

As Funções da Responsabilidade Civil: Reparatória, Punitiva e Preventiva. *Punitive damages.*

- Função reparatória:

- Ressarcimento do dano causado.
 - Critério de atribuição da oneração pelo dano.
 - Para o causador do dano;
 - Para a vítima;
 - Para terceiro.

- Modalidades:

- **Dano emergente e lucro cessantes:** interesses negativos (a- confiança na conclusão e validade do contrato, b- pela realização de um contrato que sem a ilícita ingerência da outra parte não teria sido estipulado ou teria sido estipulado de forma diversa,) e positivos (execução do contrato).

- **Perda de uma chance**

- **Compensatio lucri cum damno:** é o princípio segundo o qual a determinação do dano ressarcível deve ter em conta os efeitos vantajosos para o prejudicado que tiveram causa direta no fato danoso, em virtude de uma compensação entre perdas e benefícios.

Para Reinhard Zimmermann (The law of obligations. Foundations of the Civilian Tradition. Oxford : Oxford University Press, 1996, pág. 1.004), os juristas romanos a responsabilidade aquiliana era baseada na falta (culpa no sentido mais amplo), e era o termo *iniuria* que dava o ponto de partida óbvio para esse notável refinamento de interpretação dos requisitos da *Lex Aquilia*. Somente se o réu pudesse ser acusado por morte ou dano então os jurisconsultos romanos do período clássico (e mesmo do período da República) iriam vincular a qualificação de *iniuria* ao seu ato e o fazer responsável pelo prejuízo causado.

- Para Eric Descheemaeker, a passagem da responsabilidade típica para uma responsabilidade fundada na culpa já havia se completado quando do surgimento das Institutas de Gaio.

- Thomasius, Grotius, Pufendorf, Christian Wolff, nos séculos XVII e XVIII fundamentaram, segundo Zimmerman, o apartamento das sanções e responsabilidades civis e penais,

reservando-se ao Estado e ao seu Direito Público as penas criminais, e ao Direito Privado o ressarcimento dos danos sem mais conotação punitiva.

- Ressarcimento de danos com limite, portanto, no valor econômico do próprio dano, do próprio prejuízo.

- O artigo 2043 do CC italiano qualifica o dano ressarcível como injusto, superando a doutrina e a legislação anterior, que o vinculava ao fato injusto. A injustiça assim não mais vem referida ao fato (ao comportamento do agente), mas sim ao dano.

- Posição da vítima e a posição do agente. Os danos “anônimos”, gerando a determinação da lei de atribuição da obrigação de repará-los (não necessariamente pelo critério da culpa) ou para reparti-los no âmbito de uma coletividade. Solidariedade? Caráter mutualístico?

A reparação civil: da obrigação derivada da violação de um hipotético dever extracontratual para a ideia de meio de reparação de um dano injusto.

Novas hipóteses de responsabilidade não fundada na culpa: a) responsabilidade pelo fato de outrem, b) responsabilidade presumida; c) responsabilidade pela atividade perigosa.

- Teoria do risco: diversas versões que não traduzem uma visão unitária.

- Teorias do risco – modalidades:

a) **Risco integral**: é suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização;

b) **Risco profissional**: não cogita da ideia de culpa, sujeitando o empregador a ressarcir os acidentes ocorridos com seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele;

c) **Risco proveito**, cujo suporte doutrinário é a ideia de que é sujeito da reparação aquele que retira um proveito ou vantagem do fato causador do dano;

d) **Risco criado**, que independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Requisitos: dano e atividade do agente. Precaução e prevenção.

- Função punitiva:

- *Common Law*: precedência das regras processuais sobre as regras materiais. “*remedies precede rights*”. Havia um número limitado de writs (ordens) e não sobre regras relativas ao fundo do direito. As Cortes organizavam-se como jurisdições de exceção.

- Quando os súditos não podiam ter acesso às cortes reais, estabeleceu-se como recurso uma petição dirigida diretamente ao rei, baseadas no sentido de equidade e de moralidade que deveriam ser exortadas pelo Monarca. Nessas Cortes, a partir da criação de um sistema próprio de precedentes que julgavam principalmente o direito de propriedade, o direito dos contratos e o direito das garantias (René David).

Em sua linha evolutiva, é possível verificar que o regime da *tort law*, ligado inicialmente aos delitos *vivis* intencionais (intentional torts), incorporou posteriormente a ideia de culpa (negligence) para, por fim, trazer a noção de responsabilidade civil objetiva.

- Requisitos dos *punitive damages* no direito norte-americano:

- Seriam uma retribuição monetária, desconectada do montante principal compensatório, que se impõe como (1) punição ao ofensor por uma conduta dolosa ou culposa, particularmente negativa ou ultrajante, sem em virtude de a) intenção deliberada, opressão, malícia, fraude, arbitrariedade, ultraje, ou de b) severa falta de cuidado ou indiferença com os direitos alheios, apesar da consciência dos riscos, ou ainda de c) em parte dos Estados americanos, a culpa grave, bem como também como 2) prevenção e dissuasão para que não venha a repeti-la, bem como para que os demais membros da comunidade não venham a praticá-la (Anthony Sebok).

- Deterrence: função preventiva, *ex ante*

- Responsabilidade civil sem dano:

- Função preventiva:

- a teoria da precaução e da prevenção: limites, finalidades, consequências negativas.

É por isso que, no que se relaciona às atividades agrárias, deve ser ponderada a tendência de se incorporar elementos próprios à ideia da *responsabilidade objetiva*, em especial no tocante ao descumprimento de normas de conduta impostas aos empresários que possam levar a danos ao meio

ambiente.

Sobre esse tema, há pelo menos três problemas que devem ser resolvidos, como adverte JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL.¹ O primeiro seria o de precisar quando realmente ocorre um dano ambiental, decorrente do exercício de atividades agrárias principais ou conexas, passível de ressarcimento, estabelecendo a sua autoria. O segundo, o de avaliar, do ponto de vista econômico, a dimensão desse dano e os meios possíveis para a sua reparação. O terceiro, o de apontar quem teria legitimidade para reclamar esse pretensão ressarcimento.

A conclusão é a de que, a despeito de ser possível que ocorra a predeterminação legal de um comportamento a ser cumprido pelo empresário – sob o manto da boa fé objetiva –, não se deve prescindir da identificação do nexo de causalidade entre a ação produzida pelo agente e o dano causado para que, a partir daí, possa-se pensar nas ideias de responsabilização e de reparação.

Aqui, algumas características próprias a essa matéria existem e se afirmam de modo categórico, especialmente no tocante à delimitação das consequências jurídicas aplicáveis no caso da ocorrência de danos eventuais, mas ainda não gerados em concreto.

O que tais formulações jurídicas pressupõem não é propriamente a ocorrência de uma situação de *perigo*, bastando ocorrer um mero *risco*. Ou seja, a utilização das técnicas próprias à biotecnologia de última geração, baseadas fundamentalmente na manipulação genética destinada à criação de novas espécies animais e vegetais – uma vez considerados os entraves e limites que atingem a própria ciência e as consequências dos usos de métodos ainda pouco testados e avaliados – é reconhecida, pela coletividade e também pelos ordenamentos jurídicos, como sendo uma atividade *arriscada* e que se mostra fonte potencial de danos sérios e desconhecidos que podem ser causados ao meio ambiente e às demais pessoas.

Nessas condições, entendeu-se necessário instituir um sistema de regras que se valha de princípios e da estrutura já criada para as situações comuns de reparação civil, mas que não descure das novidades próprias a uma situação emergente, de modo que sejam atendidas as peculiaridades dessa matéria e as situações sensíveis que nela se verificam.

Justamente em relação a esse *risco* reconhecido e previsível – mas em si *abstrato* e, nessa medida, diferente da noção de *perigo* que se vincula à ideia da existência de um receio concreto – é

¹ *Derecho agrario de la Unión Europea*. Thebook, 1996, p. 293.

que, segundo TERESA ANCONA LOPEZ, se justifica a aplicação do assim chamado *princípio da precaução*.²

Estatui esse princípio a norma de que sejam *antecipadas* as providências necessárias de prevenção de danos quando ocorrerem situações hipotéticas que tenham em si mesmas potencial suficiente para causar consequências negativas para a sociedade, para o meio ambiente ou para as demais pessoas individualmente consideradas. Bastará existir, então e para tanto, uma *possibilidade concreta*, não se exigindo a *certeza* de que o risco detectado resultará em dano.

Nesse ponto é que se reconhece, em especial, a plena aplicação desse princípio da precaução no tocante aos produtos agrários criados artificialmente mediante o uso de técnicas de engenharia genética.³

Quando se pensar na responsabilização causada por um determinado produto agrário defeituoso, deve-se ter em conta a sua natureza real e a sua destinação específica, o que poderá redundar na formulação de níveis distintos de responsabilização do empresário, dependendo da finalidade própria a cada um dos produtos animais ou vegetais dirigidos ao consumo e que portem algum vício ou defeito.⁴

Isso significa que a responsabilização civil do empresário agrário poderá ocorrer pelo descumprimento de um dever dito *principal* – por exemplo, quando o produto animal ou vegetal gerar algum tipo de dano a quem quer que seja por ato direto de consumo ou de utilização como

² Ob. cit., p. 103.

³ O Superior Tribunal de Justiça já apreciou essa questão e o fez sob essa ideia do reconhecimento do risco de tais atividades, inclusive considerando que temas dessa natureza são de competência federal em razão das implicações nele contidas. Nesse sentido é que se encaminhou o seguinte acórdão, do qual se extraiu esta ementa: “A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CNTBio) – Órgão diretamente ligado à Presidência da República, destinado a assessorar o governo na elaboração e implementação da Política Nacional de Biossegurança – é a responsável pela autorização do plantio de soja transgênica em território nacional. Cuidando-se de conduta de liberação, no meio ambiente, de organismo geneticamente modificado – sementes de soja transgênica – em desacordo com as normas estabelecidas pelo Órgão competente, caracteriza-se, em tese, o crime descrito no art. 13, V, da Lei de Biossegurança, que regula manipulação de materiais referentes à Biotecnologia e à Engenharia Genética. Os eventuais efeitos ambientais decorrentes da liberação de organismos geneticamente modificados não se restringem ao âmbito dos Estados da Federação em que efetivamente ocorre o plantio ou descarte, sendo que seu uso indiscriminado pode acarretar consequências a direitos difusos, tais como a saúde pública. Evidenciado o interesse da União no controle e regulamentação do manejo de sementes de soja transgênica, inafastável a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito. Conflito conhecido para declarar a competência o Juízo Federal da Vara Criminal de Passo Fundo, SJ/RS, o Suscitado” (DJ 17.05.2004, p. 104).

⁴ José A. Navarro Fernández (ob. cit., p. 366), esclarece que, na Espanha, com a reforma ocorrida na legislação no ano de 1999, os produtos agrários passaram a ser, todos eles, submetidos ao regime de responsabilidade objetiva própria aos produtos defeituosos, o que, segundo ele, não significa estender as consequências atribuídas, do ponto de vista da aplicação da teoria da precaução, à totalidade dos produtos agrários, mas especialmente àqueles com destinação alimentar, ou seja, aos ditos “alimentos inseguros”.

insumo –, mas também a responsabilização devido aos chamados *deveres laterais de informação*, contidos na obrigação de que se faça uma correta rotulagem do produto ou que a ele sejam aplicados os mecanismos para que o seu rastreamento possa ser realizado de modo eficaz.

Essa posição leva, como consequência, a que sejam desconsideradas eventuais alegações de “risco no desenvolvimento” como excludentes de responsabilidade pelo uso de técnicas oriundas da biotecnologia nas atividades agrárias.

Além disso, as responsabilidades daqueles que deliberadamente resolvam empregar os seus esforços na criação ou utilização de novas espécies de seres vivos a serem disponibilizados no mercado, abrangerão tanto os empresários agrários como aqueles outros agentes que estejam envolvidos na cadeia de relações que alcance o consumidor prejudicado, destinatário final daqueles bens.⁵

Contudo, no campo do Direito Agrário, a aplicação desses princípios e da imposição de reparações deve ser vista com parcimônia. De fato, não se admite no nosso sistema jurídico e mesmo na defesa de interesses difusos e coletivos, a reparação de *danos meramente hipotéticos*.

Assim, ainda que sob a égide da *precaução*, o dano deverá ser concretamente provado e não imaginado ou intuído, seja ele no tocante ao uso de insumos ou produtos gerados pelo uso da biotecnologia, seja pelos impactos ao meio ambiente, decorrentes das atividades agrárias principais ou conexas.

Essa apuração do prejuízo causado pelo descumprimento do dever de precaução não é, por sua vez, um problema de fácil resolução. O arbitramento do valor da reparação do dano é, por vezes, feito de maneira especulativa, sem comprovação prática ou aferição técnica.

Não pode esse caminho, na verdade, se constituir como uma nova forma de realização de confisco ou de expropriação de bens do empresário, ou para estabelecer indiretamente entraves à livre concorrência dos agentes econômicos.

Para que se legitime, deve depender da utilização de critérios objetivos e que possam ser

⁵ Cf. Teresa Ancona Lopez (ob. cit., p. 222), que esclarece, nesse caso, caber ao empresário – responsável pela produção do alimento transgênico – a assunção das responsabilidades decorrentes do dano eventualmente causado, o que é justificado pela dúvida que ainda persiste quanto à inocuidade de tais produtos de origem animal e vegetal que tenham sido modificados pela transgenia e disponibilizados no mercado. Tal situação é a que determina, portanto, e a despeito da licitude da atividade, essa exacerbação da responsabilidade civil do empresário e que poderá abranger as atividades agrárias, inclusive.

antecipados e previstos por textos legislativos, de modo que se evite, inclusive, a aplicação de sanções demasiadamente distintas para casos semelhantes, risco que se corre na falta de critérios claros para o próprio arbitramento judicial de indenizações.

É o que se poderia pensar, por exemplo, quando ocorresse o plantio de sementes derivadas de uma nova espécie de vegetal que tenha sido desenvolvida a partir de técnicas modernas de biotecnologia e que se constate, posteriormente, que, devido a ela, haja o risco de se causar a extinção de determinados tipos de insetos. Como estimar o dano causado por esse fato, uma vez que as consequências globais daí derivadas talvez jamais sejam conhecidas, ou que o tempo para a sua apuração seja inestimável?

Nesse sentido, além ou em vez da reparação mediante o pagamento de uma indenização em dinheiro, será importante atribuir ao magistrado a possibilidade de aplicar outras formas de condenação que não sejam pura e simplesmente baseadas numa reparação pecuniária, o que se pode fazer com base no *poder geral de cautela* atribuído ao juiz.

Isso poderá levar, quiçá, a soluções e resultados mais úteis, tais como a imposição de obrigações de *fazer* ou de *não fazer* que estejam configuradas, por exemplo, em restrições ao desenvolvimento de determinadas atividades, ou no sentido de que sejam prestadas maiores informações aos consumidores ou aos vizinhos sobre as características de um determinado invento aplicável às atividades agrárias, sob pena, no caso de descumprimento, da imposição de multas ou de outras restrições de direitos.

A ideia é a de se criar, enfim, um leque mais amplo de opções para que o risco ínsito ao desenvolvimento de atividades consideradas potenciais causadoras de danos graves seja efetivamente minorado, mas sem que isso leve necessariamente à aplicação de sanções aleatórias e desmesuradas ao empresário, oriundas da falta de critérios objetivos para a condenação ou de sua limitação a consequências de natureza meramente patrimonial.

Com efeito, o princípio da precaução não pode ser utilizado como meio para que se impeça por completo a realização de atividades lícitas, nas quais a possibilidade de danos seja imprevisível e não previamente reconhecível.

Função distributiva:

- Justiça distributiva; a) participantes do grupo; b) bens a serem distribuídos; c) critério para a

distribuição.

- Seguro obrigatório
- Remediação de todo e qualquer dano sofrido
- normas de conduta preestabelecidas.