

## RESPONSABILIDADE CIVIL E A PANACEIA JURÍDICA: EM DIREÇÃO A UM DIREITO SANCIONADOR

*Responsabilità civile e la panacea giuridica: verso un diritto sanzionatore*

Felipe Bizinoto Soares de Pádua<sup>1</sup>

**Resumo:** Com o advento da sociedade de riscos, a responsabilidade civil passa por uma superinflação e uma tendência ao paradigma punitivo-preventivo. A expansão do Direito de Danos reflete uma crise do Direito e dos institutos da responsabilidade civil. Por isso que surge a necessidade de reconstruir o Direito sancionador, as sanções nas áreas jurídicas cuja função principal sempre foram a de punir, o que auxilia na definição das fronteiras da responsabilidade civil, sobretudo com a manutenção da sua função precípua de reparar o dano.

**Palavras-Chave:** Direito de Danos. Funções da responsabilidade civil. Direito sancionador.

**Riassunto:** Con il avveneto della società di rischi, la responsabilità civile succede per una superinflazione e una tendenza al paradigma punitivo-preventivo. L'espansione del Diritto di Danni riflette una crisi del Diritto e delle istituti della responsabilità civile. Quindi sorge la necessità di ricostruire il Diritto sanzionatore, le sanzioni nelle aree giuridiche cui funzione principale è sempre stata quella di punire, che aiuta a definire i confini della responsabilità civile, soprattutto con la manutenzione della funzione precípua di riparare il danno.

**Parole chiave:** Diritto di Danni. Funzioni della responsabilità civile. Diritto sanzionatore.

**Sumário:** Introdução; 1. As funções (ampliadas) da responsabilidade civil; 2. Do Direito de Danos ao Direito sancionador; Conclusão; Referências.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP) (2022). Pós-graduando em Direito Empresarial pela Universidade Corporativa Vezzi, Lapolla e Mesquita (2022-). Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, tudo pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2017). Advogado e consultor jurídico. E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos traços mais famosos do *Code Civile* francês de 1804 e que ecoam na contemporaneidade é a sua divisa no campo da responsabilidade jurídica entre os âmbitos civil e penal. Ao tratar dos delitos, Thomas Marky expõe que a distinção entre responsabilidades civil e penal não eram nítidas durante os tempos romanísticos (1995, p. 133).

Sobre a responsabilidade civil, Anderson Schreiber identifica que as premissas desenvolvidas nos tempos da codificação oitocentista e que eram as fundações teóricas estão em constante e progressiva erosão, havendo flexibilização ou eliminação dos elementos para imputação indenizatória em razão da constante transformação social (2009, p. 3). Parte desse movimento pode ser vislumbrada sob a óptica do filtro que ainda persiste, mas cujo alargamento é evidente, o dano dá a nova roupa ao regime jurídico da responsabilização civil e que será utilizado como sinônimo neste texto, o Direito de Danos.

São constatáveis dois movimentos de ampliação, sendo um de fronteiras e outro dos componentes: uma expansão da responsabilidade civil como meio de solução para outros setores jurídicos – veja-se, p. ex., o Direito de Família – e o alargamento dos elementos básicos do regime em comento: ascensão da responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa para preenchimento do suporte fático normativo, a ideia de qualquer fato jurídico, lícito ou ilícito, como fonte geradora do dano, o nexos causal, que muitas vezes não é certo, e sim probabilístico, e o dano ressarcível, que tem uma miríade de espécies, p. ex., do individual ao coletivo, do concreto ao abstrato, do provado ao presumido (*in re ipsa*) (DANTAS BISNETO, 2019, p. 100-111).

Surge a seguinte dúvida que coloca em xeque o Direito de Danos: esse agasalhamento em expansão é adequado com as bases do regime jurídico em questão?

Como ponto de partida, o texto tratará das funções da responsabilidade civil. Leciona Cícero Dantas Bisneto que “A par do seu histórico desiderato reparatório, consagrado no art. 1.382 da codificação francesa de 1804, tem-se defendido a expansão funcional de sua atuação” (2019, p. 109-110). O que se enxerga é que o debate migra do consequente para o antecedente, dos danos para as condutas,

flexibilizando-se as fundações do Direito de Danos para atender esse viés punitivo precaucional que recebe cada vez mais ênfase. É justamente sobre essa migração e a relação dela com as funções da responsabilização civil que o primeiro item tratará.

O segundo item terá como cerne uma delimitação cujas fronteiras precisam ser mais realçadas, qual seja, a do Direito das Sanções ou Direito sancionador, que tem como mote a apreciação comportamental e o seu tratamento jurídico.

## **2. AS FUNÇÕES (AMPLIADAS) DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A ciência jurídica pertence às ciências sociais aplicadas, classe dotada de premissas estruturais comuns, uma teoria da ciência social. Sob a óptica desse arcabouço teórico que Norberto Bobbio enxerga que os cientistas sociais fazem grande uso das classificações estruturalistas, voltadas a uma definição essencialista da ciência, e funcionalistas, estas ligadas a uma definição operacional da ciência, havendo uma migração na contemporaneidade da primeira classe para a segunda (2007, p. 53-54). Dentro desse movimento que o Direito está, o que fica evidente se analisar no histórico jurídico o surgimento e a ênfase dos debates práticos e acadêmicos desenvolvidos por Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, ambos normativistas e essencialistas, e Guido Calabresi e Richard Posner, ambos estudiosos da Análise Econômica do Direito e, por conseguinte, de propensão funcionalista.

Visões estrutural e funcional podem ser analisadas como de mútua implicância, porquanto uma não ignora a outra, e sim atribui maior ênfase em a um dos espectros jurídicos, sendo que o movimento que culmina nas definições das categorias jurídicas muito mais parte de um passo funcional – ou seja, a partir da identificação da função daquela figura – do que da sua essência (BOBBIO, 2007, p. 33-51).

Identifica-se que essa migração da estrutura à função que é enxergada nas ciências sociais e na ciência jurídica reflete, claramente, no regime jurídico da responsabilização civil. Conforme citação de obra de Cícero Dantas Bisneto, a função central da responsabilidade civil era a de reparar, indenizar, funcionalidade que cada vez perde seu holofote para outras, particularmente para as funções punitiva e precaucional (DANTAS BISNETO, 2019, p. 109-110).

Ao se falar em funções do Direito de Danos que Nelson Rosenvald coloca que

referido regime jurídico “Pode exprimir uma ideia de reparação, punição ou precaução, conforme a dimensão temporal e espacial em que se coloque” (2017, p. 21). Tendo em vista essa fluidez conceitual que o autor enxerga uma visão copernicana a partir das constatações de Ulrich Beck, expondo que deve haver mudanças jurídico-cultural e de postura no sentido de que a imputação indenizatória deve ampliar seus horizontes, saindo de tão somente uma função *post factum* danoso e rumando a uma função pré-factual, do Direito que repara o dano ocorrido para o Direito que previne ou evita a lesão antijurídica ao tratar do e o comportamento ameaçador (ROSENVALD, 2017, p. 21-34).

Todo o movimento que reflete no segmento indenizatório pode ser muito vislumbrado, como antecipado, sob a óptica das funções, que se expandiram de acordo com a complicação e a complexificação do tecido social e que são criticáveis em razão da (excessiva) ampliação de um regime jurídico que é, praticamente, a panaceia putativa do Direito.

Acerca do expansionismo funcional acima, a *Suprema Corte di Cassazione* italiana, proferiu a sentença de n. 16601, de 05/07/2017, que tratou de relação de emprego e sua extinção imotivada sob o pretexto de que o empregador não estava inserto em contexto econômico-financeiro apto a manter o contrato laboral. Ao apreciar a questão, a decisão reconheceu uma reviravolta da funcionalidade da responsabilidade civil, que passou a ser plural (funcionalidades), constando que

Em síntese extrema, pode-se dizer que a par da preponderante e primária função compensatória do instituto (que, invariavelmente, toca a dissuasão), surgiu um caráter multifuncional (um autor contou mais de uma dezena de funções), que se projeta para mais áreas, entre as quais são certamente principais aquela preventiva (ou deterrente ou dissuasiva) e a sancionatória-punitiva<sup>2</sup>.

Ao tratar do Direito Privado argentino, Sandra Natalia Umansky tece considerações sobre a transformação que resultou na multifuncionalização do Direito de Danos, que migrou da tradicional base compensatória, antes estampada no Código Civil de Vélez Sarsfield, para uma base ampliada com fundações no *Código Civil y*

---

<sup>2</sup> Tradução livre de: “In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell’istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”.

*Comercial de la Nación* (2015), que tem dispositivos que tratam da função preventiva e punitiva (arts. 1710 a 1715), assim como da função reparatória ou compensatória (arts. 1716 a 1736) (2016, p. 107-128).

No Brasil há conflito sobre punir e Direito de Danos, particularmente no que diz respeito aos *punitive damages*, indenizações punitivas. Nelson Rosenvald expõe que o paradigma regedor da responsabilidade civil deve mudar, sendo a medida preventiva a melhor solução diante do alto poder destrutivo que a humanidade desenvolveu após o século XXI, sendo as bombas nucleares de hidrogênio representativos desse poderio beligerante e destrutivo (2017, p. 29-34).

Por outro lado, o Código Civil estatui que “A indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944). Vê-se no texto posto que a propensão da responsabilidade civil é a de reparar, eis que a indenização é medida de acordo com o espectro da lesão a ser reparada, não havendo na literalidade legal fresta para identificar a punição como centro do regime de imputação indenizatória.

Centrando-se nas funções, aquela considerada como clássica é a função compensatória ou reparatória, que consiste na idealização da reconstituição do estado do lesionado à situação anterior ao fato lesivo através da reconstituição do interesse jurídico lesado ou de um equivalente (DANTAS BISNETO, 2019, p. 196). O *Código Civil y Comercial de la Nación* enuncia que a reparação deve ser plena, consistindo “na restituição da situação do ofendido ao estado anterior ao fato danoso, seja pelo pagamento em dinheiro ou em espécie” (art. 1740)<sup>3</sup>.

No Brasil, o Código Civil não enuncia, necessariamente, o vocábulo indenizar, todavia, faz uso do signo reparação ao enunciar que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927, *caput*). Acresce sentido à função indenitória o teor do art. 944 do CCB/2002, que estabelece que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Tratar de responsabilidade civil e função reparatória remete ao próprio vocábulo central na visão tradicional, qual seja, indenização, que consiste na união das palavras do Latim *IN* (negativo) e *DAMNUM* (dano, prejuízo), isto é, tornar indene, eliminar o dano causado a alguém. É sob essa óptica de retirar o dano que F. C. Pontes de Miranda informa que as ações de força condenatória consistem em impor àquele que

---

<sup>3</sup> Tradução livre de trecho extraído do seguinte dispositivo: “Artículo 1740. Reparación plena La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (...)”.

causou um dano a prática de atos voltados a eliminar esse fato lesivo (2012, p. 571).

Ainda sobre a função indenizatória, Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto aduzem que a propensão do modelo tem como base a visão aristotélico-tomista, que consagra a restituição in natura em detrimento da via pecuniária, da recomposição do interessado lesado face equivalente monetário compensatório (2022, p. 81).

Uma segunda função tratada pela responsabilidade civil é a pedagógica ou punitiva. Embora possa haver uma relação da ideia de punição com o Direito Penal, remete-se à lição de Antonio Junqueira de Azevedo de que o Direito Privado (e não apenas o Direito Civil) também pune, o que pode ser vislumbrado, p. ex., com a figura da cláusula penal (art. 408 CCB/2002), a perda do direito à indenização pelas benfeitorias úteis pelo possuidor de má-fé (art. 1.220 CCB/2002) (in JUNQUEIRA DE AZEVEDO; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2009, p. 378-379).

Como destaca Sandra Natalia Umansky, a função punitiva está atrelada ao viés sancionatório, à reação do sistema jurídico em rechaçar certos fatos e castigar alguém com o intuito de evitar que haja repetição do fato causador da lesão (2016, p. 112).

Remete-se à ideia tradicional de sanção, tendo como base a premissa de que há inexecução de preceito jurídico, o que atrai a ideia de violação, a qual, por conseguinte, acarreta na resposta institucional voltada a conformar o fato ao desiderato jurídico (BOBBIO, 2016, p. 150).

Sob os auspícios da contemporaneidade, Ulrich Beck desenvolve linhas teóricas voltadas a identificar que a sociedade a partir do séc. XX foi, simultaneamente, progressiva e destrutiva, voltando-se todo ao arcabouço científico a uma funcionalidade paradoxal de criar e eliminar riscos, denominando-se sociedade de risco aquela cuja óptica não é de classes, mas de sujeição aos riscos produzidos, de compartilhamento, em maior ou menor grau, dos riscos oriundos da própria atuação social (2011, p. 23 e ss.). É diante dessa potencialidade destrutiva que a humanidade tem, do poder de obliterar ambientes e entidades vivas de forma, praticamente, irremediável que surge todo um desenvolvimento de um aspecto precaucional, que é uma decorrência da função punitiva. Trata-se não de uma função propriamente dita, mas um destaque a ser feito em relação ao desdobramento da função punitiva em pedagógica e preventiva.

O viés pedagógico já fora explicitado, sendo um olhar para o pretérito e com o

fim de penalizar o sujeito a que se imputa o fato causador do dano (BRAGA NETTO, 2021, p. 115-116; FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2022, p. 82-83). Já o viés preventivo é um olhar para o presente e, especialmente, para o futuro, punindo-se o sujeito com o intuito de que ele não dê causa a algum dano (BRAGA NETTO, 2021, p. 125-126; FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2022, p. 82-88).

Particular influência do Direito Ambiental é evidente no viés precaucional da função punitiva, havendo remissões aos chamados princípios da prevenção e da precaução: embora haja distinção relativa à certeza científica num e noutro, não, ambas as normas principiológicas têm como cerne evitar a ocorrência de determinado fato lesivo ao interesse ambiental (UMANSKY, 2016, p. 113). Diante da sociedade de riscos que os horizontes preventivos foram expandidos, elevando-se a uma função atinente à teoria geral da responsabilidade civil, não apenas ao segmento ambiental.

Com base na prevenção que houve a expansão do Direito de Danos, servindo tal colocação como ponto de partida para o próximo item, que tratará de confrontar referido aspecto da punição sob uma óptica do sistema jurídico.

### **3. DO DIREITO DE DANOS AO DIREITO SANCIONADOR**

Ao avaliar o momento pelo qual passa a responsabilidade civil, Cícero Dantas Bisneto pondera que problemas estruturais contribuíram demasiadamente na expansão do regime indenizatório, havendo brechas deixadas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal que foram colmatadas pelo e ao estilo do Direito Civil, que começou a absorver as características sancionatórias dos regimes inoperantes e levaram à ascensão da função punitiva-preventiva do Direito de Danos (2019, p. 105 e ss.).

Como asseverado, a responsabilidade civil é, antes de tudo, responsabilizar, o que consiste em também punir o agente a que se atribui certo fato lesivo. Ocorre que a função dessa mesma responsabilidade civil não é primordialmente sancionatória, e sim indenizatória.

Ricardo Luis Lorenzetti identifica a crise do Direito de Danos a partir de uma teorização cada vez mais desprendida do fato, um elastecimento das categorias regedoras da teoria geral do regime indenizatório (1998, p. 50). Tal constatação resulta

na sugestão do autor argentino em empreender uma reconstrução teórico do segmento jurídico em comento, devendo “partir imprescindivelmente dos casos, das responsabilidades especiais, para constatar o grau de heterogeneidade nela existente” e “Realizada esta tarefa, é preciso construir, a partir desses dados, os novos princípios gerais em uma nova ‘teoria geral’ capaz de abranger os diversos subsistemas” (1998, p. 50-51).

As colocações acima devem ser ponderadas sob a óptica brasileira, que é considerada extravagante em relação a outros sistemas jurídicos, inclusive o argentino. Em participação em evento na Universidade de Cambridge, Otávio Luiz Rodrigues Júnior declarou:

Temas que são referidos no Brasil com muita frequência como responsabilidade sem dano, flexibilização do nexos de causalidade, causalidade probabilística ou fim da culpa na Responsabilidade Civil não foram objeto de exposição em nenhum dos trabalhos, à exceção, é claro, das conferências sobre a realidade brasileira (CONJUR, 2016).

Existe um problema de sistematização genuinamente brasileiro, não apenas no Direito de Danos, mas no Direito brasileiro. A complexidade social toma conta do fenômeno jurídico, falando-se em crise do Estado, crise do Direito estatal, crise das fontes jurídicas, crise como um acompanhamento da sociedade e, por conseguinte, do próprio Direito. Tal crise é contrastante na responsabilidade civil brasileira, que demonstrou sua flexibilização em evento internacional, conforme narrado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior.

Retomando a referência a Ricardo Luis Lorenzetti, o cuidado para a reconstrução teórica do regime da responsabilização civil no Brasil deve levar em consideração que as espécies de responsabilidade envolvem outros segmentos jurídicos, o que não seria uma teorização pura, e sim a identificação de bases já misturadas com outros regimes jurídicos. Não se trata propriamente de uma depuração do que seria uma divisão primordialmente acadêmica, eis que o Direito é um sistema e deve ser compreendido assim, com a influência que, p. ex., normas constitucionais têm sobre o Direito Privado, sobre o Direito Tributário, mas há uma categorização imediata do regime, que se vê com a identificação das bases teóricas que amparam a prática do Direito de Danos, os chamados elementos da responsabilidade civil. A dificuldade que busca evidenciar está na expansão que esses



elementos sofreram com a complexidade e com o arrefecimento de outros regimes jurídicos.

Suscitada a dificuldade, surge a dúvida: não seria necessário um Direito sancionatório, um regime jurídico que corre em paralelo ao da responsabilização civil?

Uma das principais figuras que capitaneiam a função preventiva da responsabilidade civil é a indenização punitiva (*punitive damages*). De acordo com Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, o Direito brasileiro cada vez mais mescla o que seria uma sanção punitiva pecuniária com a função punitiva da imputação indenizatória, justamente para uma tentativa de acomodar instituto alienígena ao cerne do sistema jurídico brasileiro, a ordem legal, que encontra no Código Civil a previsão de que “A indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944) (2005, p. 16). Referida contradição estaria que a finalidade da responsabilidade civil é de tornar indene, eliminar o dano mediante contrapartida do condenado a que restitua a vítima ao *status quo ante* ou a compense, enquanto os *punitive damages* são referenciados como medidas autônomas *ex ante* à lesão e com intuito de repelir certa conduta (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 22-23).

Embora demonstre certa adesão aos novos ares funcionais do Direito de Danos, cabível a visão de Nelson Rosenvald sobre a necessária visão do fenômeno jurídico sobre os comportamentos propensos a causar dano (2017, p. 21-34), mas não de forma a que seja englobada pela responsabilidade civil, e, sim, a que sejam alinhadas aos segmentos cuja punição são o cerne, aqui destacados o Direito Administrativo e o Direito Penal (DANTAS BISNETO, 2019, 105 e ss.).

Genuinamente, as medidas pecuniárias, que são mais noticiadas na prática forense, não devem ser traduzidas como indenizações punitivas, eis que muito não se tem o que tornar indene: na verdade, o instituto é utilizado de forma preventiva, a evitar certos fatos que acontecem sob a incidência do *Common Law* (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 15-32). Surge no modelo brasileiro certa contradição, eis que a responsabilização civil ocorre *ex ante*, sem dano para tornar indene, conforme o citado art. 944 do Código Civil brasileiro de 2002.

Exsurge a indagação de se é necessária a ampliação das compreensões das bases da responsabilidade civil para acomodar o viés punitivo autonomizado (ao estilo do *Common Law*). Adota-se a resposta que Cícero Dantas Bisneto viabiliza desenvolver: não há necessidade de acomodar mediante elastecimento, mas buscar

noutros regimes o atendimento da expectativa preventiva (2019, p. 105-106).

Ao tratar de Direito sancionador, deve-se iniciar com a ideia clássica<sup>4</sup> de sanção como a resposta do sistema jurídica à violação de determinado preceito jurídico (BERNARDES DE MELLO, 2019, p. 76). Norberto Bobbio explica que “A ação que é cumprida sobre a conduta não conforme para anulá-la, ou pelo menos para eliminar suas consequências danosas, é precisamente aquilo que se chama de *sanção*” (2016, p. 151).

Hans Kelsen faz alusão à sanção como medida institucional jurídica que constrange certo sujeito em razão da adoção por ele de certo comportamento antijurídico, cabendo a essa resposta, através da coerção, conformar o fato ao desiderato jurídico (1998, p.121).

Como se depreende das explicações acima, a sanção muito mais se preocupa com o comportamento do que propriamente com algum resultado que ele venha a gerar. E é com esse olhar para a conduta que o Direito sancionador se diferencia propriamente do Direito de Danos, porquanto a preocupação do primeiro é o comportamento, independentemente de resultado lesivo, enquanto ao segundo incumbe um viés reparatório, ligado a um resultado danoso.

Remetendo à preocupação por um desenvolvimento das esferas administrativa e penal, as quais incumbem o genuíno olhar punitivo-preventivo, destacável a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o chamado poder de polícia da Administração Pública, que “tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia” (2020, p. 319).

Ainda no âmbito administrativo, cabível destacar que o Código de Defesa do Consumidor destina todo um arcabouço para as sanções administrativas, as quais “serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por *medida cautelar, antecedente* ou incidente *de procedimento administrativo*” (grifo feito no art. 56, parágrafo único).

A dificuldade encontrada no sistema legal atrelado ao Direito de Danos brasileiro é a ausência de outorga legal ao que chamam de viés punitivo preventivo

---

<sup>4</sup> Fala-se em visão clássica diante da ideia de sanções premiais, que não pressupõem a violação a certa norma jurídica, e, sim, o cumprimento dela. Embora traga uma postura adequada ao pressuposto da violação normativa, Miguel Reale explica que “Sanção é, pois, todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra” (2001, p. 67). Tal acepção permite uma flexão maior da definição de sanção e apta a abarcar o seu viés premial, porquanto a resposta estatal tanto em punir quanto em premiar envolvem uma base comum de garantir o sistema jurídico.

(ROSENVALD, 2017, p. 216 e ss.), o que é superado diante do real ambiente da prevenção, que é o Direito sancionador.

De forma mais ampla, saindo da seara consumerista, mas ainda no Direito Administrativo, a lei n. 9.784/1999, que rege o processo administrativo no âmbito federal, enuncia que “Em caso de risco iminente, a *Administração Pública poderá* motivadamente *adotar providências acauteladoras* sem a prévia manifestação do interessado” (grifo feito no art. 45).

O que se vê é uma reserva legal que sustenta a ideia de sanção punitiva no Direito brasileiro, mas não localizada na responsabilidade civil, e sim nos regimes de Direito cuja precípua função não é a reparação, mas a punição.

Na seara da acepção atual de polícia (= poder que limita o exercício de poderes jurídicos individuais em prol do interesse coletivo (DI PIETRO, 2020, p. 323)), a Lei Orgânica da Polícia paulista, a lei complementar de São Paulo n. 207/1979, enuncia que “*Abrange o serviço policial a prevenção e investigação criminais*, o policiamento ostensivo, o trânsito e a proteção em casos de calamidade pública, incêndio e salvamento” (grifo feito no art, 1º, parágrafo único).

Vê-se até uma conexão entre Direito Administrativo e Direito Penal no texto da Lei Orgânica da Polícia de São Paulo. O papel das polícias em investigar e evitar crimes, limitando e restringindo interesses individuais com base no predomínio do interesse público.

Outra perspectiva que agrega ao delineamento da responsabilidade civil com seu eixo reparatório parte de estudo desenvolvido por Anderson Schreiber de que os filtros do Direito de Danos estão em constante processo erosivo, deixando ao dano – que já sofre forte dilatação em relação às hipóteses indenizáveis – um último reduto de unificação sistêmica (2009, p. 79 e ss.). Tendo em vista essa erosão que Cícero Dantas Bisneto elucubra sobre a impossibilidade do paradigma punitivo-preventivo orientar a responsabilidade civil, porquanto “O dano, assim, outrora protagonista no campo da responsabilidade civil, passa a representar, não raras vezes, elemento meramente secundário” (2019, p. 142), cabendo ao regime indenizatório não mais reparar, mas inviabilizar o acontecimento do fato danoso.

Como exposto noutro texto, o discurso contemporâneo não é de preponderância cognitiva, voltado a reconhecer interesses jurídicos, porquanto vive-se na Era dos Direitos, tomando-se obra de Norberto Bobbio. A vivência atual discursa

com preponderância sobre a efetividade, sobre a aptidão do Direito conformar os fatos (PÁDUA, 2020). Trazendo a ideia da inefetividade jurídica para a responsabilidade civil é que Cícero Dantas Bisneto expõe que algumas das causas de expansão do referido regime sobre outros decorre do mal uso das medidas coletivas judiciais, da inefetividade dos mecanismos sancionatórios penais e administrativos, o que faz com que se flexione em demasiado excesso os institutos do Direito de Danos de forma a abordar uma inefetividade de outras vias (2019, 105 e ss.).

A grande ironia dessa migração dentro do fenômeno jurídico está na ideia de alocação da crise, que ataca contra o regime que atualmente responde de forma “melhor” aos anseios sociais. Já houve referência ao processo de erosão que as bases da responsabilidade civil passam, o que consiste em uma crise se enxergado que a busca contemporânea é de um novo paradigma regedor, o da punição preventiva.

Em famosa obra sobre estratégia militar, Sun Tzu ensina que parte da vitória depende do conhecimento de si e do outro, isto é, aquele que se conhece e conhece ao inimigo ganhará todas as batalhas, enquanto aquele que se conhece, mas não ao inimigo (ou o inverso, aquele que se desconhece, mas conhece ao inimigo) ganhará metade das batalhas (2009, p. 83 e ss.). Tais compreensões são valiosas ao Direito diante da ideia de inefetividade tomar conta do fenômeno jurídico como um todo, não apenas de uma ou algumas áreas. Compreendendo que o Direito como um todo passa por uma crise acerca da efetividade e que algumas das suas áreas – estas atreladas à punição como precípua função – fazem com que haja o inflacionamento da responsabilidade civil, este regime já demonstra suas críticas e sua própria crise de identidade: o instituto do dano moral e a sua propensão à compensação pecuniária, a expansão do conceito de dano indenizável, a busca por punição em vez de reparação.

Destacam-se na crise do Direito de Danos constatações de Luis Díez-Picazo, que menciona que a figura da culpa iniciou com uma segregação ante a ascensão da responsabilidade civil objetiva e passa por extrema crise diante da sua quase ignorância, eis que houve toda uma deformação conceitual da culpa que foi sucedida por sua desconsideração sob as lentes contemporâneas (1999, p. 235-236). Como consequência dessa desconsideração é que a culpa não é levada em consideração para a fixação do espectro indenizatório: embora responda objetivamente, aquele que atuou com o máximo de diligência e aquele que atuou com culpa grave serão

penalizados com alta propensão à igualdade, o que pode desestimular o diligente em adotar as medidas precaucionais.

Arrisca-se em estabelecer que uma das motivações pelas quais há flexionamento intenso no Direito de Danos é sua intimidade com a *summa divisio*, eis que tudo tem como origem o Direito Privado. Dessa constatação é que se depreende que um Estado asoberbado e insuficiente atrai a busca por mecanismos outros voltados a conformar o fato à norma jurídica, o que encontra na responsabilidade civil espaçamento, porquanto o particular usa do arcabouço contemporâneo para punir desde particulares até organismos de Direito Público. Tal colocação tem como principal fundamento a constatação de Ricardo Luis Lorenzetti de uma retomada do Direito Privado como modelo sobre o qual as operações de acabamento jurídicas devem ser feitas, ou seja, uma refeudalização jurídica na qual o particular institui seus interesses e os mecanismos de proteção, deixando o Estado para fora desse relacionamento (1998, p. 54-55).

Se o particular está retomando protagonismo no Direito – e isso é visualizável até na fuga do juiz por meio de meios outros que não o judicial estatal para solucionar conflitos potenciais ou concretos -, então o Direito sancionador, com sua função precípua de punir, tem de absorver essa tendência, deixando não apenas ao Direito Público a sanção, mas outorgando ao particular o poder sancionatório, o que pode ser enxergado com a figura da jurisdição arbitral, entidades privadas sob a batuta estatal que exercem atribuições fiscalizatórias, p. ex., associações de registro de equinos, o tribunal desportivo etc.

Em suma, a reconstrução referida por Ricardo Luis Lorenzetti seja não do Direito de Danos, mas dos seus regimes lindeiros, que são aqueles que têm como principal funcionalidade a punição, com a qual se liga a prevenção, como o Direito Penal e o Direito Administrativo, bem como subáreas do Direito Privado, p. ex., o âmbito associativo, societário e, fundamentalmente, contratual.

#### 4. CONCLUSÃO

O Direito brasileiro passa por singular crise no que diz respeito à expansão da responsabilidade civil, que mostra sua propensão a flexibilizar suas categorias

basilares para atender a um paradigma punitivo de caráter preventivo, o que torna o último filtro, o dano, superado, porquanto não se está a tornar algo indene, e sim a evitar certa danoção. No Brasil é identificável o uso do Direito de Danos como panaceia jurídica que confere soluções para outros segmentos, o que mostra certa crise a porvir.

A flexão excessiva de institutos como a culpa, a causação, o ato e o dano mostram uma crise de identidade da responsabilidade civil, porquanto muito se usa de fato para justificar uma nova teoria, p. ex., a do nexos causal provável, da culpa presumida e dos múltiplos danos existentes. Na mesma entoadada, a expansão do regime jurídico para setores antes tratados por outras áreas jurídicas faz com que a crise dessas áreas migre para o da responsabilidade civil, que abraça a crise da inefetividade e, também, expõe suas próprias agruras: são exemplos o dano moral e sua compensação, bem como a busca por punição em vez de reparação.

Ante o fenômeno da refeudalização jurídica, que mostra seus traços a partir da oposição ao excessivo expansionismo do Direito Público (em especial, o Direito Constitucional), o Direito sancionador deve ser reconstruído nas searas juspublicistas, sobretudo no Direito Penal e no Direito Administrativo, no entanto deve reconhecer o papel do particular como um agente apto a sancionar, situação que já tem seus contrastes diante da arbitragem, das entidades coletivas dotadas de procedimentos *interna corporis* sancionadores, os tribunais desportivos e muitos outros entes ou órgãos do Direito Privado que servem para de alguma forma punir certo sujeito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 6. ed. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Novo manual de responsabilidade civil. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

DANTAS BISNETO, Cícero. Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Civitas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil, v. 3. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2022.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Novos estudos e pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARKY, Thomas. Curso elementar de Direito Romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Revista CEJ, Brasília, p. 15-32, jan./mar. 2005.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. O desafio da efetividade jurídica no nível internacional. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, set./2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-internacional/o-desafio-da-efetividade-juridica-no-nivel-internacional/>. Acesso em 17 jul. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Encontro em Cambridge discute rumos da responsabilidade civil no mundo. Conjur, São Paulo, publ. em 27 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/direito-comparadoencontro-cambridge-discute-rumos-responsabilidade-civil>. Acesso em 14 jul. 2022.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SUN TZU. A arte da guerra. Tradução de Elvira Vigna. São Paulo: Ediouro, 2009.

UMANSKY, Sandra Natalia. Funciones de la responsabilidad civil: cambio de paradigmas en el sistema de Derecho Privado argentino. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas (UNNE), Buenos Aires, n. 17, p. 107-128, 2016.