

A MULTIFUNCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Thaís G. Pascoaloto Venturi¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Função reparatória-compensatória; 3; Função punitivo-pedagógica; 4. Função preventiva; 5. Função precaucional; 6. Função promocional; 7. Função restitutória; 8. Os desafios da aplicação concreta da multifuncionalização; Referências.

1. INTRODUÇÃO



As transformações pelas quais o instituto da responsabilidade civil vem passando não representam ciclos estanques e lineares. Suas funções têm sido constantemente (re)descobertas, de acordo com contingências de toda ordem (temporais, espaciais, sócio-econômicas), no intuito de melhor instrumentalizar a adequada proteção dos direitos.

Antes disso, os próprios fundamentos da responsabilidade civil passam a ser repensados, na medida em que parece cada vez mais evidente a insatisfatoriedade de se confiná-los aos estreitos limites do chamado “Direito de Danos”. A suposição de que o ser humano só é “responsável” em virtude e nos limites dos danos que provoca a outrem implica injustificável premissa que produz resultados práticos trágicos, especialmente quando

¹ Estágio de Pós-doutoramento na Fordham University (New York). Doutora pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estágio de doutoramento - pesquisadora Capes - na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da Universidade Tuiuti do Paraná - UTP. Mediadora extrajudicial certificada pela Universidade da Califórnia - Berkeley. Mediadora judicial certificada pelo CNJ. Sócia fundadora do escritório Pascoaloto Venturi.

se imagina a imprescindibilidade da proteção dos direitos fundamentais.

Diante dessa conjuntura, o Direito da responsabilidade civil busca não apenas se reidentificar cientificamente, como também se justificar e se legitimar diante de uma sociedade cada vez mais exposta a danos graves e irreversíveis, e que não encontra proteção suficiente e adequada a partir dos clássicos fundamentos e funções pelas quais historicamente se tentou explicar o seu funcionamento.

Todavia, no caminho de uma possível e desejável refundamentação e multifuncionalização da responsabilidade civil, é preciso garantir a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, de maneira que o instituto não se afaste do cumprimento de sua tarefa primordial de restaurar o equilíbrio social rompido.²

O redimensionamento da responsabilidade civil como instrumento de tutela dos direitos inerentes à pessoa - e não apenas voltado à recomposição do patrimônio ou ao seu equivalente por meio da indenização -, constitui um dos grandes desafios que a realidade do século XXI faz emergir. O Código Civil de 2002, visando acompanhar as grandes modificações sofridas pela responsabilidade civil ao longo do século XX, buscou reestruturá-la por via da implementação de “um modelo aberto, e axiologicamente orientado pelo respeito à pessoa, ‘valor-fonte’ do Ordenamento, e por princípios dotados de elevada densidade ética, que visam tutelar aspectos atinentes a esse “valor-fonte.”³

² Afirma José de Aguiar DIAS, “O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividades, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerando, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12ª ed. atual. por DIAS, Rui Berford. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v. V, tomo II. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 74.

Repensar a própria razão de ser da responsabilidade civil envolve uma análise dos seus fundamentos suscitando uma revisão do seu próprio conceito, levando a seguinte indagação: o que significa ser “responsável civilmente” na contemporaneidade?

As respostas oferecidas tradicionalmente a respeito do significado e do alcance da expressão *responsabilidade civil* parecem revelar-se, quando menos, intrigantes, ao serem confrontadas com a realidade atual das relações sociais e com a pretensão de utilidade e adequação do ordenamento jurídico.⁴

Nesse sentido, observe-se que a compreensão do sistema de responsabilidade civil como mecanismo de reparação de danos, a atuar somente após a violação do Direito, afeiçoa-se coe-rente com uma visão distorcida e já ultrapassada segundo a qual a proteção o próprio direito subjetivo só surgiria a partir da violação da norma.⁵

A construção de um adequado regime jurídico de responsabilização civil⁶ se presta, sem dúvida, não só ao aprimoramento da prestação jurisdicional como também à formação de uma consciência coletiva a respeito dos comportamentos sociais tolerados ou incentivados, buscando-se a ética da responsabilidade e da solidariedade.⁷

⁴ Acerca dos sentidos da responsabilidade civil, consultar ROSENVALD, Nelson. A polissemia da Responsabilidade Civil na LGPD. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/336002/a-polissemia-da-responsabilidade-civil-na-lgpd>. Acesso em 10 de julho de 2021.

⁵ Como lembra Ovídio Baptista da SILVA, criticando o compromisso com o *normativismo* que inspirou a conceituação do direito nos séculos XIX e XX, “o direito subjetivo surgiria somente depois de a norma ser violada. Este modelo de compreender o que denominamos «direito material», além de restringir-lhe o conteúdo, ainda suprime as formas de tutela preventiva. A violação da norma era pressuposto para que o conceito de «direito subjetivo» se compusesse”. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 170.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23.

⁷ “A despeito de a responsabilidade civil ter de reportar-se à previsão legal, que estabelece seus contornos, o sentido valorativo e filosófico que ela exprime prende-se à solidariedade e à cooperação que devem presidir qualquer sociedade humana; (...) é a solidariedade e a cooperação que impõem às pessoas o auxílio mútuo, cumprindo-lhes

A partir de uma visão ética da responsabilidade, suscitada originalmente por Max WEBER,⁸ a compreensão sobre o que consiste “ser responsável” desamarra-se espacial e temporalmente, implicando a possível construção de uma renovada noção jurídica comprometida com a proteção dos valores existenciais do ser humano do presente e do futuro.⁹

A ética da responsabilidade implica constantes reflexões sobre a dinâmica dos direitos e deveres socialmente incidíveis não apenas sobre os indivíduos que se inter relacionam diretamente, como também sobre indivíduos que dependem do equilíbrio geral das relações humanas e, portanto, por elas se responsabilizam. Como aponta ARON, “a ética da responsabilidade é aquela que o homem de ação não pode deixar de adotar; ela lhe ordena a se situar numa situação, a prever as consequências das suas possíveis ações e decisões e a procurar introduzir na trama dos acontecimentos um ato que atingirá certos resultados ou determinará certas consequências que desejamos.”¹⁰

solidarizam-se entre si, mormente quando a ação ou a atividade de uma delas acarrete danos à outra; quem prejudica o próximo, e, todavia, permanece indiferente à sua sorte, comporta-se em desarmonia com a solidariedade que permeia a trama da teia social”. GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 221-222. Ainda, ressalta Pietro PERLINGIERI que “merece tutela o ato de solidariedade realizado por determinados sujeitos em relação a indivíduos ou determinadas coletividades. A solidariedade política, econômica e social não é somente um direito, mas um dever (...)”. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36.

⁸ Segundo o jusfilósofo alemão, “O partidário da ética da responsabilidade, (...) contará com as fraquezas comuns dos homens (pois, como dizia muito precedentemente Fichte, não temos o direito de pressupor a bondade e a perfeição do homem), e entenderá que não pode lançar a ombros alheios as consequências previsíveis de suas próprias ações. Dirá, portanto “Essas consequências são imputáveis à minha própria ação”, WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octavio Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 1993, p. 113.

⁹ Sobre o conceito ético de responsabilidade, consulte-se JONAS, Hans. *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*. Trad. Jean Greich. 3 éd., Paris: Ed. Du Cerf, 1993, e, ainda, LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris n.º1, jan.-mars, 1998.

¹⁰ ARON, Raymond. *As etapas do desenvolvimento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. 4ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993, p. 487.

O fundamento ético da responsabilidade foi destaque em recentíssima e polêmica decisão do Superior Tribunal de Justiça envolvendo a fixação de danos morais, conforme o Ministro Relator Marcos Aurélio Bellizze,

Cumprе destacar que o contínuo processo de evolução social coloca a responsabilidade civil em um processo permanente de reformulação, renovando-se constantemente, acumulando conhecimentos e incorporando novos modos de percepção da dinâmica social. Assim, *a própria sociedade exige uma experiência jurídica que incorpore a ética* e não se mostre tão hermeticamente fechada como por muito tempo se orgulhou de ser, reconhecendo a dignidade em cada ser humano como expoente de uma sociedade plural. Por conseguinte, a responsabilidade civil assume um papel mais flexível, menos dogmático e com maior atenção aos reais anseios da sociedade (...).¹¹

Logo, torna-se necessário descobrir novos contornos que se prestem a fundamentar a aplicação da responsabilidade civil sob perspectivas sensivelmente distintas daquelas até então observadas, não sendo aceitável diante de uma sociedade globalizada e hiperexposta a danos graves e irreversíveis que se restrinja a aplicação do instituto exclusivamente pelo seu viés reparatório.

Faz-se necessário, em última análise, o pleno desenvolvimento de todas as dimensões pelas quais a responsabilidade civil pode e deve operar, como sustenta THIBIERGE:

Não se trata absolutamente aqui de abalar o direito de responsabilidade e de recolocar em discussão a construção progressivamente elaborada pela ação conjugada da jurisprudência e do legislador. Naquilo, a experiência passada nos fornece ensinamentos preciosos: assim como os promotores do risco o vislumbravam como um substituto para a culpa, a evolução ulterior mostrou que esse novo fundamento permitiu enriquecer os fundamentos da responsabilidade e de modificar o seu regime, deixando à culpa o seu âmbito de aplicação própria. Ademais, nesse sentido, certos autores continuam a defender o fundamento da culpa e outros sublinham os perigos das soluções

¹¹ STJ, Recurso Especial n.º 1.642.313- RJ. Ministro Relator Marcos Aurélio Bellizze, Quarta Turma, julgado em 26.10.21, publicado em DJe: 03/11/2021.

extremas de toda a culpa ou de todo o risco. Trata-se de responder à emergência dos novos danos e de ultrapassar os limites atuais de nossa responsabilidade civil, não por uma re colocação em questão dos fundamentos anteriores, mas por uma extensão daqueles, segundo a dinâmica da alteração de paradigma que permitirá à responsabilidade jurídica abranger a plenitude do termo «responsabilidade». Nosso direito de responsabilidade já mostrou suas capacidades de evolução e de adaptação à emergência dos novos riscos. A avaliação dessa evolução pode nos ajudar a percorrer essa nova etapa sem muita resistência à necessária mudança. Para tanto, a «responsabilidade» ela própria, no sentido etimológico e filosófico, nos traz um precioso desafio.¹²

É justamente nesse contexto de refundamentação que emerge o tema da multifuncionalidade da responsabilidade civil.¹³

¹² Tradução livre: “*Il ne s'agit nullement ici de bouleverser le droit de la responsabilité et de remettre en cause la construction progressivement élaborée par l'action conjugée de la jurisprudence, de la doctrine et du législateur. En cela, l'expérience passée nous fournit des enseignements précieux : alors que les « promoteurs » du risque l'envisageaient comme un substitut à la faute, l'évolution ultérieure a montré que ce nouveau fondement a permis d'enrichir les fondements de la responsabilité et d'en modifier le régime, tout en laissant à la faute son domaine d'application propre. D'ailleurs, en ce sens, certains auteurs continuent à défendre le fondement de la faute, et d'autres soulignent les dangers des solutions extrêmes du tout-faute ou du tout-risque. Il s'agit de répondre à l'émergence de nouveaux dommages et de dépasser les limites actuelles de notre responsabilité civile, non par une remise en cause des fondements antérieurs mais par une extension de ceux-ci, selon la dynamique du changement de paradigme qui permettra à la responsabilité juridique de recouvrer la plénitude du terme « responsabilité ». Notre droit de la responsabilité a déjà montré ses capacités d'évolution et d'adaptation à l'émergence de risques nouveaux. La mise en perspective de cette évolution peut nous aider à parcourir cette nouvelle étape sans trop de résistance au nécessaire changement. En cela, la « responsabilité » elle-même, au sens étymologique et philosophique nous apporte un précieux concours.*” THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue trimestrelle de Droit Civile*. 1999, p. 561 e segs.

¹³ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. PUBLICIDADE ABUSIVA. ART. 37, § 2º, DO CDC. TEMA MORALMENTE SENSÍVEL. DANO MORAL COLETIVO. LESÃO EXTRAPATRIMONIAL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. HIPÓTESE CONCRETA. OCORRÊNCIA. 1. Ação coletiva de consumo por meio da qual se questiona a abusividade de publicidade que trata de tema

2. FUNÇÃO REPARATÓRIA – COMPENSATÓRIA

A reparação como função precípua do Direito da responsabilidade civil, em razão da própria forma de construção do sistema (pautada no binômio dano-reparação), sustentou-se inicialmente na exigência de se reagir diante de um dano que afetasse a esfera individual e patrimonial da pessoa.¹⁴

moralmente sensível e na qual se pede seja vedada a veiculação da propaganda objurgada e compensados danos morais coletivos. 2. Recurso especial interposto em: 25/02/2015; conclusão ao Gabinete em: 25/08/2016; aplicação do CPC/73. 3. O propósito recursal consiste em determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; e b) se, na hipótese concreta, a veiculação da publicidade considerada abusiva é capaz de configurar dano moral coletivo. 4. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração. 5. Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa. 6. *Ademais, os danos morais coletivos têm como função a repressão e a prevenção à prática de condutas lesivas à sociedade, além de representarem uma forma de reverter a vantagem econômica obtida individualmente pelo causador do dano em benefício de toda a coletividade.* 7. A publicidade questionada reproduz o seguinte diálogo: “- Posso trazer meu namorado para dormir em casa, passar a noite fazendo sexo selvagem e acordando a vizinhança toda? - Claro filhote! - Aí paizão, valeu! Sabia que cê ia deixar. - Ufa! Achei que ela ia me pedir o carro!”. 8. Na hipótese concreta, tendo o acórdão recorrido reconhecido a reprovabilidade do conteúdo da publicidade, considerando-a abusiva, não poderia ter deixado de condenar a recorrida a ressarcir danos morais coletivos, sob pena de tornar inepta a proteção jurídica à indevida lesão de interesses transindividuais, deixando de aplicar a função preventiva e pedagógica típica de referidos danos e permitindo a apropriação individual de vantagens decorrentes da lesão de interesses sociais. 9. Recurso especial parcialmente provido. Sentença reestabelecida. (REsp 1655731/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019).

¹⁴ Afirma Cesare SALVI, “La nozione di risarcimento, come figura generale e unitaria, nasce, nella fase di formazione del diritto moderno, parallelamente a quella, altrettanto generale e unitaria, di danno. Allá base è l’esigenza di reagire nel modo più adeguato, e com uma regola di carattere generale, ai fatti Che determinamo una lesione della sfera giuridica individualem considerata sotto il profile della lesione della proprietà”. E, continua, o referido autor “Nella fase di formazione del diritto moderno, due, idee si contendono il campo. La prima muove dall’identificazione del danno con la differenza negativa nel patrimonio del danneggiato. La finalitá riparatoria è

Toda a estrutura reparatória do Direito da responsabilidade civil foi pensada na modernidade, precipuamente, sob uma ótica designadamente patrimonialista, dado que “o modelo patrimonial de dano e o ressarcimento através do pagamento do equivalente monetário são apropriados na sua totalidade, revelando-se razoável a uma economia de mercado na qual o dinheiro é fator de mensuração de cada bem e prestação”.¹⁵

Referido modelo era contemplado pelo Código Civil de 1916, por forte influência do Código Civil francês, tendo o elemento *culpa* o fundamento do dever de indenizar, filiando-se à teoria da responsabilidade civil subjetiva - que era a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro.

Gradativamente, a mudança ocorrida no sistema da responsabilidade civil mostrou que o fundamento da culpa deixou de ser a essencial justificativa da obrigação de indenizar, aliando-se, então, ao fundamento do risco (artigos 927, par. único, 931 e 933 do Código Civil), que teve como principal objetivo a proteção da pessoa da vítima.¹⁶

considerata pienamente soddisfatta attraverso il pagamento di una somma do denaro equivalente a quella differenza. (...) L'altra Idea di risarcimento, che caratterizza la fase formativa del moderno diritto privato, muove invece da um modello <<reale>> o materiale del danno, identificato non con la differenza patrimoniale, ma con la distruzione o l'alterazione del bene fisico. L'essenza del risarcimento, parallelamente, è vista nella ricostituzione in 'natura' della situazione materiale. Importanti sistemi giuridici recepiscono questa Idea: che è codificata nel BGB, e fu Allá base dei diritti dei paesi socialisti. La prassi non tarda però a mostrare il carattere ideológico della scelta della riparazione in natura come principio generale: nella gran parte dei casi essa non è possibile, e, se possibile, non interessa AL creditore. In concreto, anche, in questi sistemi la prevalenza del risarcimento pecuniário e del modello patrimoniale do danno è indiscussa.” *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 243-244.

¹⁵ “Il modelo patrimoniale di danno e il risarcimento attraverso il pagamento dell'equivalente monetário si attagliano in pieno, rivelandosi congrui a un'economia di mercato, nella quale il denaro è fattore do misurazione di ogni bene e prestazione”. Tradução livre. SALVI, Cesari. *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 244-245.

¹⁶ “Note que os modelos de responsabilidade civil com culpa e sem culpa têm em comum o mérito de atender ao que é mais relevante no campo do Direito de Danos: buscam realizar o Princípio da reparação integral. Significa dizer, seja a responsabilidade civil objetiva, seja subjetiva, o foco aqui é tornar a vítima indene, isto é, é reparar,

A desvinculação da reparação como ideia de “castigo” para sancionar quem causou o dano injustamente bem demonstra a mudança ocorrida no núcleo do sistema reparatório, que se volta para quem sofreu o dano e não para quem o cometeu,¹⁷ o que forçou a moderna doutrina civilista a compreender a responsabilidade civil como um verdadeiro “Direito de Danos”.¹⁸

na melhor e maior extensão possível, os danos injustos pela vítima suportados. Entretanto, em pacífica convivência, é possível admitir uma terceira via da Responsabilidade Civil tarifada. Nela, a finalidade não é atender ao Princípio da reparação integral. São hipóteses específicas nas quais o legislador, independentemente de preocupações com os esquemas de responsabilidade subjetiva ou objetiva, indica valores preestabelecidos por lei em favor das vítimas de determinados eventos contemplados. De fato, em certas circunstâncias, os valores podem vir a atender ao Princípio da reparação integral. Em outras hipóteses, não. Aqui, não há preocupação imediata em reparar-se integralmente (mas, sim, em fornecer um mínimo célere de indenização). Dependese-á da prova da extensão do dano suplementar para que, no futuro, possa haver a integral reparação. Daí que o valor a ser prontamente recebido pela vítima não implica, necessariamente, na quitação ampla geral e irrestrita de todo o valor devido. Será, sim, como sublinhei, o mínimo de indenização, se houver a prova de que o dano se deu em extensão superior. Nesse caso, deve o valor inicialmente recebido ser abatido do que se apurar realmente devido ao final, evitando-se com isso o enriquecimento indevido da vítima.” GUERRA, Alexandre. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/344633/reparacao-integral-vs-indenizacao-tarifada>. Acesso em 12 de julho de 2021.

¹⁷ “Como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nitidamente individualista, evoluiu para o sistema solidarista da reparação do dano”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 24-25.

¹⁸ Dentre os fatores que contribuíram para o desenvolvimento da responsabilidade civil por danos ou o “Direito de Danos” destacam-se pontualmente os seguintes: (i) o requisito da antijuridicidade deixa de ter uma conotação vinculada à culpa, e, portanto, subjetiva do agente, e passa a ter um conteúdo objetivo, vale dizer, a adoção da ilicitude em sentido amplo, como comportamento contrário ao Direito desvinculado da noção de culpa; (ii) a mudança da própria concepção da culpa, que deixa de ter um conteúdo essencialmente moral e passa a ser concebida como culpa normativa; (iii) o desenvolvimento do sistema da responsabilidade civil objetiva coexistindo com a responsabilidade civil subjetiva; (iv) a utilização das hipóteses de culpa presumida; (v) o incremento dos legitimados ativos a partir do alcance de eventuais vítimas; (vi) ampliação dos sujeitos responsáveis e a previsão de um regime solidário; (vii) inicia-se uma fase da socialização dos danos por meio de mecanismos alternativos da responsabilidade civil; (viii) a flexibilização do nexo de causalidade. Nesse sentido, consultar

Propiciar à vítima uma reparação efetiva, desfazendo tanto quanto possível os reflexos dos prejuízos causados, sobretudo diante do surgimento e da expansão de novos danos, representa uma conquista já consolidada pela legislação e absorvida pelos operadores do sistema de justiça.

Nesse sentido, a constitucionalização do direito ao pleno ressarcimento dos danos pode ser apontada como fenômeno ilustrativo da alteração paradigmática experimentada no próprio campo da responsabilidade civil, como afirma Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO,

O caput do art. 944 do CC prevê a regra da extensão do dano como medida de indenização. Significa que a indenização deve cobrir o dano em toda a sua amplitude. Ou, por outras palavras, a reparação deve alcançar todo o dano. Precisa ser integral, pois. Com a promulgação do Código Civil de 2002, a rigor, consagrou-se de modo expresso princípio que já vigorava plenamente no ordenamento jurídico brasileiro, posto que implícito. (...) Com efeito, mercê de sua estrutura aberta, observa-se que a reparação integral não procura regrar determinado comportamento nem tampouco estabelecer parâmetros para a incidência de determinada normativa. Em rigor, traduz pilar essencial da responsabilidade civil, verdadeiro mandado de otimização, que visa a promover a reparação completa da vítima, na medida da extensão dos danos sofridos.¹⁹

Em que pese a prevalência da solução reparatória pelo equivalente pecuniário, certo é que, na experiência contemporânea, as noções de patrimonialidade do dano e ressarcimento pelo equivalente monetário foram sendo relativizadas.

É justamente nesse contexto que a própria concepção do dano vem sofrendo relevantes alterações, diante da necessidade da iminente proteção aos valores essenciais das pessoas. Assim,

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: Responsabilidad Coletiva*. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 140-145; ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

¹⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *In: civilistica.com*, a. 7, n. 1, 2018, p.11.

a noção jurídica de dano passa a ser concebida como a violação a um interesse tanto ao patrimônio da pessoa como àqueles valores que se referem à sua própria personalidade, e que implicam um desequilíbrio das próprias relações jurídicas, visto que tanto o patrimônio como a pessoa são protegidos pelo Direito.

Apesar de todos os argumentos preconizados para justificar a plena reparação das vítimas de danos extrapatrimoniais é importante salientar que, diante das profundas mutações que vem sofrendo o Direito de responsabilidade civil, o efetivo comprometimento com os direitos inerentes às pessoas diz respeito não exatamente à promessa da *restitutio in integrum* na hipótese da violação dos seus direitos e do acarretamento de danos.²⁰

Emerge, por outro lado, uma garantia muito mais apropriada e justificada sobretudo à tutela dos direitos de personalidade²¹, a que se poderia denominar, com a permissão da mutação locutiva, “*manutentio in integrum*”.

Como esclarece Nelson ROSENVALD, “o esquema monolítico de reparação de danos é exclusivamente focado na fictícia restituição da vítima ao estado anterior à lesão, quando na verdade, o direito pode ir além de simplesmente resgatar o passado pela camisa de força compensatória”.²²

Diante da mudança axiológica operada em torno da concepção da proteção da pessoa e de todos os problemas inerentes à quantificação das indenizações por danos extrapatrimoniais, se evidencia o desvirtuamento na proteção somente repressiva dos valores existenciais, fruto de uma concepção patrimonialista da

²⁰ Acerca dos desdobramentos envolvendo a temática, consultar SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹ LUTZKY, Daniela Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. *Revista IBERC* v.2, n.1, p. 01-28, jan.-abr./2019. Disponível em <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/articulo/view/22/19>. Acesso em 20 de julho de 2021.

²² ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restituitória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 25-26.

responsabilidade civil.²³

3. FUNÇÃO PUNITIVA-PEDAGÓGICA

A expectativa criada com a aplicação, em alguma medida, da lógica do instituto anglo-saxônico dos *punitive damages* no sistema de justiça brasileiro foi a de funcionalizar o direito da responsabilidade civil. Para além da compensação das vítimas, também a punição e o desestímulo à reiteração da conduta lesiva por parte do agressor passaram a ser almejados pelo instituto.

A função punitivo-pedagógica, assim, passou a ser aberrantemente sustentada por boa parte da doutrina e da jurisprudência nacional, com especial campo de incidência na compensação por danos morais²⁴ – do que decorreria um suposto fortalecimento nas quantias fixadas a tal título. Nesse sentido, inúmeras discussões foram geradas a respeito de seu cabimento e de seus limites.²⁵

²³ Torna-se necessário destacar o movimento no sentido da “despatrimonialização da reparação” que não se vincula exclusivamente à pecúnia. Nesse sentido, vide o Enunciado n.º 589 do Conselho da Justiça Federal na VII Jornada de Direito Civil – “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em 13 de julho de 2021.

Acerca de formas alternativas de reparação, vide KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Adianta pedir desculpas? Reflexões sobre a reparação dos danos morais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; ROSENVALD, Nelson (coord). *Novas fronteiras da responsabilidade civil*. Indaitauba: Editora Foco, 2020.

Em sede jurisprudencial, consultar STJ, Recurso Especial n. 1.771.866/DF, Ministro Relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE, T3 - TERCEIRA TURMA, J. 12/02/2019, Publicado em DJe 19/02/2019. Por fim, destaca-se a Lei do sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social – Lei n. 13.188-2015.

²⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *O imoral nas indenizações por dano moral*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2989/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano-moral>. Acesso em 15 de julho de 2021.

²⁵ Conforme Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, “Nesse ponto, destaca-se o tortuoso problema da quantificação da reparação dos danos morais, no qual se evidencia

Atualmente, em que pesem todas as críticas formuladas contra a funcionalização punitiva da responsabilidade civil, não há mais como subestimar ou simplesmente desprezar o papel desempenhado pelo agravamento das condenações pecuniárias por danos morais. Trata-se de instrumento de repreensão e de dissuasão de graves e inescusáveis comportamentos ilícitos e antissociais, sendo inegável seu potencial para revitalizar funcionalmente o instituto da responsabilidade, inclusive no âmbito da proteção dos direitos extrapatrimoniais de dimensões transindividuais (o que ensejou a consagração da figura dos danos morais coletivos).²⁶

Mediante uma breve análise da jurisprudência pátria, pode-se afirmar que os tribunais nacionais, ao seu modo, incorporaram a aplicação da doutrina dos *punitive* ou *exemplary damages*, por vezes expressamente, a título de punição exemplar e de dissuasão contra a reincidência de ações ou omissões gravemente culposas ou dolosas, agravando o valor das compensações por danos extrapatrimoniais.

A função punitivo-pedagógica passou a ser comumente empregada em nosso sistema jurisdicional sob locuções das mais diversas, tais como: *indenização punitiva*, *danos punitivos*, *pena privada ou sanção civil*. Todas essas expressões reportam-se,

a existência de alguma desconexão entre teoria e prática. Dá-se que, em determinadas decisões, mesmo que se privilegie, na fundamentação, a função punitiva da reparação dos danos morais, mostra-se perceptível o baixo valor da condenação. Em outras, o magistrado posiciona-se pela inadmissibilidade do caráter de punição no ordenamento jurídico pátrio, mas, ao quantificar o dano, arbitra valores curiosamente mais elevados.”. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In: *civillistica.com*, a. 7, n. 1, 2018, p. 16.

²⁶ A respeito das diversas dimensões e funções dos danos morais coletivos *vide* VENTURI, Elton e VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. O dano moral em suas dimensões coletiva e acidentalmente coletiva. In: *Dano moral coletivo*. São Paulo: Editora Foco, 2018. Em recente julgamento, consagrou o STJ a função punitivo-pedagógica dos danos morais coletivos: “(...) os danos morais coletivos têm como função a repressão e a prevenção à prática de condutas lesivas à sociedade, além de representarem uma forma de reverter a vantagem econômica obtida individualmente pelo causador do dano em benefício de toda a coletividade” - REsp 1655731/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

direta ou indiretamente, à figura dos *punitive damages* (condenações punitivas), originária do direito anglo-saxão²⁷, mas que ganhou notoriedade pelos famosos e emblemáticos casos reportados no âmbito do sistema de justiça norte-americano.²⁸

Por via de referida função, a responsabilidade civil passa a desempenhar duplo papel: o de punir o agente causador do dano e, ainda, a de constituir instrumento de dissuasão de comportamentos antissociais, possuindo um caráter de exemplaridade e, conseqüentemente, preventivo.²⁹

²⁷ Os casos paradigmáticos foram representados pelos processos *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*, datados de 1763, cujas decisões, pela primeira vez no sistema judiciário inglês, aplicaram uma espécie de pena privada (trezentas libras a título de *exemplaire condemnation*), fundamentada não em quaisquer danos sofridos pela vítima, mas sim na ilegalidade e abusividade representados por arrombamentos e buscas procedidas pela guarda real na casa de John Wilkes (um conhecido opositor ao regime de George III), sem a expedição de mandados de busca judiciais, motivados por interesses políticos. Gradativamente, os *exemplary damages* começaram a ser aplicados não só contra abusos de autoridades públicas, mas também contra particulares, como ocorrido no caso *Forde v. Skinner* (quando um empregador cortou abusivamente os cabelos de uma empregada), estabelecendo-se como importante instrumento de proteção da liberdade individual e da vida privada. Nada obstante tal uso precursor dos *exemplary damages* no direito inglês, a função punitiva da responsabilidade civil foi drasticamente restringida na Inglaterra a partir da decisão proferida pela Câmara dos Lordes no caso *Rookes v. Barnard*, em 1964, segundo a qual somente seria admissível a condenação exemplar quando expressamente prevista em lei; nas hipóteses em que o agente calculou que os lucros que viria a obter com a sua conduta excediam o valor da indenização que teria de pagar pelos danos causados; e ainda, quando, a critério do juiz, estivesse em julgamento uma conduta opressiva, arbitrária ou inconstitucional de um funcionário do governo (abusos de poder de autoridade). Destaca-se ainda, que a expressão *exemplary damages* é a mais adotada, enfatizando originariamente a ideia de desestímulo. CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995.

²⁸ Apesar de os Estados Unidos terem adotado os *punitive damages* por meio da colonização britânica, não seguiram as mesmas diretrizes firmadas no caso *Rooks v. Barnard*, no sentido de se restringir a aplicação do instituto para as três hipóteses mencionadas. Ao contrário assistiu-se a uma verdadeira ampliação de seu campo de atuação.

²⁹ “*Punitive damages, sometimes called exemplary or vindictive damages, or “smart money”, consists of an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do again, and of deterring others from following his example.*” W. PROSSER, J. Wade & V. SCHWARTZ, *Torts. Cases and Materials*. 7ª ed. New York: Foundation Press, 1982, p. 560.

A disseminação da aplicação do instituto no sistema norte-americano foi seguida da expansão de seu cabimento, no intuito de punir e dissuadir a provocação de danos graves, tanto de natureza patrimonial como extrapatrimonial, com essencial fundamento na conduta do agente. Assim foi que a jurisprudência dos tribunais americanos, já a partir do século XIX, passou a aplicar os *punitive damages* não apenas para os casos de condutas especialmente dolosas dos agentes infratores, mas também a casos nos quais se demonstrava a ocorrência da chamada “negligência grosseira”.³⁰

Muito embora a internalização da função punitiva no âmbito da responsabilidade civil venha sendo largamente sustentada e aplicada pelos tribunais brasileiros - especificamente no campo da fixação de compensação por danos morais- resta saber se o *devido processo legal* para a aplicação de tal função vem sendo observado, bem como se a *pedagogia* objetivada por via dessa funcionalização tem se revelado eficaz.

Nesse sentido, duas conclusões nos parecem claras: *i)* a eventual insuficiência do agravamento das condenações fixadas a título de punição por danos morais torna a funcionalização pretendida virtualmente esvaziada; *ii)* a ausência de destaque, nas decisões judiciais, a respeito do *quantum* fixado para atender a cada uma das multifuncionalidades da responsabilidade civil no caso concreto, para além de comprometer a eficácia das funções, gera insegurança jurídica e viola o devido processo legal.

A princípio, o controle da aplicação da função punitiva ficaria a cargo do Superior Tribunal de Justiça, que chamou para si uma espécie de “função moderadora” relativamente às condenações por danos morais fixadas pelos diversos tribunais estaduais e federais, por via da verificação da razoabilidade e da proporcionalidade do agravamento das compensações pecuniárias

³⁰ Consultar Polinsky, A. M., & Shavell, S. (111). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, 1998, pp. 869-962. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_212.pdf. Acesso em 15 de julho de 2021.

por danos morais.

Muito embora o exercício dessa função moderadora devesse envolver a reavaliação de diversas questões de fato, avessas ao próprio cabimento do recurso especial, a jurisprudência da Corte já sedimentou sua competência para tal objetivo.³¹

Segundo o STJ, “Admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais em recurso especial quando ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos”.³²

Apesar dessa correta fundamentação, todavia, as diversas funções da responsabilidade civil (dentre as quais, a compensatória, a punitivo-pedagógica e a preventiva, expressamente destacadas pela decisão citada) acabam sendo concretizadas por via da condenação ao pagamento de um montante único, sem qualquer estratificação dos valores devidos a título de compensação, de punição ou de restituição.

Vale dizer, não importa a que título seja justificado o agravamento da condenação do réu por danos morais, ao final acaba sendo incorporado ou absorvido pela tradicional função compensatória. Essa confusão acarreta, em última análise, a *invisibilidade* das diferentes funções da responsabilidade civil e a violação do devido processo legal.

³¹ A respeito do tema vide KROETZ, Maria Cândida do Amaral e VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto e. O papel do Superior Tribunal de Justiça na revisão das indenizações por danos extrapatrimoniais, In: *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

³² STJ, REsp 1440721/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016.

Não é difícil perceber como a ausência de referida definição acarreta violação do devido processo legal (por força de fundamentação inadequada, restrição à ampla defesa e ao contraditório).

Como exemplo, tomemos novamente o julgado supracitado, lavrado pelo STJ. Após a deliberação do colegiado a respeito da necessidade da aplicação das funções compensatória, punitiva e preventiva, acabou-se concluindo: “Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito”.³³ Parece claro que, sem uma apropriada definição de quais valores são devidos a título de compensação, punição e prevenção, resta totalmente inviabilizado o adequado e justificado exercício da função moderadora a que se atribui o Tribunal.

A devida sistematização e procedimentalização da função punitiva da responsabilidade civil no Brasil não é tarefa a ser executada por via de raciocínios simplistas ou de meras tentativas de importação de institutos alienígenas como o dos *punitive damages*. Trata-se de tema demasiadamente complexo e relevante para o sistema de justiça nacional, exigindo interpretação que propicie um equilíbrio entre as diversas tensões substanciais e processuais envolvidas na sua aplicação.

4. FUNÇÃO PREVENTIVA

O desenvolvimento da função preventiva da responsabilidade civil se deve, sobretudo, às necessidades impostas pela realidade social do século XXI. As novas características qualitativas e quantitativas dos danos suportados pelas pessoas - não só a título individual, mas também sob o prisma coletivo -,

³³ STJ, REsp 1440721/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016.

despertam a invocação dos princípios da solidariedade³⁴ e da justiça social no intuito de amenizar a crise de efetividade do Direito da responsabilidade civil.

A refundamentação da responsabilidade civil sob perspectivas sensivelmente distintas daquelas até então observadas também abre caminho para a sua *funcionalização preventiva*, não sendo aceitável diante de uma sociedade globalizada e hiperexposta a danos graves e irreversíveis que se restrinja a aplicação do instituto exclusivamente pelo seu viés reparatório.

Assim sendo, a prevenção deve, a um só tempo, fundamentar e funcionalizar a responsabilidade civil na atualidade em todos os cenários possíveis, como afirma Nelson ROSENVALD, “a prevenção é o cerne da responsabilidade civil contemporânea”,³⁵ não sendo lógico nem razoável relegar um tal papel dissuasório da ilicitude e da lesividade individual e social exclusivamente ao Direito Público. O Direito Privado igualmente possui tal encargo.³⁶

³⁴ De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “(...) os princípios constitucionais de solidariedade social e de dignidade humana encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilidade civil, ela mesma”. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192. E, ainda, MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44 e seguintes. Da mesma autora, ver ainda, Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 866 e seguintes.

³⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. 3.ed. Saraiva. São Paulo. 2018, p. 96.

³⁶ Como assevera Jane Reis Gonçalves PEREIRA: “Já não é novidade afirmar que a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico. Um dos traços fundamentais do constitucionalismo contemporâneo é a transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, tornando tênues as fronteiras entre o público e privado. Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos - ocupando, assim, posição central no sistema de fontes

O Direito da responsabilidade civil não pode mais implicar um mecanismo a funcionar apenas *ex post* (após a ocorrência do evento danoso), mas também, e sobretudo, *ex ante* (tendo como objetivo a inviolabilidade dos direitos e a prevenção de danos).

Como se percebe, antes de mais nada, trata-se de raciocínio econômico basilar. Não por outro motivo, a prevenção como fundamento e ou como função da responsabilidade civil se sustenta na doutrina da Análise Econômica do Direito, partindo de uma premissa lógica segundo a qual a prevenção dos danos deve ocupar o lugar central de qualquer sistema de direitos, apresentando uma racionalidade que pode contribuir, de diferentes maneiras e mediante algumas condições.

O objetivo de prevenção pode ser aperfeiçoado,³⁷ segundo premissas da teoria econômica pautadas justamente na compreensão de que a eficiência de um sistema de responsabilidade mede-se não pela sua capacidade de curar danos, mas, antes, de os precaver.³⁸

Assim, segundo a análise econômica, o benefício social representado pela aplicação das regras de responsabilidade civil

-, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito". Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120. MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70. TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 35. Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro, 2008, p. iv.

³⁷ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Harvard University Press, 2004; MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Law and Philosophy Library, vol. 84, Springer, 2009; POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*, 3ª Ed. New York, Aspen, 2003.

³⁸ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3ª ed., Paris, L.G.D.J., 2007, p. 155.

não é o de compensar a vítima, mas o de evitar ou dissuadir condutas que possam causar acidentes.³⁹ O deslocamento da função reparatória para a função preventiva, aliás, vem sendo destacada pela doutrina da *Law and Economics* como uma realidade inegável, visto que “se o sistema da responsabilidade civil possui um verdadeiro propósito atualmente, deve estar ligado à criação de incentivos para a redução dos riscos”, com o que se consegue alcançar o benefício social esperado do instituto.⁴⁰

Considerando que as normas de responsabilidade civil atuam como sistema de incentivos à adoção de condutas preventivas pelas partes envolvidas em situação de risco, CALABRESI já apontava a existência de ao menos cinco fundamentos para validar o emprego de meios de prevenção em um sistema de responsabilidade civil, concernentes: *i*) à ignorância dos particulares a respeito do que mais lhes convém; *ii*) aos custos de acidentes não reduzíveis a dinheiro; *iii*) aos juízos morais envolvidos; *iv*) às limitações intrínsecas à teoria da repartição dos recursos e *v*) à necessidade de a prevenção influenciar, eficazmente, sobre certas atividades e atos.⁴¹

Constata-se, a partir disso, que na perspectiva da Análise Econômica do Direito a grande vantagem social da responsabilidade civil é a de prevenir danos, pois para CALABRESI, “A teoria econômica pode sugerir um método de adotar decisões: o mercado, por exemplo. Não obstante, as alternativas nas quais se enfrentam vidas humanas e razões monetárias ou de conveniência nunca podem reduzir-se a termos pecuniários, e por isso nunca usamos o mercado como método único.”⁴²

³⁹ GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito*. Disponível em file:///C:/Users/Tha%3%ADs/Downloads/Combinar_a_economia_eo_direito_a_analise.pdf. Acesso em 21 de julho de 2021.

⁴⁰ “If the liability system has a real purpose today, it must lie in the creation of incentives to reduce risk”. Tradução livre. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 268.

⁴¹ CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, pp. 107-118.

⁴² Tradução livre. “La teoría económica puede sugerir un método de adoptar

É imprescindível anotar que as críticas voltadas contra a viabilidade da aplicação da análise econômica merecem ser melhor ponderadas ou relativizadas, na exata medida da necessidade de verificação das possibilidades e dos limites de integração entre as próprias ciências sociais.⁴³ Nas últimas décadas a Análise Econômica do Direito acabou por criar um notável preconceito contra o seu emprego, sobretudo em relação àqueles que nela veem uma indevida mecanização da distribuição da justiça ou o triunfo do mercado sobre os direitos fundamentais.⁴⁴

No entanto, como já tivemos a oportunidade de esclarecer⁴⁵,

Na verdade, a própria doutrina da *Law and Economics* nunca parece ter negado ou incompreendido suas próprias limitações,

decisiones: el mercado, por ejemplo. No obstante, las alternativas en las que se enfrentan vidas humanas y razones monetarias o de conveniencia nunca pueden reducirse a términos pecuniarios, y por ello nunca usamos el mercado como método único.” CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, p. 36.

⁴³ Já tivemos a oportunidade de discorrer acerca das inevitáveis e naturais limitações de sua perspectiva diante do multifacetário fenômeno jurídico, fundado em primados de justiça muitas vezes incompatíveis com a própria concepção de eficiência. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p.160-172.

⁴⁴ Tal temor pode ser ilustrado pelo texto de Luiz Edson FACHIN: “A superação daquele legado do positivismo científico teria transitado para a contemporaneidade vinculada pela incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pela interpenetração dos espaços público e privado, entre outros elementos que teriam fundado um *locus* diferenciado de compreensão e formulação das situações jurídicas existenciais e patrimoniais. Porém, no meio do caminho, havia mais que uma pedra. Entre as duas margens o ponto mais profundo não sonou ao presente a vocação que permeia uma sociedade de classes. Por isso, hoje uma aliança sutil abraça o que entre essas duas modernidades se fez percurso. Recolocou-se na travessia um novo leito de Procufo, agora não mais na cultura, no direito ou na política, mas sim na economia. Repita-se: o primado dos padrões sobre a essência é só operação econômica, vale dizer, era e agora mais que antes se confirmou, como escrevera Avelãs Nunes, a própria capacidade de concreta ação normativa do mercado”. FACHIN, Luiz Edson. *Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado*. *Revista de Direito Brasileira*. vol. 1. Jul. 2011, p. 101.

⁴⁵ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 148 e seguintes.

na medida em que a aplicação da teoria da escolha racional, por ela preconizada, depende de uma complementação a partir da constatação de que “os homens podem atuar com menos previsão do que aquela que o modelo do homem racional considera. É isso justamente o que mostra o modelo de Coase: o vazio de racionalidade do mundo real”.⁴⁶Vale dizer, partindo-se da premissa segundo a qual a racionalidade da ação humana não é um axioma inquestionável, bem se compreende a relatividade das bases sob as quais se assentam quaisquer ciências sociais.⁴⁷

A responsabilidade preventiva deve ser encarada como técnica de tutela civil direcionada à proteção dos direitos, por meio de mecanismos inibitórios atrelados, fundamentalmente, aos deveres jurídicos de diligência e proteção, referentes a não violação dos direitos, que não implementa uma relação jurídica obrigacional propriamente dita⁴⁸, na medida em que “se trata dos deveres impostos aos indivíduos porque, na explicação das atividades consentidas na esfera jurídica a eles reservada ou que constituem o domínio da sua liberdade, utilizam um comportamento que de um lado também permite outras explicações das atividades que lhes são consentidas desde que não prejudiquem ou coloquem em risco a pessoa ou os bens dos outros”.⁴⁹

Se, por um lado, a responsabilidade civil repressiva constitui categoria de obrigação derivada do interesse do credor na reparação de danos sofridos,⁵⁰ por outro a responsabilidade

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

⁴⁷ ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 23-27.

⁴⁸ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 234-241.

⁴⁹ “Si tratta dei doveri imposti all’individuo perchè, nella esplicazione delle attività consentitegli nella sfera giuridica a lui riservata o che costituisce il dominio della sua libertà, usi un comportamento che da un canto consenta anche agli altri l’esplicazione della attività consentite, e dall’altro non danneggi o ponga in pericolo la persona o i beni altrui”. GIORGIANNI, Michele. *L’obbligazione*: Milano, Giufrè, 1968, p. 70.

⁵⁰ Conforme classificação tripartite sustentada por Fernando NORONHA, as obrigações devem ser compreendidas em três categorias, a partir das diferentes perspectivas do interesse do *credor*. Assim, haveria as *obrigações negociais* (interesse na

preventiva não deve ser encarada como obrigação propriamente dita, senão, como um verdadeiro dever jurídico, seja ele compreendido como instrumental, lateral ou acessório no intuito de proteger o adimplemento contratual (no campo da responsabilidade negocial), seja ele compreendido como originário, decorrente do *princípio neminem laedere* (no campo da responsabilidade extracontratual).⁵¹

Como se percebe, a ideia da prevenção inserida no campo do direito da responsabilidade civil demanda uma verificação *prospectiva* (futura) e não *retrospectiva* (passada). Por esse motivo não parece correto afirmar que deriva ela da existência de uma *obrigação*, mas sim de um dever imposto seja aos contratantes, seja a todos (eficácia *erga-omnes*), no sentido de não violar direitos alheios e não causar danos a outrem.

Essa perspectiva é levada em consideração pela responsabilidade civil preventiva no momento em que, quando da prática de um ilícito ou quando da iminência de sua prática (mas antes ainda de qualquer alusão à causação de um dano concreto),

realização das expectativas nascidas de compromissos assumidos por outra pessoa em negócio jurídico), as *obrigações de responsabilidade civil em sentido estrito* (interesse do credor à reparação dos danos sofridos) e as obrigações de restituição por *enriquecimento sem causa* (interesse em se assegurar a devolução ao patrimônio do credor dos ganhos de outrem conquistados à custa de bens ou da pessoa do credor). *Direito das Obrigações*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 416-417.

⁵¹ Para que se possa bem compreender a noção de que a responsabilidade civil preventiva se funda na observância de *deveres jurídicos*, cumpre destacar, ainda que sucintamente, as diferenças existentes entre *dever jurídico* e *obrigação*, conceitos que muitas vezes são utilizados indistintamente pela doutrina e jurisprudência nacionais como se fossem sinônimos, mas que trazem em seu núcleo fundamentos diversos. O *dever jurídico* caracteriza-se por uma determinação geral de observância de certa conduta ou abstenção, imposta pelo ordenamento jurídico em prol da tutela de interesses de outrem, geralmente garantida por meios coercitivos. O *dever jurídico*, portanto, seria uma categoria abrangente, verdadeiro gênero em relação ao qual as obrigações constituiriam espécie. Vale dizer, a obrigação pertence à categoria de *dever jurídico*. Afirma COSTA que *dever jurídico* “consiste na necessidade de observância de determinada conduta, imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem e cujo cumprimento se garante através de meios coercitivos adequados. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 39-40.

pretende-se tutelar a violação ou a continuidade da violação dos direitos.

Ao se preconizar a responsabilidade civil preventiva para a tutela da integridade dos direitos, o grande objetivo é a proteção dos titulares dos direitos subjetivos, tanto como persegue a responsabilidade civil repressiva. Vale dizer, não se pretende retirar de foco a possível e eventual vítima, mas, ao contrário, priorizar-se a sua tutela, viabilizada de forma a evitar que os titulares dos direitos passem à condição de “vítimas”.⁵²

5. FUNÇÃO PRECAUCIONAL

Para além da função preventiva - ou talvez como uma verdadeira subespécie dessa -, também vem ganhando força no campo da responsabilidade civil a chamada *função precaucional*, que objetivaria a adequada proteção das pessoas contra o risco de produção de danos gravíssimos e irremediáveis.

Nesses casos, em que pese a inegável abstração que conduz a uma virtual “idealização dos riscos”, tem-se compreendido tratar-se de abstração não apenas justificável como necessária, no intuito de fundamentar um regime diferenciado de imputação de uma renovada hipótese de responsabilidade, voltada eminentemente para o futuro, e antecipatória dos prejuízos que se pretende evitar.

Nessas hipóteses, a adequada assimilação da função precaucional passa a ser absolutamente vital, “porquanto o modo de atuação dessa figura jurídica vai levar à consequência da sua inclusão ou não dentro da sistemática de responsabilidade civil como um modo de antecipação dos danos futuros”.⁵³

Com base na função precaucional, alude-se inclusive à

⁵² VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 246 e seguintes.

⁵³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 90.

instauração de um novo regime de responsabilidade civil objetiva, fundada no *risco abstrato*. Tratar-se-ia da já denominada “responsabilidade civil sem dano” que intenta, na verdade, evitar eventuais danos gravíssimos como possível consequência da adoção de técnicas tipicamente inibitórias – voltadas contra a ilicitude.

A incidência de tal modelo de responsabilidade civil, fundada no princípio da precaução, já é largamente sustentada no campo do Direito ambiental⁵⁴ que, no Brasil, possui uma importante e moderna regulação constitucional⁵⁵ e infraconstitucional,⁵⁶ para além de uma cada vez mais ativa intervenção protetiva em sede jurisprudencial.⁵⁷

⁵⁴ Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – “Declaração do Rio de Janeiro” (ECO-1992), Princípio 15: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelo Estado, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

⁵⁵ Verifique-se o regime protetivo ambiental estabelecido pelo art. 225 da CF.

⁵⁶ Para além da previsão constitucional do art. 225 (supra citado), a Lei nº 6.938 estabelece (art. 4º, I e VI) como objetivos da política nacional do meio ambiente, respectivamente, a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e a “preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.”

⁵⁷ O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de admitir a aplicabilidade do princípio da precaução, especificamente no campo do direito ambiental, v.g., no âmbito da ADPF nº 101, pela qual se pleiteou a vedação da importação de pneus usados para fins de reciclagem. No âmbito do julgamento de parcial procedência da ação em Plenário, em 11/03/2009, “a Ministra Carmen Lúcia deixou consignado histórico sobre a utilização do pneu e estudos sobre os procedimentos de sua reciclagem, que demonstraram as graves consequências geradas por estes na saúde das populações e nas condições ambientais, em absoluto desatendimento às diretrizes constitucionais que se voltam exatamente ao contrário, ou seja, ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Asseverou que, se há mais benefícios financeiros no aproveitamento de resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, haveria de se ter em conta que o preço industrial a menor não poderia se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente. Fez ampla consideração sobre o direito ao meio ambiente

Muito embora por vezes os conceitos sejam confundidos, a distinção entre prevenção e precaução reside, fundamentalmente, no grau de possibilidade da efetiva ocorrência das consequências lesivas decorrentes da hipótese cujo risco se busca calcular. Como salientam KOURILSKY e VINEY,

A distinção entre risco potencial e risco comprovado fundamenta a distinção paralela entre precaução e prevenção. A precaução é relativa a riscos potenciais e a prevenção a riscos conhecidos. Confundem-se frequentemente precaução e prevenção. Pensa-se geralmente que os riscos potenciais são pouco prováveis e se os assimila inconscientemente a riscos comprovados cuja probabilidade é tão menor que eles estão bem controlados. Isso é duplamente inexato. Primeiro, as probabilidades não são da mesma natureza (no caso da precaução, trata-se da probabilidade de que a hipótese seja exata; no caso de prevenção, a periculosidade é estabelecida se trata da probabilidade de acidente). Além disso, e sobretudo, os riscos potenciais, apesar do seu carácter hipotético, podem ter uma alta probabilidade de ocorrência. Na prática, contudo, a precaução pode ser compreendida como uma extensão dos métodos de prevenção aplicado a riscos incertos.⁵⁸

Muito mais do que um princípio político a incidir em específicos campos da responsabilidade civil, como a ambiental, a

— salientando a observância do princípio da precaução pelas medidas impostas nas normas brasileiras apontadas como descumpridas pelas decisões ora impugnadas —, e o direito à saúde”, Informativo nº 538 do STF, extraído do site www.stf.jus.br/informativos/538.

⁵⁸ “*La distinction entre risque potentiel et risque avéré fonde la distinction parallèle entre précaution e prévention. La précaution est relative à des risques potentiels et la prévention à des risques avérés. On confond fréquemment précaution et prévention. On pense souvent que les risques potentiels sont peu probables et on les assimile inconsciemment à des risques avérés dont la probabilité est d’autant plus faible qu’ils sont bien maîtrisés. Ceci est doublement inexact. D’abord, les probabilités ne sont pas de même nature (dans le cas de la précaution, Il s’agit de la probabilité que l’hypothèse soit exacte; dans le cas de la prévention, la dangerosité est établie et il s’agit de la probabilité d’accident). En outre, et surtout, les risques potentiels, en dépit de leur caractère hypothétique, peuvent avoir une probabilité de réalisation élevée. Dans la pratique, néanmoins, la précaution peut être comprise comme le prolongement des méthodes de prévention appliquées aux risques incertains*”. KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, p. 18.

precaução tem sido apontada como uma nova função de uma renovada responsabilidade, comprometida com a prevenção de futuros e graves danos.

Nesse passo, a mais destacada e original doutrina a respeito dessa refundamentação da responsabilidade viabilizada por via da aplicação do princípio da precaução provém dos estudos empreendidos por THIBIERGE, para quem

Esse novo fundamento, a pesquisar e a introduzir pouco a pouco, poderia ser aquele da precaução, noção que possui a vantagem de já constituir um princípio internacional, comunitário e interno, em áreas tão diversas – mas ligadas – como o meio ambiente e a saúde; segundo esse princípio, «a ausência de certezas, tendo em conta os conhecimentos científicos e técnicos do momento», não deve retardar a adoção de medidas efetivas e proporcionais visando prevenir um risco de danos graves e irreversíveis. De outro lado, esse novo fundamento permitiria o alargamento da função da responsabilidade civil. A isso poderíamos ser tentados a responder que dentro da teoria clássica, à função normativa da responsabilidade se junta uma função preventiva antes vigorosamente destacada pelo professor Tunc, que sublinhou seu caráter indiscutível. Essa função de prevenção não é nova. O que é novo, em compensação, é que atualmente ela parece suscetível de revestir uma dimensão mais vasta: ela pode assumir duas formas quanto às funções e objetivos distintos: uma função clássica de dissuasão, que visa à prevenção de comportamentos antissociais e que é fundada sobre a ameaça de uma sanção; e uma nova função de antecipação, que visa à prevenção dos danos e que é fundada sobre a ameaça de danos graves e irreversíveis.

O aprofundamento da reflexão doutrinária sobre o fundamento da precaução poderia talvez permitir ultrapassar certas crenças, notadamente aquela de um recuo da responsabilidade fundada sobre o risco devido a uma regressão sobre o antigo fundamento da culpa, e articular esse novo fundamento da precaução com os fundamentos atuais da culpa e do risco, permitindo enriquecer uma responsabilidade não mais somente voltada para o passado, mas também para o futuro. Isso faz apostar que a precaução seja uma das chaves da ética da responsabilidade, já reclamada por seus defensores, para uma responsabilidade que não seja somente aquela dos filósofos, mas também aquela dos

juristas, simplesmente para que a evolução das ciências não ande irremediavelmente mais rápido que a de nossas consciências.⁵⁹

Aderindo ao pensamento da jurista francesa, no Brasil, destaca-se a doutrina de LOPEZ, para quem “o princípio da precaução é, desde já e para o futuro, um dos princípios da responsabilidade civil. Os princípios da prevenção e da precaução fazem parte da ‘responsabilidade civil preventiva’, que emerge da sociedade de risco e que não se choca com o tema da responsabilidade civil, porquanto tem o mesmo fundamento da responsabilidade civil ressarcitória, qual seja, *alterum non laedere*”.⁶⁰

⁵⁹ THIBIERGE, Catherine. *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)*. *Revue trimestrelle de Droit Civile*. 1999, p. 561 e seguintes. Tradução livre. “*Ce nouveau fondement, à rechercher et à introduire peu à peu, pourrait être celui de la précaution, notion qui a le mérite d'être déjà un principe international, communautaire et interne, dans des domaines aussi variés - mais reliés - que l'environnement et la santé ; selon ce principe, «l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles»*. En outre, ce fondement nouveau permettrait l'élargissement de la fonction de la responsabilité civile. A cela on pourrait être tenté de répondre que dans la théorie classique, à la fonction normative de la responsabilité s'ajoute une fonction préventive d'ailleurs vigoureusement remise à l'honneur par le professeur Tunc, qui a souligné son caractère indiscutable. Cette fonction de prévention n'est donc pas nouvelle. Ce qui est nouveau en revanche c'est qu'aujourd'hui elle paraît susceptible de revêtir une dimension plus vaste : elle peut prendre en effet deux formes aux fonctions et aux objets distincts : une fonction classique de dissuasion, qui vise la prévention des comportements anti-sociaux et qui est fondée sur la menace d'une sanction ; et une fonction nouvelle d'anticipation, qui vise la prévention des dommages et qui est fondée sur la menace de dommages graves et irréversibles. L'approfondissement de la réflexion doctrinale sur le fondement de la précaution pourrait peut-être permettre de dépasser certaines craintes, notamment celle d'un recul de la responsabilité fondée sur le risque dû à une régression vers l'ancien fondement de la faute, et d'articuler ce nouveau fondement de la précaution avec les fondements actuels de la faute et du risque, tout en lui permettant d'enrichir une responsabilité non plus seulement tournée vers le passé mais aussi vers l'avenir. C'est faire le pari que la précaution est l'une des clés de l'éthique de la responsabilité que certains appellent déjà de leurs vœux, pour une responsabilité qui ne soit pas seulement celle des philosophes, mais aussi celle des juristes, simplement pour que l'évolution des sciences n'aille pas irrémédiablement plus vite que celle de nos consciences.”

⁶⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e responsabilidade civil*. São

Os tribunais nacionais já vêm, por diversos meios, internalizando a precaução no direito da responsabilidade civil, seja para fundamentar o direito à reparação de pessoas vitimadas pela ausência da adoção de cuidados especiais na implementação da prestação de determinadas obrigações, seja para fundamentar a inversão do ônus da prova ou a concessão de tutelas inibitórias em ações de responsabilidade em matéria ambiental e em matéria de saúde dos consumidores.⁶¹

6. FUNÇÃO PROMOCIONAL

A partir da ideia de que o ordenamento jurídico deve estar comprometido com a criação de incentivos para a obtenção de comportamentos (positivos ou negativos) socialmente desejados, o princípio constitucional da *solidariedade* constituiria o fundamento da função promocional da responsabilidade civil.

Para tanto, devem ser empregadas, instrumentalmente, tanto *sanções negativas* como *sanções positivas*, a fim de, respectivamente, coibir ou premiar o agente que praticou comportamentos indesejados ou desejados.

Para compreender o conteúdo promocional, contudo, é necessário pensar por uma lógica diferente daquela comumente utilizada quando do emprego das medidas puramente sancionatórias, pautadas pelo modelo clássico reparatório de reação a um evento danoso causado na esfera jurídica de outrem.⁶² Percebe-

Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 141.

⁶¹ “ADMINISTRATIVO. REVALIDAÇÃO DO REGISTRO DE MEDICAMENTO CONDICIONADA À COMPROVAÇÃO DE EFICÁCIA TERAPÊUTICA. POSSIBILIDADE. FALTA DE CUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA DA ANVISA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POLÍCIA ADMINISTRATIVA. (...) A atuação fiscal-inibitória da ANVISA não se limita àquelas hipóteses em que o produto/medicamento comporta risco à saúde e qualidade de vida, mas, também, em relação à eventual ausência de comprovação da sua eficácia, com vistas na proteção dos direitos do consumidor”, BRASIL, TRF1, Quinta Turma, AC nº 200634000249385, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, e-DJF1 30/09/2011, p. 597.

⁶² REIS JÚNIOR, Antonio dos. Por uma função promocional da responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.) *Controvérsias*

se, inclusive, que na perspectiva das sanções negativas (tal como a lógica do dano-reparação), a função preventiva se realiza de maneira apenas reflexa e indireta.

Para o florescimento da função promocional da responsabilidade civil, “faz se mister que se desperte a doutrina de seu sono dogmático, ao crer que o estudo das sanções positivas deve ser relegado ao âmbito do direito administrativo, regulatório ou, em termos gerais, às questões de política legislativa.”⁶³

De acordo com Antônio dos REIS JÚNIOR,

(...) assentir com a existência de uma função promocional da responsabilidade civil pressupõe, fundamentalmente, aderir à tese de que (i) a ordem jurídica positiva visa cumprir determinadas finalidades, podendo delas extrair uma teleologia; (ii) em razão disso, os institutos e categorias devem ser interpretados de maneira funcionalizada ao cumprimento de tais finalidades; (iii) os mecanismos normativos, definidores dos comportamentos desejados, pela via da previsão de reação do direito diante da conduta dos sujeitos, apresentam -se de duas formas: sanções negativas e positivas; (iv) a sanção positiva, definida como uma resposta benéfica do ordenamento a um comportamento desejável, que se faz necessário estimular, é admitida no âmbito da responsabilidade civil e extraída do contexto global do sistema; (v) os seus efeitos podem ser revelados mediante um a interpretação teleológica do direito posto, no qual já se pode vislumbrar uma aplicação prática, mesmo sem a existência de uma regulamentação específica; (vi) a sua construção dogmática deve gozar de autonomia suficiente para não se confundir com as demais funções já consagradas, ainda que possa ter relação de dependência com uma delas.⁶⁴

atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 573-606.

⁶³ REIS JÚNIOR, Antonio dos. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. *Revista Brasileira do Instituto de Responsabilidade Civil – IBERC.* v. 3, n. 1, p.1 - 33, jan.- abr./2020. Acesso em 19 de julho de 2021. Acesso em 16 de julho de 2021. Disponível em www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc, p. 05.

⁶⁴ REIS JÚNIOR, Antonio dos. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. *Revista Brasileira do Instituto de Responsabilidade Civil – IBERC.* v. 3, n. 1, p.1 - 33, jan.- abr./2020. Acesso em 19 de julho de 2021. Disponível em www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc, p.07.

Nesse cenário, a responsabilidade civil contemporânea estaria pautada pela solidariedade como finalidade última para a concretização dos direitos⁶⁵. Torna-se evidente alguns movimentos que se desenvolvem tendo como mote o valor da solidariedade, tais como, *i*) a objetivação da responsabilidade civil; *ii*) a socialização dos riscos; *iii*) como atributo para o desenvolvimento da função preventiva.

No entanto, dentre os vários contributos da solidariedade para a concretização dos direitos, destaca-se a liberdade a partir de um novo sentido “entendida em contexto inter-relacional, não individualista e não - voluntarista, mas que encontra na pessoa humana o *locus* de sua atuação, considerando toda a complexidade de interesses que a envolvem, máxime aqueles de natureza existencial”⁶⁶.

Assim, a liberdade e a solidariedade não seriam conceitos contrapostos, mas que dialogam e se otimizam, a partir de uma sanção positiva (prêmios ou recompensas), para a criação de incentivos com vistas à uma reparação espontânea dos danos. O desafio que se impõe é a delimitação de como funcionaram os referidos critérios para a definição de vantagens ou desvantagens que incidirão diretamente no comportamento dos envolvidos.⁶⁷

Por fim, ressalta-se que a função promocional não tem comprometimento com a reparação integral do dano, visto que foca essencialmente na criação de estímulos com vistas ao alcance de um comportamento ético, na medida em que “a

⁶⁵ art. 3º, I, da CF, que define como “objetivo fundamental” da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária

⁶⁶ REIS JÚNIOR, Antonio dos. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. *Revista Brasileira do Instituto de Responsabilidade Civil – IBERC*. v. 3, n. 1, p.1 - 33, jan.- abr./2020. Acesso em 19 de julho de 2021. Disponível em www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc, p. 09.

⁶⁷ “Aqui entra o estímulo externo à autocomposição: a formatação de arcabouço legislativo, com normas de direito material e processual, que criam ambiente propício à transação, sendo este um ingrediente de estímulo normativo. É o espaço de atuação da função promocional da responsabilidade civil. A transação é o instrumento mais utilizado ao cumprimento da função promocional, ainda que as partes a realizem de modo inconsciente.” *Ibid.*, p. 18.

integralidade ou plenitude que deve ser buscada é da realização do interesse subjetivo da vítima, para uma reparação que preencha suficientemente o vácuo causado pelo dano”.⁶⁸

7. FUNÇÃO RESTITUTÓRIA

A afirmação da função reparatória da responsabilidade civil representou uma virada no eixo estrutural do instituto – mirando não tão somente a conduta do ofensor mas, sobretudo, a pessoa da vítima. Essa lógica demarca, até hoje, o denominado “Direito de danos”.

Contudo, para além dos problemas já referidos anteriormente - que acabam reduzindo a aplicação da responsabilidade civil contemporânea apenas para a busca da compensação – é importante perceber que, muitas vezes, o ofensor acaba sendo beneficiado pela lógica indenizatória, na medida em que se fundamenta na ideia de dano-reparação, e é contabilizada somente na estrita extensão dos danos provocados à vítima.

Dessa forma, todo e qualquer proveito ilícito auferido pelo causador do dano que não seja identificável como efetivo “dano à vítima”, jamais encontrou resposta adequada, ao menos dentro do Direito da responsabilidade civil. Daí a necessidade de o instituto voltar a se preocupar com a figura do ofensor, mas não pelos mesmos contornos punitivistas ou sancionatórios de outrora.

Como não é novidade para quem que seja, há uma aposta por parte dos agentes econômicos em uma responsabilidade civil disfuncional - caracterizada pela Análise Econômica do Direito como o *curto circuito do contrato*. A falta de percepção da necessidade de se imputar um dever não apenas de indenizar os danos causados, mas também o de restituir proveitos indevidamente obtidos com o ilícito, ilustra exatamente a ideia de um Direito de responsabilidade civil disfuncional.

⁶⁸ Ibid., p. 16.

É nesse panorama que se passa a desenvolver a *função restitutória* da responsabilidade civil, tendo por base a ideia do *ilícito lucrativo*. Um dos precursores do tema no Brasil, o Prof. Nelson Rosenvald recorda que se tratam de “ilícitos que geram resultados extremamente vantajosos para os infratores (...), pois na prática comportamentos antijurídicos costumam ser muito bem remunerados”.⁶⁹

A função restitutória almeja a imputação de um *dever de restituir*, aplicado ao agente causador do ilícito pela obtenção de ganhos indevidos, em razão das escolhas desses agentes econômicos que optam pela prática do ilícito (em função do lucro) em detrimento de qualquer compensação pelo evento danoso praticado.

O movimento de combate a prática ao ilícito lucrativo iniciou-se na Inglaterra, com a abertura de um sistema de responsabilização que deixa de se preocupar apenas com as compensações pelos eventos danosos - pautada pelo sistema clássico - passando a considerar uma responsabilidade voltada a inibição dos ilícitos, não apenas no seu aspecto preventivo e punitivo, como também de restituição de lucros ilícitos.⁷⁰

Assim, o sistema anglo-saxônico passa a considerar não apenas o sistema indenizatório pautado pelo cometimento dos danos, como, também, um sistema pautado pelos ganhos. Como explica Nelson Rosenvald “a restituição de lucros ilícitos se mostra um remédio diferenciado, restaurando o equilíbrio patrimonial por uma forma diversa: enquanto a pretensão compensatória busca repor a vítima ao estágio pré-dano, a pretensão de restituição de ganhos indevidos objetiva restituir o ofensor ao

⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 29. Acerca do tema, ainda, vide a obra de SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo: o disgorgement e a indenização restitutória*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 47 e seguintes.

estágio pré-ilícito.”⁷¹

Dentre os mecanismos que consubstanciam a função restitutória, destacam-se o *disgorgement damages* e a *reasonable fee damages* (ou *restitutionary damages*), que se diferenciam pelas suas funções e pela forma de apuração do valor da obrigação de restituição.

O fundamento do *disgorgement* é essencialmente pautado na *remoção dos lucros ilícitos* em situações em que muitas vezes os danos são de difícil percepção e apenas o ilícito é capaz de justificar a obtenção dos lucros. É importante ressaltar que não se trata de um enriquecimento injustificado, pois ele tem por base a prática de um ato ilícito, um comportamento antijurídico.

Na medida em que o *disgorgement* instrumentaliza uma função diferenciada da responsabilidade civil que não intenta punir ou sancionar, não se confunde a função punitivo-pedagógica. No direito norte-americano, inclusive, a restituição é imputada ao causador do dano independentemente dos *punitive damages*, seja do ponto de vista estrutural ou funcional.

Como já aduzido anteriormente, os *punitive damages* visam sancionar uma conduta extremamente reprovável. Diferentemente, a figura do *disgorgement* objetiva remover os lucros ilícitos e não sancionar propriamente um comportamento demeritório do agente econômico.

Ademais, ressalta-se que por via do *disgorgement*, o limite da restituição se restringe ao benefício auferido indevidamente, diferentemente do que ocorre com a aplicação dos *punitive damages*, quando as condenações ultrapassam, e muito, o valor dos *compensatory damages*.⁷²

Por outro lado, destaca-se ainda no desenvolvimento da função restitutória o instrumento da *reasonable fee*, representando uma espécie de valor de uso do mercado, um preço de uso.

⁷¹ ROSENVALD, Nelson. *Ibid.*, p. 222-223.

⁷² Como já tivemos oportunidade de defender em nossa coluna O direito privado no common law, intitulada

Assim, em casos nos quais observa-se a prática de um ato ilícito, porém sem lucro, a *reasonable fee* constituiria um valor de mercado, funcionando como um preço pelo uso indevido, podendo ser assim remunerado.

É uma espécie de uma barganha hipotética que as partes realizariam mesmo sem ganho econômico que não se confunde com a função compensatória da responsabilidade civil em que se caracterizariam os lucros cessantes.

Em nosso ordenamento, a ideia da restituição de ganhos indevidos passou a ser desenvolvida a partir do instituto do enriquecimento injustificado.⁷³ Foi esse, ao menos, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em famoso caso envolvendo o lucro ilícito obtido em razão da exploração da imagem de uma conhecida atriz.⁷⁴

No referido caso, o Superior Tribunal de Justiça, com forte influência do direito alemão, posicionou-se no sentido de que o lucro da intervenção estaria caracterizado pelo instituto do enriquecimento injustificado e não pela responsabilidade civil, na medida que o artigo 944 do Código Civil contempla essencialmente a compensação dos danos e que o lucro da intervenção estaria dentro do enriquecimento injustificado.

No entanto, de acordo com Nelson ROSENVALD, a função restitutória não existiria só no âmbito do enriquecimento injustificado, devendo também ser aplicada nos contratos e na responsabilidade civil. Em resumo, trata-se de função que deve ser pensada de forma autônoma, como um instrumento para regatar o lucro ilícito, devendo ir além do enriquecimento injustificado, sobretudo, em áreas sensíveis tais como, os direitos da personalidade, a propriedade imaterial, os direitos individuais homogêneos e os direitos metaindividuais.

O referido autor justifica o seu entendimento tendo por

⁷³ SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁷⁴ STJ, Resp 1698701-RJ, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Jul. 02/10/2018, Pub.08/10/2018.

base os estudos de Peter Birks e na necessidade de distinção entre as fontes de obrigações (contratos, responsabilidade civil e enriquecimento injustificado), dos remédios das obrigações (pretensões, respostas para qualquer violação do direito).⁷⁵

Como grande novidade no tema da função restitutória da responsabilidade civil, o Projeto de Lei nº 1641/2021,⁷⁶ em tramitação na Câmara dos Deputados e que objetiva implementar profundas reformas na Lei da Ação Civil Pública, insere pioneiramente referida função no sistema dos processos coletivos ao tratar dos princípios fundamentais da tutela coletiva dos direitos. Segundo dispõe o inciso VI, do art. 2º de referido Projeto, “A tutela coletiva rege-se, dentre outros, pelos seguintes princípios: (...) VI - responsabilidade punitivo-pedagógica e *restituição integral dos lucros ou vantagens obtidas ilicitamente com a prática do ilícito ou a ela conexas*”.

Assim, se um dos objetivos fundamentais da responsabilidade civil é a reparação integral, a ideia não é restituir somente a vítima a situação anterior ao ilícito, mas sim restituir as partes à situação anterior ao dano, o que só ocorrerá por meio de um equilíbrio relacional com a aplicação da função reconstitutiva da responsabilidade civil que deve ser pensada de forma mais ampla.⁷⁷

8. OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO CONCRETA DA MULTIFUNCIONALIZAÇÃO

O surgimento de novas funções - ou a flexibilização daquelas classicamente conhecidas - demonstra o

⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. Ibid. p. 259-266.

⁷⁶ Anteprojeto de autoria de Comissão de Juristas nomeada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), denominado “Projeto Ada Pellegrini Grinover” em homenagem à saudosa jurista.

⁷⁷ Para Nelson Rosenvald um dos fundamentos para pensar a responsabilidade civil de forma mais ampla está ínsita a noção de justiça corretiva que envolve uma análise bilateral – tanto a vítima como o agente – restituindo as partes a situação anterior ao fato e não apenas a restituição somente a vítima. Ibid., p. 257-258.

comprometimento do instituto da responsabilidade civil em se adaptar para atender às necessidades da sociedade contemporânea. A multifuncionalização aponta precisamente para esse caminho.

Todavia, há entre os juristas - mesmo dentre aqueles notoriamente comprometidos com a modernização e adequação dos institutos jurídicos ao movimento de constitucionalização -, visível prudência a respeito das possíveis consequências geradas por um suposto “superdimensionamento” da responsabilidade civil.⁷⁸

Não nos parece verossímil, contudo, que um tal suposto superdimensionamento do instituto possa acarretar mal maior do que o seu infradimensionamento atualmente verificado.

A revisão crítica da responsabilidade civil insere-se em um movimento muito maior de reconstrução ou de releitura pelo qual passa todo o Direito privado, alicerçado na força da teoria constitucional de proteção dos direitos fundamentais.⁷⁹

⁷⁸ Ilustrativamente, consulte-se a ponderação de Gustavo TEPEDINO: “E nem mesmo a caótica intervenção do Estado em áreas sociais críticas – como saúde, transporte, segurança pública – autoriza o superdimensionamento do dever de reparar para a promoção de justiça retributiva entre particulares. Tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima. A indenização imposta sem a observância dos seus pressupostos representa, a médio prazo, o colapso do sistema, uma violência contra a atividade econômica e um estímulo ao locupletamento. Há de se conjumar a técnica indenizatória própria da responsabilidade com o sistema de seguros privados, ao lado dos mecanismos impostos ao Poder Público para a promoção da solidariedade constitucional. Aos estudiosos da responsabilidade civil apresenta-se, portanto, o desafio de garantir o ressarcimento amplo, de modo compatível com a locação de riscos estabelecida na sociedade atual, sem que se pretenda transferir para a reparação civil os deveres de justiça social desdenhados por insuficientes políticas públicas e deficitária seguridade social”. *O Futuro da Responsabilidade Civil. Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 24, (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.

⁷⁹ Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, em todo o ordenamento civil, e, portanto, também na responsabilidade civil, “os princípios constitucionais da solidariedade social e de dignidade humana encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilização civil, ela mesma”. *Responsabilidade civil: o estado da arte*, no

Assim sendo, a responsabilidade civil, embora não seja obviamente reduzível a mero instrumento,⁸⁰ deve implementar mecanismos predispostos a regular as condutas humanas, sobretudo comportamentos potencialmente causadores de danos graves e irreversíveis, tendo em vista a premissa fundamental de que “não há como reparar o irreparável”.⁸¹

Vislumbrando as possibilidades geradas a partir da multifuncionalidade da responsabilidade civil, o instituto se renova no intuito de dispensar tratamento adequado à proteção dos direitos essenciais não apenas das gerações presentes, mas também das futuras, por via da gradativa implementação de técnicas que se revelem úteis à garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente determinada.

No entanto, muito mais do que se defender a necessidade da multifuncionalização da responsabilidade civil, o grande desafio que se põe ao sistema de justiça nacional diz respeito à *forma* pela qual o Poder Judiciário deve levá-la a efeito.

O devido processo legal para a aplicação de referida funcionalização, ao que parece, sequer carece de regulamentação legislativa – nada obstante talvez fosse esse o caminho mais apropriado. Os tribunais superiores - em especial o STJ - podem perfeitamente delinear todos os aspectos substanciais e procedimentais envolvidos, delimitando com maior precisão, para além das hipóteses em que realmente seja necessário um meio

declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

⁸⁰ Neste sentido, Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA esclarece não se tratar o instituto da responsabilidade civil de mera técnica, *tout court*. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 191.

⁸¹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 134. THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 3. julho/setembro. Paris, 1999, p. 561-584.

sancionatório extraordinário, também os seus limites, a discriminação específica dos respectivos valores nas decisões judiciais e a sua destinação, no intuito de se buscar o reequilíbrio das relações jurídicas especialmente atingidas pelos danos graves e inescusáveis.⁸²

A retórica fundamentação externada pelas decisões judiciais, no sentido da incidência das diversas funções antes citadas, acaba se esvaziando diante da grande discricionariedade à qual o STJ se confere para reavaliar a insuficiência ou o exagero na quantificação dos danos morais.

Assim, deveria o próprio STJ exercer o adequado controle das decisões dos tribunais nacionais a respeito da especificação dos montantes pecuniários fixados a título de reparação, punição, prevenção, restituição e qualquer outra funcionalização da responsabilidade civil que se faça necessária. A ausência de discriminação dos valores atribuídos na condenação por danos pode implicar, no final das contas, uma funcionalização meramente simbólica.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. *Análise económica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008.

⁸² Acerca dos problemas inerentes à fixação dos danos morais pelos tribunais, vide CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Os tribunais e a fixação da indenização por danos morais: reflexões a partir de um caso - Parte I. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/354073/os-tribunais-e-a-fixacao-da-indenizacao-por-danos-morais>. Acesso em 01 de novembro de 2021.

- ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. 4ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: O dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 19, 2004.
- CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O imoral nas indenizações por dano moral. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/2989/o-imoral-nas-indenizacoes-por-dano-moral>. Acesso em 15 de julho de 2021.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J, 1995.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Os tribunais e a fixação da indenização por danos morais: reflexões a partir de um caso - Parte I. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/354073/os-tribunais-e-a-fixacao-da-indenizacao-por-danos-morais>. Acesso em 01 de novembro de 2021.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12ª ed. atual. por DIAS, Rui Berford. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. *Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado*. *Revista de Direito Brasileira*. vol. 1. Jul. 2011.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito*. Disponível em file:///C:/Users/Tha%20ADs/Downloads/Combinar_a_economia_eo_direito_a_analise.pdf. Acesso em 21 de julho de 2021.

- GEISTFELD, Mark A., "Due process and the deterrence rationale for punitive damages" (2011). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 311. http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/311, p. 111, acesso em novembro de 2020.
- GIORGIANI, Michele. *L'obbligazione*: Milano, Giufrè, 1968.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GUERRA, Alexandre. Reparação integral vs. indenização tarifada: o que a lei 14.128/21 espera de nós? Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/344633/reparacao-integral-vs-indenizacao-tarifada>. Acesso em 12 de julho de 2021.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: Responsabilidad Coletiva*. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- JONAS, Hans. *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*. Trad. Jean Greich. 3 éd., Paris: Ed. Du Cerf, 1993.
- KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000.
- KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Adianta pedir desculpas? Reflexões sobre a reparação dos danos morais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; ROSENVALD, Nelson (coord). *Novas fronteiras da responsabilidade civil*. Indaitauba: Editora Foco, 2020.

- KROETZ, Maria Cândida do Amaral, VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. O papel do Superior Tribunal de Justiça na revisão das indenizações por danos extrapatrimoniais, In: *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Paris n.º1, jan.-mars, 1998.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LUTZKY, Daniela Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. *Revista IBERC* v.2, n.1, p. 01-28, jan.-abr./2019. Disponível em <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/22/19>. Acesso em 20 de julho.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v. V, tomo II. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Law and Philosophy Library, vol. 84, Springer, 2009.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In:

- civilistica.com*, a. 7, n. 1, 2018.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*, 3ª Ed. New York, Aspen, 2003.
- REIS JÚNIOR, Antonio dos. Aplicações da função promocional na responsabilidade civil ambiental. *Revista Brasileira do Instituto de Responsabilidade Civil – IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p.1-33, jan.- abr./2020. Disponível em www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc.
- _____. Por uma função promocional da responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.) *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 573-606.
- RICOEUR, Paul. Le concept de responsabilité – Essai d’analyse sémantique. *Le juste*. Paris: Ed. Esprit, p. 41-70, 1995.
- ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*. Salvador, Jusppodivm, 2019.
- _____. *As funções da responsabilidade civil*. 3.ed. Saraiva. São Paulo. 2018.
- _____. A polissemia da Responsabilidade Civil na LGPD. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/columa/migalhas-de-protecao-de-dados/336002/a-polissemia-da-responsabilidade-civil-na-lgpd>. Acesso em 10 de julho de 2021.

- SALVI, Cesari. *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutorias no direito civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 35. Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro, 2008.
- _____. O Futuro da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 24, (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.
- THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 3. julho/setembro. Paris, 1999, p. 561-584.
- TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Economica, 1989.
- VENTURI, Elton e VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. O dano moral em suas dimensões coletiva e acidentalmente coletiva. In: *Dano moral coletivo*. São Paulo: Editora Foco, 2018.
- VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007.
- W. PROSSER, J. Wade & V. SCHWARTZ, *Torts. Cases and*

Materials. 7^a ed. New York: Foundation Press, 1982.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octavio Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 1993.