução "culpa", devido ao reconhecimento de que tais termos não se equivalem, podendo-se falar da impropriedade da atribuição da culpa como critério essencial para responsabilização no direito francês. A respeito, explica AGUIAR DIAS, *op. cit.*, p. 46: "Essa interpretação errônea se deve ao uso ambíguo, mais ou menos inconsciente, dos dois sentidos da palavra *faute* (senso objetivo: infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado; e senso subjetivo: censura moral imputável ao agente), e nesse equívoco incorre o próprio legislador".

[3] No original: "*Du moment qu'il admet en effet que l'action de la victime ne lui est pas donnée pour punir l'auteur du dommage, pour exercer la vengeance, il est nécessairement conduit à poser le grand principe qu'un dommage quelconque, causé par une faute quelconque, donne lieu à réparation*".

simples culpa. Generalizou-se também na França o famoso brocardo: "*In lege Aquilia et levíssima culpa venit*" (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

Naturalmente, o fato da responsabilização ainda se encontrava bastante ligado à sensação de justiça, e ao sentimento geral de que o direito, como um todo – e evidentemente aí inserida a responsabilidade civil –, tem como um de seus propósitos a moralização de comportamentos (sentimento este que em determinada medida ainda subsiste) (VINEY; JOURDAIN, 1998). A *faute*, nesse sentido, ainda carregava em si um componente subjetivo bastante pronunciado, podendo ser comparada com a ideia de um "pecado" cometido pelo responsável (ESMAIN, 2001).

Feita essa ressalva, às vésperas da redação do Código Civil Francês, ou *Code Civil*, a distinção entre a responsabilidade civil e a penal era uma noção já definitivamente adquirida. Ihering, inclusive, chegou a propor a seguinte fórmula, que traduziria a intenção do legislador (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947): "Tudo aquilo que há de pessoal, tudo que possa lembrar a ideia de pena está excluído da reparação do dano[4]".

Como no direito antigo, adotou-se no *Code Civil* a redação de uma cláusula geral de responsabilidade, passível de aplicações quase ilimitadas, quem tem como núcleo a identificação de uma *faute* (uma falta, antijuridicidade ou, para alguns, culpa) no comportamento do indivíduo. Não obstante, nesse momento, a presença de uma conduta reprimível (com culpa) não é apenas colateral, mas efetivamente necessária para que se coloquem em moção os institutos da responsabilidade civil. Aquele que teve ações irreprimíveis (que agiu conforme o direito e sem qualquer forma ou grau de culpa) não poderá ser condenado a reparar os prejuízos que tenha eventualmente causado. Em cada caso, seria necessário determinar se o sujeito deveria ter agido diversamente, ainda que seu erro tenha decorrido de conduta meramente negligente (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

Para aqueles que equivalem a *faute* à culpa *lato sensu*, tal conclusão está ademais anunciada, até o presente, nos artigos 1240 e 1241 do *Code* (numerados até a reforma de 2016 como artigos 1382 e 1383)[5]. Explica-se assim a divisão originariamente feita dos atos em, somente, delitos e quase-delitos, decorrentes de dolo ou de culpa *stricto sensu*, respectivamente. Veja-se, aqui, que apesar dos esforços franceses de se distanciar da intenção punitiva, muito valor era (e é) dado à condição subjetiva do ofensor, de modo que permanece como função da

---

[4] No original: "*Tout ce qu'il y a de personnel, tout ce qui pourrait rappeler l'idée de peine est exclu dans la réparation du dommage*".

[5] No original: "*Article 1240 - Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*" e "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*".

responsabilidade a sancionatória – pouco importando que ela seja negada por alguns doutrinadores.

Naquele contexto, passou a doutrina a debruçar-se primordialmente sobre a questão de como determinar se o comportamento que poderia ser efetivamente exigido do sujeito deveria, ou não, levar em consideração suas condições pessoais; ou seja, se a capacidade de prever os resultados de suas ações e de, assim, evitá-las, deveria ser analisado em concreto, ou se deveria ser tomado em comparação com um *standard* de conduta (o "bom pai de família"), em abstrato (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947). A conclusão em favor do último vem a aproximar cada vez mais a teoria da responsabilidade a uma teoria da reparação, cada vez sofrendo menos (mas jamais abnegando) influência da análise da condição do sujeito na apreciação do dever de reparar – ao contrário do que se exige na apreciação da responsabilidade penal, que evidente deve tomar em concreto a verificação da ocorrência da culpa, ou do dolo (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

Foi a instalação da Revolução Industrial, no final do século XVII, mais precisamente a partir de 1880, que causou a responsabilidade civil a dar mais um passo na direção para qual parecia se encaminhar: o reconhecimento da responsabilidade objetiva. Tornava-se notório que a reparação civil tentava expurgar de si qualquer noção de punição[6].

As grandes transformações por que se passava à época, com a adoção de novas tecnologias e a criação de cada vez mais risco às pessoas que com elas tinham contato – e que permitem, possivelmente, um paralelo com o momento atual de adoção de novas tecnologias da informação –, deram o impulso para que se iniciasse o questionamento acerca da necessidade, ou não, da análise de culpa para a responsabilização. Curiosamente, foram os acidentes ocorridos com os trabalhadores da indústria (hoje caracterizados como acidentes de trabalho), e não com os usuários das novas máquinas, que abriram o caminho para a adoção primeira da teoria do risco na França (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

Em um primeiro momento, para que os trabalhadores não restassem desamparados, ainda que o acidente tivesse ocorrido sem participação alguma do empregador, a doutrina e a jurisprudência francesas admitiram que se aplicasse por analogia a regra que dizia ser o dono da obra responsável por danos dela decorrentes, devido à falha da construção. Tal solução, contudo, se mostrou insuficiente, dado que ainda seria necessário ao lesado demonstrar a falha do maquinário para se ver indenizado. Identificada a referida deficiência, logo sugeriu a doutrina a inversão do ônus da prova, mas tal construção, para os tribunais franceses, não era

[6] Hoje se coloca em questão tal assertiva em relação à história francesa, a saber com a atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil. A respeito, podem-se tomar como exemplo as obras de Geneviève Viney e de Suzanne Carval, dentre outras.

satisfatória, por ser considerada demasiadamente artificial. Para os juízes de então, a obrigação do patrão residia apenas no pagamento de um salário pelo trabalho realizado, e não necessariamente na adoção de medidas extraordinárias para a sua segurança (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

O que se fez para, a um só tempo, assegurar a indenização do lesado, e superar a artificialidade da inversão do ônus da prova, foi a construção de uma teoria que não concedia ao empregador a obrigação de manter o empregado seguro, mas que, sim, o responsabilizava por ter criado o risco do negócio (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, p. 74): "o simples fato do prejuízo aciona a sua responsabilidade; é a contrapartida dos lucros que ele retira do negócio"[7]. Quanto a este ponto, vê-se a nascente de uma intenção de efetiva prevenção das atividades danosas, podendo-se falar do leve destaque de uma função preventiva à responsabilidade.

Considerando o caráter aberto do vocábulo *pivot* da responsabilidade civil francesa pôde-se, até mesmo, conceber que a responsabilização continuaria a não prescindir da *faute*, mas tão somente da comprovação da culpa – já que a responsabilidade sem *faute* ainda era considerada por autores tais qual Planiol, como uma aberração. A *faute*, nesse contexto, representaria apenas o fato gerador do dano. Saleilles, Josserand, Ripert, Esmain e incontáveis outros autores, de forma ou de outra, saíram em defesa da teoria do risco, deduzindo-a dos mais diversos dispositivos do *Code Civil* (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947).

Como resultado, a teoria do risco passou a figurar em diversos textos de lei franceses, aceitando a responsabilidade objetiva em variados âmbitos. Serviu ainda a discussão, para aprofundar a aplicação da figura do abuso de direito, na prática, aumentando a proteção conferida pela responsabilidade civil aos indivíduos (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947). O caminho que se traçou historicamente demonstra essa preocupação com a garantia de dissuasão das atividades danosas e indenização dos danos sofridos.

Ademais do desenvolvimento da teoria do risco, e de representar o modelo da responsabilidade civil francesa um grande, se não o maior, expoente da centralidade e proeminência da função reparadora desse instituto, outros desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais também permitiram um possível reconhecimento de outras funções, a exemplo da punitiva. Esses desenvolvimentos decorrem, em geral, de dispositivos do próprio Código de Napoleão que conferiam alguma ambiguidade ao objetivo reparatório. Exemplos que, para Suzanne Carval (1995), denunciam uma função sancionatória subjacente à responsabilidade

[7] No original: "*Celui qui crée une source de dommages, tel celui qui exploite une usine, doit réparation si les risques se réalisent. Le seul fait du préjudice engage sa responsabilité ; c`est la contrepartie des profits qu`il retire de l`entreprise*".

civil são: (1) a fixação do montante da indenização em função do grau de culpa do agente; (2) a repartição da indenização em função da culpa de cada coautor; (3) o montante devido pela mora do devedor, que não tem qualquer relação com os danos sofridos pelo credor; e (4) a natureza da cláusula penal.

1.3. A responsabilidade civil no Brasil

O direito português – do qual se utilizou o Brasil em seu período colonial –, até as Ordenações do reino, salvo exceções, sofreu grande confusão entre reparação, pena e multa. Assim sendo, ordenou-se que, após a promulgação da Constituição do Império, fosse organizado um código civil e criminal fundado na justiça e na equidade. E dessa forma se fez, com a promulgação do Código Criminal de 1830, permeado por ideias à frente de seu tempo relativamente à reparação do dano.

Estabelecia ele a reparação natural do dano, a garantia da indenização, a solução da dúvida em favor do ofendido, a integridade da reparação, a contagem de juros reparatórios, a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar aos herdeiros, a preferência do direito de reparação sobre a multa etc. Chegando ainda mais longe, a partir de interpretação pacífica que se atribuiu a seus artigos, era possível identificar, no abandono do escravo pelo seu amo para não responder por danos que aquele cometeu, a significação de uma outorga de liberdade ao escravo; e a culpa cível, mas não penal, proibia a prisão (AGUIAR DIAS, 2011).

Intentou-se nova evolução do direito brasileiro com a criação da Consolidação de Teixeira de Freitas e da Nova Consolidação de Carlos de Carvalho que, inclusive, chegaram a ser consideradas, em alguns pontos, mais avançadas do que a legislação civil que as sucedeu (AGUIAR DIAS, 2011). No entanto, a responsabilidade civil nacional só veio a adquirir as particularidades que hoje a caracterizam a partir da elaboração do Código Civil de 1916[8], quando se fez sentir a influência das construções do direito francês, não de forma indireta, filtrada pelo direito português – cujo conservadorismo "jamais permitiu que o espírito crítico do humanismo jurídico francês fosse levado às suas últimas consequências" (AZEVEDO, 1993, p. 185) e cuja legislação não se adequava à imensidão do território brasileiro[9] –, mas de forma

[8] Código este que só veio a ser redigido anos após a proclamação da república, dentre outras razões, porque durante o império vigorava a escravidão, e a nova legislação civil viria a consagrar essa iniquidade diante dos olhos do restante do mundo, o que envergonhava os juristas brasileiros (AZEVEDO, 1993).

[9] Exemplo elucidativo trazido pelo autor é a previsão legal existente nas Ordenações Manuelinas no sentido de que as terras não cultivadas pelos seus proprietários deveriam ser redistribuídas pelas autoridades a quem tivesse condições de nelas plantar (destacando, desde aquele tempo, a função social da propriedade). Em Portugal, devido ao seu território pouco extenso, tal regra vinha a beneficiar

direta, refletindo a influência cultural que a França teve nos anos formadores do que viria a ser o Brasil. Pode-se dizer, desde então, que a teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro de 1916 se deve majoritariamente ao Código de Napoleão, tratando-se seus artigos de traduções quase literais daqueles contidos no diploma estrangeiro (AZEVEDO, 1993).

Por conta disso, na lei nacional passou a predominar o conceito de culpa[10] como pedra angular da reparação civil, em uma cláusula geral que tornava inúmeras as hipóteses de responsabilização – espelhando aquela que se encontra no *Code Civil*. Não por outra razão diz-se do primeiro Código Civil da república que teve o mérito de condensar as criações milenares da responsabilidade civil (NORONHA, 2013).

Em um contexto de rápida evolução cultural e tecnológica no século XX, no entanto, o Código Civil de 1916 logo se tornou ultrapassado (NORONHA, 2013) e foi buscar, novamente, na sua inspiração francesa, a renovação necessária em matéria de responsabilidade civil. Foi assim que, no Código Civil de 2002, passou-se a dispor acerca de diversas hipóteses de responsabilização objetiva (prescindindo da culpa) e, inclusive, da reparação de dano causado por absolutamente incapaz, quando ela puder se dar sem prejuízo de sua subsistência. A evolução que se iniciou contemporaneamente a Josserand, logo, se transpôs ao Brasil, o qual pouco a pouco veio a se tornar ainda mais protetivo do que a França, pela promulgação enfim de um Código de Defesa do Consumidor no final do século XX (AZEVEDO, 1993).

Pouco a pouco, ademais, foi-se introduzindo a possibilidade de compensação por danos outrora não reconhecidos em nosso ordenamento, tais quais o dano moral, o dano estético, o dano pela perda da chance etc. Em território nacional, logo, fica em evidência a primazia da função reparatória da responsabilidade civil (AGUIAR DIAS, 2011). Não apenas, cada vez mais se aproxima a matéria da busca pela efetiva prevenção dos danos (MIRAGEM, 2015) – sem que isso implique a caracterização da responsabilidade civil como pena imposta ao causador do dano, tendo em vista a diminuição sensível do papel da culpa na responsabilização.

Essa expansão crescente da responsabilidade civil buscando abarcar e proteger novos interesses acabou submetendo-a a uma tensão evolutiva, o que por muitas vezes acarretou

---

agricultores não-proprietários, os "sem terra", em desfavor de proprietários que não faziam o uso adequado de suas terras. Já em território brasileiro, o mesmo comando apresentava consequências completamente diferentes: tratando-se de um território muito mais extenso, e cujas terras eram em sua maioria sem aproveitamento, só teria condições de explorá-las quem tivesse muito capital, o que veio causar a criação de enormes latifúndios controlados por poucos proprietários.

[10] Como já se mencionou antes, derivado de uma tradução inexata do termo *faute*, mas que, naquele momento, parecia refletir a intenção do legislador francês.

mudanças em seu substrato teórico e em seus padrões (GALLO, 1996, p. 7). Acerca desse contexto, previa Caio Mário que a tendência desse ramo do direito em aumentar a garantia das vítimas poderia acabar por subverter seus próprios fundamentos (PEREIRA, 2016, p. 15); noutras palavras, poderia eventualmente levar a uma subversão do seu ideal precipuamente reparatório.

Não se ignora, de toda sorte, o movimento que hoje questiona acerca da possibilidade de aplicação de indenizações punitivas ou, ao menos, de delegação de uma função punitiva às indenizações concedidas para a reparação de danos extrapatrimoniais. Mesmo assim, isso parece resultar, não necessariamente na imprescindibilidade da culpa para a responsabilização, mas tão somente na criação de mais mecanismos de garantia de reparação dos lesados. Ou seja, até mesmo reavivar a importância da culpa, nesse contexto, parece ser medida voltada à reparação mais ampla dos danos e, efetivamente, à prevenção dos atos ilícitos, e não à diminuição das hipóteses de responsabilidade objetiva. É dizer: quando houver culpa grave, será agravada a indenização; a ausência de culpa, todavia, nos casos em que prevista a responsabilidade objetiva, permanecerá levando à responsabilização.

Independentemente das razões que levaram a essa redescoberta e a renovação do interesse pela natureza sancionatória ou punitiva da responsabilidade civil[11], e também da ideia dissuasória ou de desestímulo, a breve digressão histórica que se fez até aqui permite concluir que por mais prevalente que seja a função reparatória da responsabilidade civil a partir da consolidação da autonomia desse ramo do direito[12], subsistem discussões quanto a outros possíveis objetivos, intencionais ou não, buscados nesta seara.

Por essa razão, e sendo o Brasil também herdeiro da trajetória histórica até então declinada, passa-se, no segundo momento desse estudo, a analisar de forma mais sistemática as diferentes possíveis funções que se atribuem contemporaneamente à responsabilidade civil, com vistas a revelar no que culminou esse processo e as possíveis idiossincrasias dele resultantes.

---

[11] Martins-Costa e Pargendler (2005) sugerem que o Brasil e parte dos países da família de sistemas jurídicos romano-germânica estejam vivendo um momento de renovação da pena privada em matéria civil, após sua consagração em Roma e esfacelamento quando da consolidação da moderna responsabilidade civil a partir do código napoleônico. Esse "movimento pendular" (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 18) por que teria passado a pena privada espelha outros tantos movimentos cíclicos vividos pela ciência do direito.

[12] Essa prevalência é, como se viu, justificada pelo próprio processo de ganho de autonomia: despenalizar a indenização dos atos ilícitos foi o passo mais substancial que se deu no sentido de operar uma cisão expressa entre a responsabilidade civil, situada no campo do direito privado, e o que se tornou o direito penal, situado no campo do direito público.

2. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A problemática da responsabilidade civil é, basicamente, como se demonstrou acima, determinar quem deverá arcar com o dano sofrido por, ou causado a alguém. Sua finalidade, portanto, é a de proteção da esfera jurídica de cada pessoa. Tem-se assim reconhecida, sem dificuldade, a primeira função inerente da responsabilização, chamada de reparatória (NORONHA, 2013). Cada alteração social que veio a moldar o estudo da matéria, no entanto, deu luz a uma nova carga – ou então, por vezes, retirou força a cargas existentes – da imputação de responsabilidade (ROSENVALD, 2013).

A responsabilidade civil, de fato, "desenvolve uma função de instrumento de controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, em substituição ou em suplência aos tradicionais instrumentos administrativos ou penais" (ROSENVALD, 2013, p. 75). O modelo aquiliano, tendo em vista a sua evolução, não poderá ser reduzido, portanto, unicamente à função reparatória (ROSENVALD, 2013). Daí surge o reconhecimento de outras funções da responsabilidade, sendo as mais destacadas a (atualmente famigerada) função sancionatória/punitiva, e a função preventiva/dissuasora (NORONHA, 2013). Dedicam-se estas páginas ao seu estudo.

2.1. Função reparatória

Como já se tratou, a principal finalidade da responsabilidade civil é a de reparar os danos, reconduzindo o lesado tanto quanto possível ao *status quo ante*, ou seja, à situação em que estaria acaso não tivesse sofrido o prejuízo econômico ou a ofensa observados. Sobretudo em matéria patrimonial, em que é factível a *indenização* e não a mera *compensação*[13], pode-se visualizar a incidência desta função na própria forma de quantificação do dano. A recomposição do patrimônio, nesses casos, "apaga" o mal causado, sem se preocupar com a gravidade do comportamento do ofensor, nem tampouco com fatores subjetivos deste ou da vítima (NORONHA, 2013, p. 460-461). A indenização é sucedâneo direito do mal sofrido, e não da conduta que o causou.

Para Noronha, a primazia desta função está estabelecida pela norma presente no Código Civil brasileiro (de 2002), em seu artigo 944, ao ditar que a indenização deverá ser medida pela extensão do dano. Apenas em casos especiais, logo, poderiam as demais funções

[13] Como ensina Fernando Noronha (2013), o vocábulo compensação, ao invés de indenização, parece mais adequado para se referir à resposta dada aos danos extrapatrimoniais já que nunca se poderá apagar o mal causado, mas apenas o contrabalancear.

da responsabilidade se materializar na quantia da indenização, como nas questões que envolvem danos patrimoniais ou transindividuais, ou ainda nas hipóteses de fixação de limites máximos de indenização ou de sua redução equitativa (conforme previsão legal) (NORONHA, 2013).

A tendência de tratar das demais funções da responsabilidade em relação apenas às questões concernentes aos danos extrapatrimoniais em geral é identificada em diversos autores, dentre os quais Sanseverino (2010) e Miragem (2015). Não obstante, podem-se atribuir as demais funções (em especial a preventiva) também às quantias reparatórias dos danos materiais, estando aquelas presentes na simples existência do dever de reparar. Isso pode ser retirado das conclusões de Lopez (2010) e de Miragem (2015), que destacam nem sempre ser necessário haver majoração da indenização para que ela atinja o fim de dissuadir comportamentos indesejados.

A função reparatória, no mais, poderá ser ainda designada de função indenizatória, ressarcitória, satisfatória[14] e compensatória, cada qual tendo pequenas implicações nas suas significações, tal qual a inadequação do termo *indenização* para qualificar a reparação dos danos extrapatrimoniais (NORONHA, 2013).

2.2. Função sancionatória ou punitiva

A função sancionatória, também conhecida como punitiva, atribuída à responsabilidade civil, coincide parcialmente (e com as devidas ressalvas às garantias inerentes do processo penal) com a responsabilidade criminal. Como se pode inferir, a referida função (apesar de ter sido aos poucos preterida e relegada a um papel secundário) esteve presente desde a nascente romana da responsabilização civil, desenvolvendo-se a partir da ideia de que, também neste âmbito, deve-se castigar de alguma forma o causador do ilícito (NORONHA, 2013). A realidade de uma função sancionatória, que não deve ser confundida com a *indenização punitiva*[15], está presente na identificação de que, quando se imputa

[14] Paulo de Taro Vieira Sanseverino (2010) trata da função reparatória como função satisfatória ao falar da primordial finalidade da responsabilidade pela compensação de danos extrapatrimonial.

[15] Alerta Sanseverino (2010, 273) que a indenização punitiva "é um instituto típico da família da *common law*. A indenização punitiva (*punitive damages*) é aceita na Inglaterra e nos Estados Unidos, mas a jurisprudência dos dois países estabeleceu critérios rigorosos e restritivos para o seu reconhecimento e para a sua quantificação. No Brasil, além de a indenização punitiva não se mostrar compatível com a nossa tradição jurídica e não apresentar regulamentação legal, o grande risco e uma aplicação distorcida dos *punitive damages* para situações em que eles não são reconhecidos nem nos países da *common law* (v.g., responsabilidade objetiva)". Acrescenta ainda o autor que (2010, p. 273): "Na realidade, as referências feitas à natureza punitiva da indenização para o dano extrapatrimonial, na jurisprudência, não chegam a caracterizar reconhecimento das *punitive damage*, constituindo apenas argumentos para justificar o arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais".

responsabilidade a alguém pelo cometimento de um ilícito, a obrigação de reparar poderá ser, da parte do lesante, um sacrifício equiparado a uma forma de punição.

Apesar de sua ligação histórica ao direito romano, pondera-se que a função sancionatória tenha ganhado nova força no momento contemporâneo[16] devido a problemas práticos enfrentados pelo direito criminal, que não tem conseguido dar às vítimas dos pequenos delitos a devida satisfação (SANSEVERINO, 2010). Sente-se "falta de algum mecanismo capaz de imputar aos 'culpados' a sua culpabilidade, isto é, a assunção das consequências de seus atos ou de atos de seus subordinados" (MORAES, 2003, p. 54).

Não obstante, evidentemente a função sancionatória está sujeita a críticas, em especial no tocante à responsabilidade objetiva, em que não há nem sequer se falar em culpa no cometimento do ato ilícito. A respeito, pertinentes as palavras de Fernando Noronha (2013, 461-462):

> Quando a responsabilidade civil tem por fundamento uma conduta dolosa ou culposa (responsabilidade subjetiva), ainda se pode compreender que se fale na possibilidade de, através dela, se punir o responsável; todavia, quando se entra no domínio da responsabilidade objetiva, por definição independente de culpa, somente será possível falar de uma função sancionatória nos casos em que for possível incentivar as pessoas a adotar medidas de segurança preventivas, para evitar a ocorrência de danos.

Vê-se do excerto, ademais, que para o autor a função punitiva somente será observada quando ela tiver algum tipo de influência na quantificação da indenização. Com efeito, é por essa razão que ele reconhece que em apenas alguns casos a maior ou menor censurabilidade da conduta do responsável terá reflexo na obrigação de reparar, às vezes fazendo aumentar o quantitativo do pagamento, às vezes, diminuindo-o (tendo em vista, por exemplo, a previsão civil de redução proporcional da indenização acaso demasiadamente leve a culpa do ofensor) (NORONHA, 2013).

Visualiza-se com clareza a atuação da função justamente quando, no arbitramento da compensação a ser conferida, leva-se em conta não apenas a gravidade da ofensa, mas também circunstâncias de conotação penal, como o grau de culpa do ofensor – a qual, em tese, não deveria influenciar o montante da condenação (SANSEVERINO, 2010).

O efeito sancionador da responsabilidade civil também fica em evidência na seara dos danos morais (anímicos, ou em sentido estrito conforme a classificação de Noronha), já que

[16] O pioneiro em tratar desse assunto e em reavivar essa discussão em tempos modernos é Boris Starck (1947), com obra publicada em um momento bastante refratário ao ideal punitivo. Legatários do trabalho desse autor são os estudos que, contemporaneamente, propõe, em diferentes ordenamentos a adequação e alguma sistematização para a função punitiva e para a pena privada, a exemplo de Carval (1995), na França, e de Gallo (1996), na Itália.

nesta não há equivalência exata entre o dano e a compensação (tendo em vista suas naturezas distintas)[17]. Aqui, para Sanseverino (2010), está-se diante de uma verdadeira pena privada – a par do que se viu no início da evolução da responsabilidade civil. Há quem aponte ainda que, nestas hipóteses, o efeito punitivo será ele próprio, uma forma de compensação do dano, tanto por proporcionar certa satisfação aos lesados (SANSEVERINO, 2010; NORONHA, 2013), quanto por ser a gravidade da culpa mais um fator danoso às vítimas (SANSEVERINO, 2010).

Do contrário, argumenta-se que a aceitação de majoração do valor a ser adimplido sob o manto da função punitiva causaria enriquecimento injustificado da vítima, na medida em que estaria recebendo mais do que a simples compensação do dano demandaria (MORAES, 2003). Sua aceitação pelo corpo jurídico brasileiro, no entanto, é demonstrada a partir da edição do Enunciado 379 da "IV Jornada de Direito Civil" que explicita: "o artigo 944, 'caput', do Código Civil não afasta a possibilidade de se conhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil" (LOPEZ, 2010, p. 83).

A ressalva que se faz é no sentido de que a sanção será sempre secundária no tocante à atuação da responsabilidade civil moderna, podendo se fazer presente apenas nos casos em que a ação reprimível seja causada com dolo ou culpa (NORONHA, 2013), sendo questionável a sua capacidade de elevar o montante da compensação para além da reparação integral do dano (SANSEVERINO, 2010).

2.3. Função preventiva ou dissuasora/dissuasória

Já a função preventiva, paralela à função sancionatória, busca a dissuasão do causador do dano e do público em geral da prática de atos lícitos similares ao cometido, conhecidas como prevenção geral e prevenção especial, respectivamente (NORONHA, 2013). Esta função será acionada, pela lógica, contra atos que possam efetivamente ser evitados (danos culposos), ou que, ao menos, possam ser dificultados – como por exemplo pela adoção de tecnologias mais avançadas de prevenção de acidentes em indústrias (SANSEVERINO, 2010).

Para Teresa Ancona Lopez a prevenção de danos não é apenas desejável, mas efetivamente obrigação de todos para aumentar o nível de segurança da sociedade. Mais do que isso, é esta uma função automática da responsabilidade civil: sempre que se tenha um dever de indenizar, intrínseco a ele estará a função dissuasória (AGUIAR DIAS, 2011; LOPEZ, 2010). Por

[17] Para recente crítica sobre as noções preponderantes e a controvérsia das funções desempenhadas pelo dano moral no direito brasileiro, v. MORAES, 2011.

tal razão, pode-se dizer que se trata de uma função que permeia irrestritamente a matéria da responsabilidade (MIRAGEM, 2015).

Tem-se dado ênfase à dissuasão, em especial, nas demandas que envolvem danos transindividuais (como é o caso do dano ao meio ambiente), enfatizando-se a necessidade de aplicação de condenações "exemplares", para impedir que se repitam as lesões. É a partir daí que se fala de um possível *valor de desestímulo* afixado às indenizações para coibir comportamentos danosos (LOPEZ, 2010). O valor de desestímulo teria maior efetividade quando diante de demandas judiciais que durassem longo tempo, ou de microdanos, que em si trariam dever insignificante de reparação – neles estaria justificada a adoção de critérios subjetivos, de reprovabilidade da conduta, para determinar o valor da compensação devida, objetivando a dissuasão (MIRAGEM, 2015).

A também chamada *técnica do valor de desestímulo* – como intitulou Carlos Alberto Bittar, autor que a introduziu no Brasil – prega pela fixação de um valor adicional ao *quantum* indenizatório visando a inibir novas práticas lesivas. Preleciona o doutrinador (2015, p. 283):

> Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se, para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva para infratores nesse campo e em elemento que, em nosso tempo, tem-se mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.

Muito embora um *quantum* adicional à primeira vista esbarre na limitação imposta pelo art. 944, o mesmo autor, logo após essa explicação, parece albergar a ideia do valor do desestímulo – um mecanismo quantificatório, como ficou claro – dentro da função *compensatória* do dano moral: "[c]ompensam-se, com essas verbas, as angústias, as dores, as aflições, os constrangimentos e, enfim, as situações vexatórias em geral a que o agente tenha exposto o lesado, com sua conduta indevida" (BITTAR, 2015, p. 283).

Tamanha a relevância deste aspecto da responsabilidade civil que o "Projeto Fiuza" (Projeto de Lei 6.960/2002), que propõe a revisão do texto do Código Civil brasileiro, propõe que a reparação, especificamente no caso de dano moral, deverá se constituir em compensação ao lesado e "adequado desestímulo ao lesante" (LOPEZ, 2010, p. 83).

Chamada também de educativa[18] ou didático-pedagógica (SANSEVERINO, 2010), a função preventiva tem suas origens traçadas desde o direito romano, quando o próprio surgimento das indenizações tipificadas se devia à necessidade de impedir a repetição da lesão.

[18] Fernando Noronha (2013) critica esta nomenclatura pois considera estar claro que a função preventiva visa a coibir comportamentos, e não propriamente ensinar o homem a se comportar melhor.

Pivot da sua reemergência atual, da mesma forma como a função sancionatória (até mesmo por conta de suas similitudes), foi o desgaste do direito penal (LOPEZ, 2010). No contexto contemporâneo, no entanto, também secundário o seu reconhecimento, devendo ser aplicado com parcimônia (NORONHA, 2013) e, novamente, questionando-se a sua real habilidade de aumentar os valores indenizatórios para além da reparação integral.

CONCLUSÃO

A trajetória histórica experenciada pela responsabilidade civil, como não poderia ser diferente, é reveladora quanto a muitas das dificuldades ainda hoje encontradas e debatidas nesta matéria. Algumas dessas dificuldades dizem respeito também a profundos embates entre diferentes concepções juspolíticas ou jusfilosóficas acerca do direito de danos. Exemplo claro disso são os próprios objetivos a serem perseguidos por esse ramo do direito.

Traçando suas origens até o direito romano, é possível perceber que não havia, inicialmente, um ramo autônomo do direito preocupado em tratar da reparação de danos, mas sim apenas o desenvolvimento de uma doutrina jurídica que buscava obstar a vingança privada corporal – um amálgama embrionário entre o que se entende hoje como responsabilidade civil e o que eventualmente veio a se consagrar como o direito penal.

No caminho que se seguiu, buscou a responsabilidade civil vigorosamente conquistar seu espaço próprio e sedimentar sua autonomia. Nesse processo, um abandono da centralidade de um ideal punitivo (que acabou ficando eminentemente sob a égide do direito penal, dentro da esfera do direito público) tornou-se indispensável.

A partir da conquista da autonomia, constata-se que a posição primordial da função reparatória (em suas vertentes indenitária ou compensatória) não esteve verdadeiramente em cheque. Contudo, também por impossibilidade (tratando-se de um sistema que, embora enfocado na reparação do dano e não na conduta do agente, teve inicialmente a *culpa* como um elemento essencial), não se operou uma excisão absoluta de outras funções secundárias ou incidentais, derivadas do contexto do surgimento da responsabilidade civil (o momento do amálgama acima referido) – a exemplo da função punitiva ou sancionatória e da função preventiva ou dissuasória.

Dessarte, o anúncio de um “ressurgimento” ou “renovação” contemporâneos desse ideário não soa de todo acertado. Sem adentrar no juízo de mérito quanto à adequação desses mecanismos para garantir os fins que se busca lhes imputar, destaca-se que a “renovação” não

é de todo o ideário, e sim do interesse sobre elementos que, pelas razões declinadas, haviam apenas deixado de ocupar um papel central nesta seara.

Assim, é possível concluir que a extirpação absoluta de todo e qualquer caráter punitivo ou dissuasório não é – e nem historicamente foi – necessária para garantir a centralidade de um ideal reparador. Decorrente disso, parece mais acertado uma resposta negativa à pergunta lançada em sede introdutória – se estaria completamente acertada a narrativa que alega que a função punitiva aos poucos perdeu espaço até ser integralmente suplantada pela função reparatória.

Ressalta-se, novamente, de forma mais incisiva, que o reconhecimento desse fato não implica dizer que a função punitiva ou a função dissuasória são necessariamente adequadas aos fins almejados de reparação mais ampla dos danos ou de prevenção de atos ilícitos. Mais ainda, não são essas duas funções uma panaceia que virá a salvaguardar de qualquer modo a dignidade da pessoa humana – que deve, por óbvio, ser defendida. Quando muito, a hiperextensão de um viés punitivo em um ordenamento de direito privado que prevê, normativamente, que a indenização deve se medir pela extensão do dano, pode, por si só, representar uma ameaça a esse princípio constitucional. De todo modo, parece inegável reconhecer a sua existência enquanto componentes inescapáveis da responsabilidade civil, e presentes desde a sua nascente – conquanto de aplicações controversas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, p. 183-194, 1994. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.

ESMEIN, Paul. La faute et sa place dans la responsabilité civile, 1949. In: CARVAL, Suzanne (Org.). *La construction de la responsabilité civile*: controverses doctrinales. Paris: Puf, 2001. 407 p.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1996.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOURENÇO, Paula Meira. A função punitiva da responsabilidade civil. Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 11. ed. Rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4 ed. Paris: Librarie du Recueil Sirey, 1947.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil português*, vol. I, t. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 413, p. 361-378, jan./jun. 2011.

_____. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 323-324.