

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS

Caio Patrick Coelho Silva Andrade

A função punitiva da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro

Manaus - AM

2017

CAIO PATRICK COELHO SILVA ANDRADE

**A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Escola Superior de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Prof. Msc. Ricardo Tavares de Albuquerque

Manaus - AM

2017

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

C672f Coelho Silva Andrade, Caio Patrick
A função punitiva da responsabilidade civil no
ordenamento brasileiro / Caio Patrick Coelho Silva
Andrade. Manaus : [s.n], 2017.
32 f.: il.; 30 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado -
Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017.
Inclui bibliografia
Orientador: Ricardo Tavares de Albuquerque

1. Responsabilidade Civil. 2. Funções da
Responsabilidade. 3. Desestímulo Econômico. I.
Ricardo Tavares de Albuquerque (Orient.). II.
Universidade do Estado do Amazonas. III. A função
punitiva da responsabilidade civil no ordenamento
brasileiro



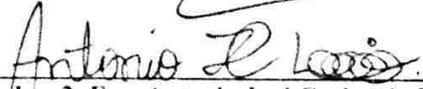
**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

CAIO PATRICK COELHO SILVA ANDRADE

**A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:


Orientador (a): MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque


Membro 2: Esp. Antonio José Cacheado Loureiro


Membro 3: Esp. Paulo Henrique Carloni Fleury Curado

Manaus, 04 de Dezembro de 2017.

Dedico este trabalho à minha família, que em muito me ajudou a manter o equilíbrio emocional nas longas horas de pesquisa e escrita.

AGRADECIMENTOS

Agradeço antes de mais ninguém minha mãe, por ter sempre grande confiança em mim e na minha capacidade de realizar meus objetivos, e que, da maneira que pode me proporcionou isto.

Ao meu pai, que mesmo não dividindo sua rotina comigo, demonstrou-se determinado a expandir meu modo de entender o mundo.

Agradeço meus familiares de um modo geral, respeitando meu espaço, e entendo meu isolamento e frustração social decorrente.

Agradeço a meu orientador e mestre Ricardo Tavares de Albuquerque que me apresentou o Direito Civil, ao qual me apaixonei profundamente, bem como pelo fato de ter prontificado a ser meu orientador, e ter me dado ampla liberdade de conteúdo.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a meus colegas de turma, notadamente a Gabriel Pacheco, por terem oferecido uma mão amiga em momentos em que precisava de ajuda.

“Empreendedores são aqueles que entendem que há uma pequena diferença entre obstáculos e oportunidades e são capazes de transformar ambos em vantagem”

(Nicolau Maquiavel)

RESUMO

A responsabilidade civil atualmente possui como função principal, e quase que exclusiva, a reparação de danos daquele lesado pelo ato ilícito. Contudo, observa-se uma real necessidade de não apenas reparar os danos já ocorridos, mas também de prevenir que outros ocorram. Neste giro, há quem entenda que o alcance da responsabilidade civil não deve se limitar à reparação de danos, mas que este deve se estender à punição do agente que praticou a conduta. A punição deveria ser aplicada no intuito de desestimular a conduta do agente, tornando esta economicamente desvantajosa. Este trabalho busca explicar acerca desta função punitiva, bem como de sua possível aplicação no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil – Funções da responsabilidade – Desestímulo econômico

ABSTRACT

Civil liability currently has as its main and almost exclusive function the repair of damages of the injured by the wrongful act. However, there is a real need not only to repair the damage already done, but also to prevent others from occurring. In this turn, some understand that the scope of civil liability should not be limited to compensation for damages, but that this should extend to the punishment of the agent who practiced the conduct. The punishment should be applied in order to discourage the conduct of the agent, making it economically disadvantageous. This paper seeks to explain about this punitive function, as well as its possible application in the country order.

Keywords: Civil Responsibility - Functions of responsibility - Economic discouragement

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
2.1 Evolução histórica das funções da responsabilidade.....	12
2.2 Paradigma atual.....	15
3 A NECESSIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA.....	18
3.1 O lucro obtido sobre o dano.....	21
3.2 A responsabilidade civil como meio eficaz de punição.....	23
4 FUNÇÃO PUNITIVA APLICADA AO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	24
4.1 Os elementos da pena civil.....	25
4.2 A forma de aplicação	28
5 CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem por objeto estudar a função punitiva da responsabilidade civil, bem como sua possível aplicação no sistema jurídico brasileiro.

O problema apresentado é de que, embora a função reparatória da responsabilidade civil, por si só, seja um fator de desestímulo a condutas danosas, esta não é suficiente para evitar novos ilícitos, e deve buscar auxílio da função punitiva do instituto.

O seu objetivo geral é de demonstrar que há uma grande necessidade de se estabelecer a função punitiva da responsabilidade civil em nosso ordenamento, como instrumento eficaz de pacificação social.

Como objetivos específicos têm-se: explanar sobre as funções da responsabilidade civil reconhecidas pela doutrina e pelos diversos ordenamentos, bem como sua evolução; ressaltar a importância da existência de uma função punitiva para o instituto; dissertar sobre a aplicação da função punitiva no ordenamento pátrio.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que consistiu basicamente em pesquisa bibliográfica a livros que tratam da matéria, bem como consulta aos principais portais de jurisprudência nacionais.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes assertivas:

- ✓ A responsabilidade civil não deve se exaurir na função reparatória;
- ✓ A falta de punição civil pode tornar o dano causado economicamente vantajoso ao agente;
- ✓ É necessária participação ativa do legislativo brasileiro em normatizar a matéria.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 2, tratando das funções incumbidas à responsabilidade civil, e como estas evoluíram ao longo da história humana, culminando no modelo predominantemente reparatório que encontramos hoje.

Por conseguinte, no Capítulo 3, busca-se demonstrar a necessidade de conferir função punitiva à responsabilidade civil, servindo esta como real instrumento de pacificação social, vez que eficazmente previne ilícitos.

Ao fim, no Capítulo 4, pretende-se demonstrar como a sanção punitiva civil deveria se comportar no ordenamento brasileiro, levando em conta aquilo que preceitua nossa ordem constitucional.

2. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para começar os estudos é imperioso definir o que seria responsabilidade civil. Para tanto, entende-se a reponsabilidade como sendo um dever jurídico sucessivo, ou seja, um dever jurídico decorrente da violação de outro dever jurídico originário (Sérgio Cavaleiri Filho, 2014, p. 14).

Aquele que viola um dever jurídico comete ato ilícito e, em decorrência disto, surge um novo dever jurídico, uma obrigação, a responsabilidade civil. Logo, a responsabilidade civil se trata de um instrumento de resposta a comportamentos antijurídicos, uma forma de aplicação de sanção negativa.

A responsabilidade civil, como regra geral, se expressa na condenação do agente da conduta ilícita a um pagamento em pecúnia, ou outra prestação de cunho econômico, àquele que suportou as mazelas do comportamento indesejável.

No Brasil, o regime jurídico da responsabilidade civil é ditado, principalmente, pelos arts. 186¹, 187², e 927, *caput*³, do Código Civil Brasileiro. No primeiro dos dispositivos encontra-se o conceito de ato ilícito *strictu sensu*, no qual se entende que aquele que viola o dever jurídico originário, e por conta disso, causa dano a outra pessoa, comete ato ilícito.

No segundo destes, encontra-se o conceito de abuso de direito, no qual preceitua-se que, mesmo que o ato praticado seja normalmente permitido pelo ordenamento, seu transpasse para além do socialmente tolerável configura ato ilícito.

Por fim, no último dos dispositivos, têm-se a cláusula geral de responsabilidade civil, que estipula que aquele que comete ato ilícito e, por conta disso, causa danos, deve repará-los.

Cabe ressaltar que os arts. 186 e 187 não exaurem o conceito de ato ilícito, mas dão apenas duas facetas de um instituto mais amplo. Caio Mário da Silva (2005,

¹ 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.

² 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.

³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

p. 654) diz que comete ato ilícito aquele que falta ao dever a que é adstrito, logo o ato ilícito em sentido amplo abarca várias outras hipóteses, não necessariamente atrelado ao dano.

Em resumo, aquele que cometeu ato ilícito e receberá resposta do ordenamento, pela esfera cível, por meio da responsabilidade civil. As funções que cabem a esta resposta variam entre os ordenamentos, no espaço e no tempo.

Nos sistemas de *civil law*, duas funções são pacíficas de aplicação: (a) a de se reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) e a função de reprimir o lesado ao *status quo ante*, ou seja, o estado em que lesado se encontrava antes de suportar a ofensa (NELSON ROSENVALD, 2017, p. 32).

Nos sistemas de *common law*, sistema jurídico próprio das nações de língua inglesa, a responsabilidade civil não se limita a reparação dos danos causados, mas busca além disso a punição do agente. Para tanto, estes ordenamentos formularam a teoria denominada *punitive damages*, os danos punitivos.

Entretanto, conforme será demonstrado em capítulo próprio, há a necessidade que tal resposta no nosso ordenamento, além de reparar o equilíbrio patrimonial do lesado, se destine a prevenir que novos ilícitos não ocorram, acrescentando ao rol funções a de punição do agente.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE

Conforme as lições de Nelson Rosenvald (2017, p. 35) com relação à evolução do instituto da responsabilidade civil, pode-se afirmar que a vingança seria o primeiro dos meios de reagir a comportamentos ilícitos. Sem qualquer espécie de poder constituído para exercer tal tutela, a resposta a conduta praticada vinha do próprio lesado.

Posteriormente, sob a égide da Lei de Talião: ***olho por olho, dente por dente***, manteve-se a sistemática de autotutela da vítima, porém, agora, obedecendo

ao critério de proporcionalidade, no qual a vítima poderia buscar a punição do agente, na medida do ilícito cometido, autorizada pelo ordenamento.

Apenas em momento posterior se fez possível a compensação de tais danos por pecúnia, substituindo a vingança incondicional, tal como na Lei de Talião. Assim, surgiam os primeiros germes do instituto da responsabilidade civil que se observa atualmente.

Ainda na esteira de Nelson Rosenvald (2017, p. 36, apud Pasquale Voci, 1939), no direito romano, a pena privada serviu como modelo básico de reação a atos ilícitos por um longo período. Se dividiam em duas categorias os delitos cometidos: os delitos públicos (que atingiam a ordem social como um todo), e os delitos privados (que lesavam principalmente a esfera individual de direitos de certos indivíduos).

Em se tratando delito privado, aquele lesado pela conduta gozava de legitimidade para uma reação pessoal em face do ofensor, podendo ser uma espécie de vingança, tal como nos ordenamentos mais primitivos, ou uma pena pecuniária fixada pelo juiz. Tratava-se de verdadeiro sistema paralelo e complementar ao criminal.

No direito romano houveram diversas sanções ao ilícito, com finalidades diversas, tais como: reagir imediatamente ao ilícito praticado; reestabelecer a situação patrimonial do ofendido; e em alguns casos, ao invés da reparação, buscava-se tão somente reagir em ódio ao culpado, afligindo sua esfera patrimonial.

No primeiro momento da evolução do direito romano, no contexto da Lei das XII Tábuas, o delito enseja em uma pena em pecúnia, que não corresponde a uma obrigação decorrente do ilícito, mas sim a um ônus. Ônus este que servia para evitar a pena capital. Busca-se nesse primeiro momento, não o ressarcimento do lesado, mas sim a punição do agente causador do dano.

Na era republicana, houve um fenômeno de progressiva despenalização do ilícito penal e diversificação do ilícito privado, nascendo a ideia de ação *ex delicto*. Como consequência, reconhecida a responsabilidade por sentença, implicaria na adjudicação de soma de dinheiro à vítima, ao invés de punição corporal.

Somente a partir do período clássico que se propôs realizar a diferença em *res e poena*. Em uma ponta, tem-se o patrimônio, direitos de cunho econômico, coisas em tradução literal, e na outra a pena, instituto responsável pela punição do agente. Passava-se a separar o ser e o patrimônio.

A diferença se observa da classificação geral das ações civis, na instituições de Gaio. A *rei persecutio*, (germe de nossa atual ação reipersecutória), se destinava a obtenção de coisa para restituir o patrimônio lesado da vítima de tudo aquilo que lhe foi subtraído. Noutra aresta, havia a ação penal com o escopo de afligir o agente causado, retribuindo o mal que este causou.

Havia também, a figura da *actio mista*. Nesta ação em específico, existia a quantia destinada ao ressarcimento dos danos causados, bem como uma quantia a título de pena. Tratava-se de instituto complexo em que se uniam as duas frentes. Entretanto, fora abandonado devido ao fato de que uma das características por vezes impedia o bom funcionamento da outra.

Contudo, na era imperial romana, houve a decadência da pena privada, com a possibilidade de inauguração da demanda criminal por parte do ofendido. Os jurisconsultos romanos entenderam ser melhor efetiva esfera penal, e alegaram inidoneidade da pena privada para punir o ofensor.

Por fim, com a unificação dos Estados e surgimento da noção de soberania, se retira a punição dos agentes das mãos dos particulares. A sanção punitiva passa ser aplicada apenas em nome do interesse coletivo, representada no ordenamento. Tem-se a distinção da pena e do dano a ser ressarcido.

A partir de então, a responsabilidade civil se destinava unicamente a função ressarcitória. Este modelo passou a ser a regra entre os diversos ordenamentos liberais do século XIX, como o próprio ordenamento francês observado no Código Civil Napoleônico de 1804, perdurando até a atualidade em diversos países.

2.2 PARADIGMA ATUAL

O modelo de responsabilidade civil brasileiro é eminentemente ressarcitório, tendo como sua premissa basilar o princípio da reparação integral. Por meio deste princípio, entende-se que aquele responsável por qualquer dano deve repará-lo, por regra, em sua inteira medida.

Essa premissa se encontra bem consignada no art. 944, *caput*, do nosso Código Civil, o qual expõe *in verbis*:

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Pela redação do dispositivo, entende-se que a responsabilidade civil retira o foco sobre a pessoa do agente causador do dano, e volta os olhos principalmente para a vítima. A indenização passa a ser medida pelo dano causado a vítima, de forma que aquele que o causou deve, sempre que possível, reestabelecer a situação jurídica do lesado ao que se encontrava no momento anterior a lesão.

Nesta esteira, entende Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 27):

“Na realidade, restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito constitui uma exigência da justiça comutativa (ou corretiva), sob pena de não realizar a função primordial da responsabilidade civil”

No entanto, há exceções à reparação integral, situações em que o valor pago se diferencia da exata extensão do dano. Uma das hipóteses mais patentes é aquela exposta no parágrafo único do supracitado dispositivo legal, o qual expõe o seguinte:

Art. 944.

[...]

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

A disposição acima determina que, caso o agente tenha cometido o ilícito com levíssima culpa, tomando todos os cuidados necessários, sendo diligente, mas por um

pequeno lapso causou danos a outra pessoa, o juiz reduzirá o montante a ser pago para que se não gere grave injustiça.

Neste cenário, é possível ver que o foco deixa de estar exclusivamente sobre vítima, e passou a vislumbrar também o agente em sua conduta ilícita. Nas lições de Sérgio Cavaleiri Filho (2014, p.28) a finalidade desta norma é evitar que a reparação integral prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em celebração aos princípios da dignidade humana e solidariedade. Pretende-se com o exposto demonstrar que, em que pese a reparação integral ser a base da responsabilidade brasileira, ela não é absoluta.

Em se tratando de responsabilidade civil por dano material, a reparação integral vigora com notável eficácia, sendo comum a condenação do agente pelo valor total do dano quando este é demonstrado. Contudo, encontra-se uma verdadeira zona cinzenta no que se refere aos danos extrapatrimoniais, principalmente no que toca à sua quantificação.

A dificuldade inerente aos danos extrapatrimoniais reside no fato de que estes não tem, naturalmente, valor econômico definido, o que turba sua quantificação. Outro ponto seria o fato de que a codificação civil de 2002 não estabeleceu qualquer parâmetro sólido para a quantificação do dano extrapatrimonial. Diante disto, restou a tarefa à doutrina e à jurisprudência de dar contornos ao instituto.

Entende-se atualmente que os danos extrapatrimoniais, devem levar ao cálculo não apenas a condição do ofendido, mas também as variáveis referentes ao agente causador do dano, tais como o grau de dolo na conduta e sua situação financeira, diferentemente do dano patrimonial.

Neste sentido, observa-se o seguinte julgado que compila com maestria a atual aplicação:

“CRITÉRIOS. FIXAÇÃO. VALOR. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. TRÂNSITO.

[...] **Daí, entende que o melhor critério para a quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio de Direito brasileiro, é o arbitramento pelo juiz de forma equitativa, sempre observando o princípio da razoabilidade.** No ordenamento pátrio, não há norma geral para o arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial, mas há o art. 953, parágrafo único, do CC/2002, que, no caso de ofensas contra a honra, não sendo possível provar o prejuízo material, confere ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso. Assim, essa regra pode ser estendida, por analogia, às demais hipóteses de prejuízos sem conteúdo econômico (art. 4º da LICC). A autorização legal para o arbitramento equitativo não representa a outorga ao juiz de um poder arbitrário, pois a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser fundamentada com a indicação dos critérios utilizados. Aduz, ainda, que, para proceder a uma sistematização dos critérios mais utilizados pela jurisprudência para o arbitramento da indenização por prejuízos extrapatrimoniais, destacam-se, atualmente, as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado. Quanto às referidas circunstâncias, consideram-se como elementos objetivos e subjetivos para a avaliação do dano a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente), a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica). Quanto à valorização de bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra), constitui um critério bastante utilizado na prática judicial, consistindo em fixar as indenizações conforme os precedentes em casos semelhantes. **Logo, o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da união dos dois critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Assim, na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes acerca da matéria e, na segunda fase, procede-se à fixação da indenização definitiva, ajustando-se o seu montante às peculiaridade do caso com base nas suas circunstâncias.** REsp 959.780-ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 26/4/2011, informativo STJ nº 470.” (grifo meu)

Portanto, há verdadeira divergência entre a aplicação da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial e por dano patrimonial. Conforme exposto no julgado acima, a fixação da responsabilidade por dano extrapatrimonial se dá por equidade, em virtude da lacuna normativa, operando em um sistema bifásico.

Em um primeiro momento, voltam-se os olhos do julgador sobre a vítima, analisando a extensão da lesão que esta suportou, tomando como base precedentes equivalentes, e por fim se fixa um valor básico, inicial.

Após, o julgador examinará as circunstâncias do caso concreto, voltando os olhos para a conduta ilícita e seu agente. Serão observados o grau de dolo do agente, sua condição econômica, dentre outros tópicos. Feito isso, o magistrado alterará o valor base fixado na forma como as circunstâncias se mostrarem, majorando-o ou atenuando-o.

Logo, em se tratando de responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, esta não se limita à função reparatória, mas se estende à função punitivo-pedagógica do agente, caso se faça necessária.

3. A NECESSIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA

Pretende-se defender, por meio desse trabalho, que o instituto da responsabilidade deve superar a função reparatória, se estendendo à função punitiva ao agente causador do dano.

Para o início da explanação se faz necessário tecer a seguinte consideração: a responsabilidade civil se tem natureza jurídica de sanção. Sanção é uma espécie de instituto jurídico o qual busca conduzir os indivíduos a determinado modelo de comportamento.

A sanção pode ser tanto positiva quanto negativa. A primeira premia o indivíduo que exerce uma conduta em determinados moldes, enquanto a segunda aflige o indivíduo que foge a esses modelos de comportamento. Neste sentido entende Hans Kelsen (1998, p. 17):

“[...]A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (Vergeltung). **O prêmio e o castigo podem compreender-se no**

conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.” (grifo meu)

Busca-se na sanção nada mais que moldar o comportamento do indivíduo às necessidades sociais, busca-se a pacificação social. Neste giro, a responsabilidade civil, como sanção, conduz o indivíduo à reparação dos danos do ilícito que cometeu, sendo esta a atitude desejada pelo ordenamento.

A reparação integral é um meio de sanção eficiente, mas não completamente eficaz de pacificação social. Em outras palavras, a reparação integral serve para restaurar o equilíbrio jurídico-patrimonial dos indivíduos, porém, ele não é suficiente para prevenir que danos aconteçam.

É completamente necessário não apenas reagir aos atos ilícitos, mas sim prevenir que estes aconteçam. O atual modelo de responsabilidade civil peca nesse sentido, vez que carece de desestímulo ao cometimento de ilícitos. Não basta apagar o fogo com um balde d'água, mas sim evitar que novos incêndios comecem, prevenindo novos danos de ocorrerem.

Nossa sociedade atual tem grande foco na antecipação e prevenção de riscos, tanto que por muitos sociólogos foi denominada sociedade de risco. Nada mais se trata do que o momento histórico posterior à revolução industrial. Muda-se o paradigma da simples reação às mazelas da vida cotidiana, para a prevenção de que elas não ocorram.

No momento histórico atual, reconhece-se que a produção de riquezas, e constante evolução técnico-científica vem acompanhada de consequências, tais como problemas ambientais, desigualdade social entre outros. Neste sentido, tem-se Ulrich Beck (2011, p. 25), aquele quem cunhou o termo sociedade de risco:

“...dissemina-se a consciência de que as fontes de riqueza estão ‘contaminadas’ por ‘ameaças colaterais’. [...] No processo de modernização,

cada vez mais forças destrutivas também acabam sendo desencadeadas, em tal medida que a imaginação humana fica desconcertada diante delas. Ambas as fontes alimentam uma crescente crítica da modernização, que, ruidosa e conflitivamente, define os rumos das discussões políticas.”

Neste cenário, diferentemente dos momentos históricos anteriores, a sociedade passou a evitar tais possíveis danos, os riscos, prevenindo-os. Desta forma, sendo o direito uma ciência que evolui conjuntamente com a sociedade, nada mais lógico que este a acompanhasse, saindo de um modelo meramente reativo, e prezando pela prevenção.

Essa evolução se torna muito clara com o advento da ciência no campo dos contratos de seguro. Esta espécie contratual, conforme Maria Helena Diniz (2013):

é aquela pelo qual uma das partes (segurador), se obriga para com outra (segurado), mediante o pagamento de um prêmio, a garantir-lhe interesse legítimo relativo a pessoa ou a coisa e a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previsto no contrato. (p.548)

Ou seja, se trata de uma espécie contratual quase que inteiramente pautada no risco, buscando o segurado se proteger destes.

A punição do agente, em justa medida constitui, é elemento eficaz de prevenção de novos ilícitos. Quando pautada a responsabilidade meramente na reparação integral, o indivíduo já possui a noção de que caso cause danos a alguém, este deverá restaurar os danos que causou. Entretanto, isso não é suficiente para que este tome maiores cuidados e previna tais danos de ocorrerem, ou se tinha intenção de causar o dano deixe de fazê-lo.

A resposta do ordenamento para quem causou danos de modo proposital e pensado, e para quem causou os mesmos danos por negligência é, em regra, idêntico. A quantia ser paga deverá em ser igual, e definida, logo, quem pratica dolosamente o ato ilícito consegue ter em mente o valor que deverá dispende, podendo ser este um ônus previamente calculado, não desestimulando sua conduta.

3.1 O LUCRO OBTIDO SOBRE O DANO

Neste giro do dano pré-calculado, conseguimos encontrar alguns problemas decorrentes e bem atuais. O primeiro ponto que encontramos seria com relação a sujeitos de grande poder econômico inseridos na dinâmica do mercado que poderiam se beneficiar do dano alheio, optando por causá-lo, ou assumir seu risco ao invés de evitá-lo.

Um caso tomou muito os holofotes sobre esta mesma temática foi o ocorrido nos Estados Unidos da América, acerca do desenvolvimento e produção do carro Ford Pinto. No desenvolvimento do produto fora detectado uma falha crítica de segurança em seu tanque de combustível: quando abalroado por trás, o carro se incendiava. Isso decorreu de um desenvolvimento rápido e negligente do veículo pela empresa, no intuito de cumprir uma programação acelerada.

O defeito se devia ao fato de que o tanque de combustível se encontrava logo atrás do eixo traseiro do veículo, separado por apenas nove polegadas, ao invés de acima do eixo, como recomendado. A escolha por tal design se deu para que mala fosse mais volumosa, e o produto fosse mais atrativo.

A falha foi conhecida quando dois jovens que se utilizavam do sobredito veículo, sofreram um acidente de trânsito e por conta disso o veículo incendiou. Um dos jovens faleceu após ter sido queimado vivo, e o outro sobreviveu com sérios ferimentos. Não só este incidente, mas vários outros ocorreram devido a um incêndio no veículo.

O defeito poderia ser corrigido na produção, devendo a empresa dispender a quantia de U\$ 11,00, aproximadamente, por veículo, para sanar a falha posicionando o tanque de forma mais segura. Ocorre que, a gerência da empresa entendeu que os

riscos não justificavam tais custos, e mantiveram a produção da maneira como se encontrava, o que custou mais algumas vidas⁴.

Neste giro, a responsabilidade civil, somente pautada na reparação integral, resta completamente esvaziada de seu propósito sancionador. Não se conduziu de maneira alguma o comportamento do sujeito a um molde no qual há pacificação social. Ao invés, pela limitação da responsabilidade à reparação integral, o agente de mercado, enxergou como melhor alternativa se desviar da conduta prevista em prol de lucro. Ele assume o risco de que vários carros se incendeiem, vez que seria mais barato.

No contexto deste caso, o ordenamento norte americano já previa o instituto do *punitive damages*, o que obrigou a empresa a dispendir valor além da reparação integral a título de punição pelo comportamento ilícito adotado.

Uma punição civil a empresa se mostra adequada, já que na esfera penal, apenas os dirigentes da empresa que tomaram a decisão poderiam ser efetivamente punidos, permanecendo a pessoa jurídica a usufruir dos lucros do ilícito.

Outro tópico seria o fato de que, com os contratos de seguros, têm-se muito menos preocupação em se evitar danos. É fato de que os contratos de seguro não cobrem danos causados pelos segurados de forma dolosa, porém cobre em certos casos que se procedeu com culpa. Nesta toada, sendo o sujeito protegido por um contrato de seguro, este tende naturalmente a não tomar tantas precauções quanto tomaria, caso não estivesse acobertado.

Não se critica aqui em sair a figura do contrato de seguro, pelo contrário, ele é ferramenta sólida e eficaz para reparação de danos, mas no que tange a prevenção

⁴ Leggett, Christopher – The ford pinto case: the valuations of life as it applies to the negligence-efficiency argument – 1999. Disponível em: <<https://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>

de ilícitos, ele, certa forma, retira da responsabilidade sua função pedagógica. No fim de tudo, o agente causador do dano permanece indiferente ao dano que causou.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MEIO EFICAZ DE PUNIÇÃO

Não há questionamentos de que certos atos ilícitos merecem punição, a questão sempre consiste na forma como ela é aplicada. Prefere-se aqui a punição por meio da responsabilidade civil, em grande partes das vezes, em detrimento da punição penal, com as restrições de liberdade.

A aplicação de penas restritivas de liberdade geram um estigma pessoal sobre o condenado, que muitas das vezes, jamais é apagado, impedindo sua ressocialização, em pese ter sido reeducado.

A pena civil também goza da vantagem de ser menos invasiva, e lesiva, embora também tenha grande poder educador. De um ponto de vista lógico, em certas situações seria a melhor alternativa, por atingir o fim de pacificação social almejado, com a menor produção de danos.

Atos ilícitos com o potencial ofensivo baixo poderiam ter substituída a pena criminal por uma pena civil, que é, em certa ocasiões, igualmente reeducadora, porém sem qualquer estigma ou consequência secundária indesejada.

A descriminalização destes ilícitos, com sua transferência para o campo cível, ressaltaria a característica do direito penal como *ultima ratio* sancionatória. O direito penal se incumbiria primordialmente de atos ilícitos acompanhados de violência ou grave ameaça, bem como os demais crimes nos quais os agentes representem um grande risco a convivência social, e por isso deveriam estar restritos de sua liberdade. Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 96) declara:

O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.

Crimes como injúria, calúnia ou difamação, pequenos furtos, dentre outros os quais seu agente, não necessariamente, representam grande risco a sociedade, seriam melhor punidos por meio da pena civil.

Dentre outras vantagens, a pena civil também se destaca pelo seu efeito mais imediato, vez que a própria vítima lesionada busca a responsabilização e punição do agente, bem como devido ao fato de que trâmite cível é menos estanque.

Como consequência disto, têm-se a melhor prevenção de ilícito, já que os jurisdicionados passam a possuir uma noção de causa e efeito mais clara entre o conduta ilícita e sua sanção. Nas palavras de Nelson Rosenvald (2017, p. 167):

“Há se perceber que o efeito da intimidação perante o agente não depende propriamente da ameaça de uma pena contida em singela proposição normativa na legislação criminal, porém, de capacidade e prontidão do sistema para atuar concretamente em face do ilícito”

4. A FUNÇÃO PUNITIVA APLICADA AO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Muito se falou sobre a necessidade de se ter uma função punitiva da responsabilidade civil em nosso ordenamento, contudo seria necessário harmonizar a nova função do instituto com a legalidade e com a Constituição Federal.

Para tanto, é preciso traçar a perspectiva de que o Direito é uno. A divisão realizada entre os diversos ramos do direito é meramente pedagógica, ou seja, feita para que sua compreensão seja fácil. As normas são, em substância, iguais independente do ramo a que pertencer.

Metaforicamente, pode-se dizer que os ramos do direito são como vapores em um mesmo ambiente: eles se interpenetram, sem ter uma linha definida onde começa

um e termina o outro. As regras de um ramo podem e devem ser aplicadas ao outro, quando logicamente compatíveis.

Não enxergar as normas como pertencentes ao um direito uno, seria transformar o ordenamento em uma série de institutos legislativos estanques, seria traçar mais de uma lógica normativa em um mesmo território nacional, uma real aplicação de dois pesos e duas medidas, coberto apenas sob o manto da divisão entre os ramos do direito.

Nesse giro, tratando o presente trabalho de sanção punitiva civil (pena na esfera civil), nada mais lógico que buscar guarida nas bases do direito penal, o qual possui ciência por demais profunda quando o assunto é punição. Busca-se trazer deste o raciocínio que com a presente temática seja compatível.

Contudo, toma-se o cuidado para compatibilizar tal punição com o direito civil, bem como trazendo clara distinção entre a punição penal e punição por meio da responsabilização civil. Do contrário, haveria apenas a duplicidade de um instituto com consequências diferentes, o que não se pretende.

Diferentemente do que ocorre no direito penal, a punição civil pode gozar de uma maior elasticidade e dinâmica de aplicação, vez que é menos lesante a pessoa que a suporta quando comparada à pena criminal.

4.1 OS ELEMENTOS DA PENA CIVIL

Nelson Rosenvald (2017, p. 218) ensina que a pena civil deve ser aplicada em conformidade com os princípios que norteiam o direito penal, principalmente as garantias constitucionais competentes, conforme já exposto acima. O autor teoriza que a pena civil deve ser pautada, no plano objetivo, pela tipicidade, determinação e taxatividade; e no plano subjetivo, pela pessoalidade e intransferibilidade.

Nesta senda, passa-se a analisar por primeiro os elementos de plano objetivo de um modo geral, pelo fato de serem por demais interligados. Os elementos objetivos preceituam que para a aplicação de uma sanção, deve haver previsão normativa expressa informando de forma clara que determinada conduta é passível de punição ao tempo da conduta.

Tais elementos possuem grande importância principalmente por sua função de garantidora, que, nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 737), seria a garantia concedida ao cidadão “de antes de realizar um fato, ter a possibilidade de saber se sua ação é ou não punível”, decorrente do próprio princípio da legalidade.

Dentre outras funções, pode-se destacar as funções limitadora e individualizadora de condutas humanas penalmente relevantes (Cezar Roberto Bittencourt, 2012, p. 737), para que se deixe claro aquilo que o ordenamento entende considera reprovável, e evita arbitrariedades na aplicação da punição.

O julgador, para aplicar a sanção, deve observar se a conduta do agente se encaixa em alguma hipótese expressa de punição, existente à época do fato. Em sendo positiva a resposta, este deverá aplicar a sanção indicada pela norma, na forma como esta preceituar, caso haja.

No que se refere aos elementos de esfera subjetiva, os quais sejam a personalidade e a intransferibilidade, cumpre dizer que estes são os pilares do efeito pedagógico da pena, e que, portanto, sem estes o instituto seria esvaziado de tal efeito.

A personalidade nasce da ideia de retribuição justa ao ilícito, vez que o agente do ilícito será responsabilizado na medida de sua conduta ilícita individual. Não seria justo que se estabelecessem bases genéricas de punição, sem analisar as condições do caso concreto, vez que poderia gerar grave desproporcionalidade entre a conduta

e a sanção aplicada. Quanto mais proporcional a punição aplicada à conduta, mais efetiva será.

Quanto à intransferibilidade, trata-se de requisito lógico da punição. Deseja-se que com a pena o autor do ilícito sofra certa aflição, e então seja desencorajado de proceder com conduta semelhante, vez que possui o receio de que sofra a aflição novamente. Permitir a transferência de pena, seria punir alguém que não cometeu ilícito, e deixar impune seu verdadeiro agente.

Há exemplos de aplicação de pena civil no ordenamento brasileiro os quais respeitam aos requisitos acima elencados, dentre os quais cito como exemplo a repetição do indébito aplicada ao direito do consumidor, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o qual expõe o seguinte:

“Art. 42 [...]

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

Neste caso trata-se de verdadeira pena civil, atrelado a responsabilidade civil. O pagamento indevido causa um dano contrário ao ordenamento a quem o realizou, portanto, passível de reparação pela regra geral, porém o valor a ser pago em dobro não se trata de dano, mas sim de pena pecuniária.

Tanto é pena o valor dobrado que no próprio teor da norma consta a ressalva: “salvo na hipótese de engano justificável”, ou seja, mesmo se tratando de hipótese de responsabilidade objetiva, para que se cobre à dobra, é necessária a demonstração de culpa *lato sensu*.

Não há previsão normativa da aplicação de punição civil em responsabilidade aquiliana, em que pese ser consignada a função por meio da jurisprudência. Logo,

levando em conta o requisito da tipicidade, importado do ramo criminal, esta sanção não poderia existir.

4.2 FORMA DE APLICAÇÃO

Já enfrentados os elementos da pena civil, passa-se então a analisar a forma como esta será aplicada quando harmonizada com o ordenamento brasileiro.

No que se refere a punição, o olhar do aplicador do direito deve repousar primordialmente sobre o agente e sua conduta, observando o quão grave esta é, e aplicar-lhe sanção aflitiva razoável.

O primeiro ponto a ser levantado é quanto a quantificação desta pena. Para o início do raciocínio, deve-se levar em conta que o valor da pena civil deve variar, em regra, de acordo com a graduação do dolo do agente em cometer o ilícito. Aquele que cometeu o ilícito de maneira dolosa deve pagar quantia maior do que aquele que o cometeu por mera negligência. Não há de se falar em punição por qualquer que seja o meio sem o que o agente da conduta a tenha cometido com culpa em seu sentido amplo. Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 117) diz:

Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena.

Em conjunto com a análise de dolo do agente, deve-se analisar a condição econômica do agente causador do dano. Isso se deve ao fato de que a sanção aplicada deve surtir nesse um efeito aflitivo. A quantia a ser paga deve ser economicamente relevante ao sancionado, caso contrário não o afligiria e não teria qualquer eficácia.

Seguido a linha desenhada por Nelson Rosendal (2017, p. 234), discorda-se da maneira como se aplica a responsabilidade civil aquiliana atualmente no Brasil. Atualmente, a quantia paga é equilibrada entre a reparação de danos e a punição do

agente. Entende-se que no que se refere a parte punitiva, esta deve ser avaliada de modo independente da reparação.

Há de se suscitar também a questão da destinação dos recursos da sanção. Entende-se que o valor pago deve se reverter em prol da sociedade, vez que a punição é decorrente da violação da ordem social, bem como diante do fato de que revertê-la completamente ao lesado geraria enriquecimento sem causa, o que é vedado em nosso sistema jurídico por força do art. 884 do Código Civil.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como eixo central a discussão a importância da aplicação da função punitiva à responsabilidade civil, além de sua função reparatória primordial.

A partir dessa temática, observou-se que em nossa sociedade atual não se basta reagir a atos ilícitos, mas sim prevenir para que estes sequer ocorram. O instituto da responsabilidade civil permaneceu voltado somente para reparação integral, isso desde os ordenamentos liberais do séc. XIX, e que este deveria evoluir para um viés preventivo inerente a nossa sociedade moderna.

A reparação integral atende aos interesses da vítima, vez que esta retorna ao estado de direito em que se encontrava antes do ilícito, contudo não atende aos interesses da sociedade, pois a chance de que outro ilícito venha a ocorrer permanece pouco alterada.

Mesmo olhando o instituto somente sobre o prisma de mera reação ao ato ilícito, reside ainda uma grave injustiça, vez que há casos que tal dano causado é previamente calculado pelo autor, e feito dolosamente, já que pode ter retorno econômico superior ao dano que causou. No fim, se trata de um ato ilícito doloso que permanece impune.

No entanto, deve-se tomar cuidado ao instituir punição civil no ordenamento brasileiro. Discorda-se da forma atual como se aplica a punição civil na responsabilidade civil aquiliana. Confundem-se a reparação integral e a punição ao agente. Noutra aresta, não há previsão normativa para que se puna neste caso.

A punição por meio da responsabilidade civil deve se proceder da mesma forma como em qualquer outra punição: deve haver previsão legal e expressa, e esta tem que ser personalíssima.

Por fim, reconhece-se a necessidade de punição pela responsabilidade civil, porém de forma a respeitar os princípios e garantias constitucionais, notadamente o princípio da legalidade, sob pena de surgirem punições arbitrárias.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Rosenvald, Nelson – **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Kelsen, Hans - **Teoria pura do direito** - [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Beck, Ulrich – **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade** – [tradução Sebastião Nascimento]. 2ª ed. – São Paulo: 34, 2010.

Cavaliere Filho, Sergio – **Programa de Responsabilidade Civil** – 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

Bitencourt, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal, vol. 1** – 17. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Diniz, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais** – 29. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Pereira, Caio Mário da Silva – **Instituições do direito civil** – 21. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Leggett, Christopher – **The ford pinto case: the valuations of life as it applies to the negligence-efficiency argument** – 1999. Disponível em: <<https://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>