

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,

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

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.

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

- 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 *in personam* 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

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

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.

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 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

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

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).

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

algum vício ou defeito.⁴

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.

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”.