



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA AZEVEDO FARIAS

***PUNITIVE DAMAGE*: ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O INSTITUTO E
SUA APLICAÇÃO NOS JUIZADOS BAIANOS ENTRE OS ANOS DE
2010 E 2013**

Salvador
2016

CAMILA AZEVEDO FARIAS

***PUNITIVE DAMAGE: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O
INSTITUTO E SUA APLICAÇÃO NOS JUIZADOS BAIANOS
ENTRE OS ANOS DE 2010 E 2013***

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Requião de Sant'ana

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA AZEVEDO FARIAS

***PUNITIVE DAMAGE: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE
O INSTITUTO E SUA APLICAÇÃO NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CÍVEIS BAIANOS ENTRE OS ANOS DE
2010 E 2013***

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2016

Aos os meus pais e meu irmã, por me
fazerem acreditar todos os dias no
amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

A Deus e Nossa Senhora, por conferirem sentido e propósito a minha vida.

A Carolina Farias, minha irmã, pela compreensão nos momentos difíceis e por estar ao meu lado a cada passo do caminho. Seu amor e fé em mim me fazem acreditar que não há limites intransponíveis.

Aos meus pais Evaldo e Roseliana Farias, exemplos de profissionais e seres humanos, pelo imensurável amor e por nunca medirem esforços em investir na realização dos meus sonhos. São suas todas as minhas conquistas.

Ao meu orientador, o Professor Doutor Maurício Requião de Sant'ana, pelo incentivo, paciência, atenção e cuidado durante todo o processo de escrita. Sua dedicação ao magistério deixou uma marca na minha graduação, obrigado por todos os ensinamentos enquanto aluna e orientanda.

A Hannah Abram Santos, não apenas pela parceria durante toda a pesquisa, apoio técnico e constante na confecção deste trabalho, mas principalmente pela sincera amizade. Que por onde você passar, possa contagiar a todos com o seu amor pela academia.

Aos meus amigos, colegas e familiares, cuja convivência e apoio tornaram mais leve o processo de escrita deste trabalho.

“Temos aversão não apenas por coisas que sabemos nos terem causado dano, mas também por aquelas que não sabemos que danos podem causar”.

Thomas Hobbes

RESUMO

O *punitive damage* é um instituto advindo dos ordenamentos anglo-saxões que defende a imputação de um acréscimo na indenização visando desestimular os ofensores à prática dos danos. Com o fortalecimento da função punitiva da responsabilidade civil no Direito pátrio, a doutrina majoritária vem defendendo a aplicabilidade dos *punitive damages* no âmbito das ações de indenização por danos morais no Brasil. Neste sentido, foram estabelecidos doutrinariamente alguns critérios justificadores da aplicação deste instituto nas indenizações, assim como limitadores à quantificação dos montantes indenizatórios. O presente trabalho cuida da análise da compatibilidade dos critérios trazidos pela doutrina com a realidade da aplicação dos *punitive damages* nas ações de indenização por danos morais resultantes da inscrição indevida de clientes no cadastro de inadimplentes por instituições financeiras. Para tanto, foram definidas como objeto de pesquisa as ações de juizados especiais cíveis baianos distribuídas entre 2010 e 2013. Busca-se com tal análise é identificar a (in) adequação entre a construção teórica e a aplicação prática dos *punitive damages* nos juizados especiais cíveis baianos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Indenização; Dano moral; *Punitive Damages*; Juizados Especiais Cíveis.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CRFB/88	Constituição Federal da República
CC	Código Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ANÁLISE DO DEVER DE INDENIZAR	11
2.1 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1.1 Função Ressarcitória	12
2.1.2 Função Preventiva	14
2.1.3 Função Punitiva	16
2.2. ENTENDENDO A OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR	18
2.2.1 O dano e o dever de indenizar	18
2.2.2 Escorço histórico da teoria do ressarcimento	31
3 SOBRE O <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	36
3.1 CONCEITO	36
3.2 A PERSPECTIVA HISTÓRICA DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> : UMA ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DA APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	38
3.2.1 Previsão legal e construção doutrinária	42
3.2.2 Critérios jurisprudenciais e doutrinários para a utilização do <i>punitive damage</i>	48
3.3 A RELAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> COM AS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS	55
4 A APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS RESULTANTES DE INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS BAIANOS	57
4.1 SOBRE A PESQUISA	57
4.2 ANÁLISE DOS DADOS COLETADOS	58
4.2.1 (In) Coerência entre os critérios justificadores da utilização do <i>punitive damage</i> indicados pela doutrina e os observados nas decisões judiciais	59
4.2.2 A quantificação das indenizações por danos morais a título de <i>punitive damage</i> .	66
5. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

O Direito é ciência que necessita de constante adaptação no escopo de manter seu caráter regulador das relações sociais. No âmbito da responsabilidade civil, um dos temas que mais sofre mutações influenciadas pela realidade fática, esta evolução se mostra imprescindível para a manutenção do convívio social.

A evolução histórica deste instituto perpassou por diversas fases em que, visando oferecer respostas às demandas sociais do momento, foram delineados novos contornos ao dever de indenizar. Da superação da autotutela à perspectiva de maior eficácia na satisfação de danos infligidos em larga escala, a indenização foi se moldando às necessidades da coletividade.

O surgimento constante de novos tipos de danos, cujas reparações começaram a ser reconhecidas judicialmente, instou o Estado a buscar formas mais eficazes de utilizar a responsabilidade civil como resposta aos prejuízos causados pelos agressores. Nesta esteira, a especial proteção conferida pela Constituição Federal da República aos direitos da personalidade foi determinante para a pacificação do entendimento pela reparação dos danos morais, ampliando assim as buscas por mecanismos de efetiva resposta e desestímulo a estas ofensas.

Esta realidade da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro abriu espaço para o ingresso do instituto do punitive damage de origem anglo-saxônica, utilizado para preencher as lacunas onde se instalou a carência de eficácia da tutela jurisdicional do Estado. Nada obstante as críticas e notáveis posicionamentos doutrinários contrários ao cabimento do instituto no ordenamento pátrio constata-se a adoção do punitive damage como uma realidade convalidada pelo seu emprego nas decisões dos tribunais superiores brasileiros.

Neste contexto, este trabalho visa analisar de que forma a jurisprudência dos juizados especiais baianos vem se posicionando no tocante a adoção da indenização punitiva nas decisões judiciais, especificamente as que conferem indenizações por danos morais resultantes da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes por instituições financeiras. Para tanto, foram utilizados dados extraídos das sentenças analisadas pelo Grupo de Pesquisa de Danos da Faculdade Baiana de Direito.

A relevância da análise prática das decisões judiciais através da utilização dos parâmetros fixados na construção doutrinária sobre o tema se encontra justamente no entendimento de que, como fenômeno social, o fim precípua do Direito de tutela da vida em sociedade só pode ser alcançado através da consonância da construção teórica com a realidade fática.

Com efeito, no primeiro capítulo é feita uma análise da teoria do ressarcimento, tecendo primeiramente breves considerações acerca das principais funções da responsabilidade civil, relacionando-as com a evolução histórica deste fenômeno. Em seguida, é conferido enfoque a teoria do ressarcimento, expondo os principais elementos do dever de indenizar.

No segundo capítulo será possível encontrar maiores considerações acerca do que consiste o instituto do punitive damage, seu surgimento e principais características no ordenamento norte-americano. No tocante ao direito brasileiro são expostas as principais críticas doutrinárias a utilização do instituto, assim como as considerações da parcela da doutrina que defende tal adoção, expondo neste último caso os elementos justificadores do emprego da indenização punitiva nas decisões.

Finalmente, no terceiro capítulo, foi possível realizar uma análise das decisões judiciais colacionadas a partir dos elementos doutrinários expostos no capítulo anterior, visando aferir de que forma o punitive damage é utilizado nos julgados. Neste sentido, foram analisados aspectos como a presença dos elementos justificadores da concessão da indenização a título punitivo, assim como a quantificação do montante indenizatório de dano moral conferido ao autor.

Deste modo, busca-se com este trabalho realizar uma análise da aplicação da teórica construída pelo Direito na prática da prestação de tutela jurisdicional pelo Estado, em específico no tocante ao instituto dos *punitive damages* no âmbito dos juizados especiais cíveis baianos. Não é objetivo desta análise o exaurimento dos estudos sobre o tema, mas sim a reunião de elementos que possibilitem o aprimoramento das discussões sobre a indenização punitiva.

2. ANÁLISE DO DEVER DE INDENIZAR

A vida humana em sociedade pressupõe a ocorrência de conflitos causados pela busca dos objetivos pessoais, que muitas vezes esbarra na esfera de direitos de *outrem*. Como consequência disto surge o dever de indenizar, figurando a indenização como o instrumento oferecido pelo direito para reparar os danos causados à vítima e possibilitar uma convivência social pacífica. Desse modo, esta é a relação que será objeto de análise neste capítulo.

2.1 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil, por ser fenômeno social, sofre mutações intimamente relacionadas com a evolução histórica da sociedade, se configurando como um sistema complexo que comporta diversas finalidades. Na colenda lição de Nelson Rosenvald¹, ele exerce função limitadora da liberdade de agir com o intuito de conferir proteção a bens e interesses específicos considerados merecedores, responsabilizando a atuação humana em sociedade.

A conjuntura histórico-social determinará quais bens ou valores fazem jus à tutela do ordenamento jurídico através atuação conjunta das funções básicas punitiva, ressarcitória e preventiva da responsabilidade civil. Tais regras outorgam uma perspectiva de proteção dos cidadãos frente à ocorrência de dano decorrente da violação desses interesses patrocinados.

Por este motivo, objetivando entender a evolução do contexto social e a crescente demanda por efetividade ao instituto da responsabilidade civil, que vive um momento histórico de pluralidade de situações potencialmente causadoras de risco pelo avanço econômico pregado pelo pensamento liberal predominante, analisar-se-á a seguir as funções ressarcitória, preventiva e punitiva da responsabilidade civil.

¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65.

2.1.1 Função Ressarcitória

A função ressarcitória da responsabilidade civil, bastante celebrada doutrinariamente, não possui relevantes controvérsias acerca do seu cabimento. É dominante o entendimento da necessidade de transferência do ônus imputado à vítima para o agente causador do dano, que deverá compensá-la da forma que for cabível. Neste sentido, preconiza Noronha que

A finalidade que é fundamental à responsabilidade civil é a de reparar um dano: apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial), minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal).²

Privilegia-se nesta função o reestabelecimento da situação em que se encontravam as partes antes da ocorrência do dano. O ressarcimento à vítima do dano, através das providências cabíveis, visa à restauração do equilíbrio econômico-jurídico atingido pelo agente, seja por meio do retorno das partes à situação anterior, seja através da compensação pecuniária. Este objetivo traduz a função ressarcitória da responsabilidade civil.

Em decorrência da necessidade de superação da concepção de responsabilidade civil como materialização da vingança privada, o paradigma ressarcitório limitou rigidamente a sanção do ofensor à extensão do dano por ele causado. Neste contexto, o montante da indenização independia do grau de culpa do agente, visando somente manter o *status quo* abalado pelo ato ilícito que gerou o dano.³

A aplicação pragmática desta função ressarcitória resultou em uma ostensiva defesa da sua utilização pela doutrina tradicional como única função da responsabilidade civil, não se atentando a época às suas limitações práticas na tutela dos bens jurídicos eleitos. O receio de uma violação à igualdade através do enriquecimento sem causa foi fator determinante para impor limites à utilização da responsabilidade civil, servindo como “justificativa para apoiar um sistema de responsabilidade

² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 460.

³ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2016, p.11.

unicamente vocacionado a repor o equilíbrio patrimonial entre as duas esferas jurídicas que o ilícito tratou de perturbar.”⁴

Neste sentido, a atividade compensatória se mostrou cada vez mais relevante com as transformações sociais advindas da industrialização, que ampliaram os casos de danos acidentais no período final do século XIX. Isto porque, tais situações não demandam uma significativa punição do agente do dano nem expressam a necessidade de preservação da ordem social, uma vez que se trata de danos causados sem culpa, por meio de acidentes, onde o ressarcimento da vítima satisfaz completamente tanto os prejuízos que lhes foram imputados quanto os anseios sociais.⁵

Nada obstante, Flávia Püchell elenca importantes limitações referentes à lógica supramencionada, em especial no tocante a satisfação do ofendido. É que, primeiramente, as quase sempre necessárias ações de indenização demandam um elevado custo para a vítima, que assume também o risco da insolvência do responsável, conjuntura que muitas vezes atribuía uma inviabilidade a reparação.⁶

Na realidade prática, este entrave fomentou o desenvolvimento dos seguros, que lograram diminuir o risco e devolver a eficácia da responsabilidade civil como um meio de indenização, uma vez que introduzem uma forma de reparar danos de forma coletiva. Desse modo, o seguro apresentou uma maneira mais eficiente de aplicar a função ressarcitória da responsabilidade, contribuindo ainda mais para a atrofia das funções punitiva e preventiva ao possibilitar que, em ocorrendo o dano, o seu causador não fosse quem o indenizaria.⁷

Em que pese a aparente eficiência do sistema de seguros, ele não logra superar a impossibilidade da função ressarcitória de desfazer os eventos causados pelo ilícito praticado, visto que a simples transferência de riqueza do agente para o ofendido nada mais é que uma compensação parcial de caráter intersubjetivo⁸. Desse modo, ainda que este ressarcimento consiga reparar as consequências danosas causadas

⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

⁵ PÜCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927 § único do código civil. *Revista Direito GV*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, v.1, n.1, mai. 2005, p. 93.

⁶ PÜCHEL, Flávia Portella. *Ibidem*, p. 93/94.

⁷ PÜCHEL, Flávia Portella. *Ibidem*, p. 95.

⁸ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.* p. 68.

à vítima do dano, o mesmo não se pode falar do dano causado à ordem jurídica violada e a repercussão que esta violação gerou para o contexto social.

Por esta razão, novos paradigmas foram se fortalecendo, tencionando conferir maior efetividade a responsabilidade civil e preencher as mencionadas lacunas inalcançadas pela aplicação isolada da função ressarcitória.

2.1.2 Função Preventiva

O reconhecimento da função preventiva reflete uma preocupação em utilizar a responsabilidade civil não só para reparar os danos ocorridos, mas para tutelar de modo mais eficiente os bens jurídicos fundamentais, evitando que sejam violados pela ocorrência de novos danos. Seu crescimento se relaciona a insuficiência da função ressarcitória para a manutenção da ordem social em sua perspectiva puramente compensatória.

Neste mesmo sentido, no âmbito de um Estado de direito que objetiva amparar os interesses sociais relevantes para a convivência democrática, a repressão perpetrada pelo Direito Penal é cada vez mais substituída pela prevenção advinda do direito civil. Esta realidade fortaleceu a defesa de uma função preventiva à responsabilidade civil, seja no seu aspecto geral ao atingir a sociedade como um todo, seja no seu escopo de intimidação individual.⁹

Também conhecida por alguns autores como função educativa – apesar de tal nomenclatura merecer crítica, uma vez que a pretensão de coibir comportamentos danosos não se confundiria com a educação do cidadão¹⁰ – esta prevenção pela via da responsabilidade se perfaz em um duplo efeito, conforme pondera Flávia Püchel

A responsabilidade civil pode ter dois tipos de efeitos preventivos. Um efeito preventivo específico, decorrente da ameaça de sanção de reparação. E um efeito preventivo geral, consistente na eliminação de certas atividades perigosas como consequência da imposição de responsabilidade em uma economia de mercado.¹¹

⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 80.

¹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 464.

¹¹ PÜCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927 § único do código civil. *Revista Direito GV*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, v.1, n.1, mai. 2005, p. 94.

No âmbito deste duplo efeito preventivo é que se pode falar em superação do paradigma exclusivamente patrimonialista na defesa dos direitos subjetivos, quando a prevenção se mostra mais benéfica para ambos os sujeitos da relação jurídica. O viés individualista, que considera essencialmente a vítima e o agente do dano, se mostra demasiadamente limitado em face do desestímulo perpetrado pela prevenção, que ao atingir a coletividade toca a todos os ofensores em potencial.¹²

Não se trata de depreciar o papel da função ressarcitória, mas entender que esta não é a melhor forma de tutela aos direitos consagrados constitucionalmente, em especial os direitos da personalidade. A opção constitucional de conferir maior proteção aos referidos bens jurídicos coaduna com a adoção de uma função da responsabilidade civil que vise evitar os danos decorridos da violação de tais direitos. Por este motivo é que a tutela repressiva deve ser utilizada de modo subsidiário para os danos morais, ao se considerar que o seu caráter compensatório não se mostra suficiente para reparar o que foi perdido com o dano.¹³

Noronha enfatiza a utilização da função preventiva nas punições à violação de direitos transindividuais, que atingem bens de interesse coletivo como o meio ambiente, contexto em que tem sido recorrente a “necessidade de punições ‘exemplares’” via responsabilidade civil, de maneira a pressionar as entidades no sentido de adotar os cuidados necessários para que se evite a incidência do dano.¹⁴

Assim, nos casos de atividades essencialmente danosas, ainda que a ameaça de responsabilização não possa evitar a ocorrência de danos, permanece sua efetividade ao coibir os descuidos que aumentam os riscos inerentes a aquele ofício, influenciando a adoção de comportamentos cuidadosos que possam diminuir os riscos no seu exercício.¹⁵

Nesta mesma perspectiva, Rosenvald compara o panorama preventivo da responsabilidade civil com a função de monitoramento de mercado exercida pelo princípio da boa-fé subjetiva, que ajusta o contrato, o retificando “de forma a conduzi-lo a destinos que não apenas se conformam aos princípios do mercado,

¹² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

¹³ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 463.

¹⁵ PÜCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927 § único do código civil. *Revista Direito GV*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, v.1, n.1, mai. 2005, p. 95.

mas se compatibilizam com princípios equitativos e de justiça distributiva entre as partes.”¹⁶

Desse modo, reconhecendo a importância da reparação do dano pela via ressarcitória, que garante uma relevante compensação à vítima, percebe-se que o panorama constitucional de defesa dos direitos da personalidade conferidos aos cidadãos influenciou o direito civil ao demandar uma maior segurança social pelas vias preventiva e punitiva da responsabilidade.

2.1.3 Função Punitiva

Ao se falar em função punitiva pela via da responsabilidade civil expõe-se sua pretensão de impor uma punição, mais ou menos gravosa, ao agente do dano¹⁷. É expressivo o receio da doutrina em reconhecer uma sanção ao autor do ilícito que vá além da mera transferência do ônus causado pelo dano, em razão do risco de a vítima auferir vantagem indevida que se configure enriquecimento indevido em face do autor do ilícito.¹⁸

Também conhecida como função pedagógica, ela possui escopo de exercer pressão psicológica no agressor de modo a evitar a reiteração do comportamento danoso, assim como contra os demais agressores em potencial, em uma função de prevenção geral. Assim, há a previsão de uma punição que sirva de exemplo para a coletividade, inibindo futuras violações que causem danos aos direitos tutelados.¹⁹

A função punitiva é tradicionalmente típica da responsabilidade criminal, que objetiva fixar uma pena ao infrator, de modo a retribuir o ilícito cometido de maneira proporcional, dissuadindo a prática do ilícito e de novos crimes na prevenção geral e específica, respectivamente.²⁰

Nada obstante, conforme elucidado por Fernando Noronha, a responsabilidade civil não deve ser vislumbrada como uma forma de punição, visto que a função

¹⁶ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 80.

¹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações* – 4. ed., rev e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. P. 461

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.* 2013, p. 12.

¹⁹ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 63.

²⁰ NORONHA, Fernando. *Op. cit.* 2013, p. 461.

dissuasora carrega um papel acessório do escopo da responsabilidade, que é a reparação dos danos. Desse modo, somente nos casos de dolo ou culpa haveria justificativa para a responsabilidade civil passar a representar uma espécie de pena privada.²¹

Ocorre que, o fortalecimento da função ressarcitória da responsabilidade civil ocasionou um afastamento das considerações acerca do dolo ou culpa do agente, bem como das consequências do ato ilícito para a coletividade, concentrando-se sobremaneira na vítima e no dano. É em sentido oposto a este cenário que se insurgem as sanções civis, preenchendo os espaços inobservados pelo mero ressarcimento e conferindo à vítima um importe superior ao lesado pelo dano.²²

Este viés sancionatório é invocado, em regra, para majorar as indenizações em que se configure o dolo ou culpa do agente, visando coibir a reiteração da conduta danosa tanto pelo agente responsabilizado, quanto por demais possíveis violadores destes direitos. Noutra giro, nada impede que ocorra o efeito contrário, se invocando a função punitiva da responsabilidade para fundamentar uma redução do *quantum* indenizatório nos casos de danos e culpa do agente de menor gravidade, utilizando-se o parágrafo único do art. 994²³ do Código Civil.²⁴

Isto posto, ressalta-se que a perspectiva de uma pena pecuniária é necessária nos casos como os que a vantagem econômica auferida pelo ofensor com a prática do dano é superior ao prejuízo decorrente da sua reparação, de modo que as demais funções da responsabilidade civil, ainda que mais facilmente aceitas, se tornam insuficientes para assegurar a proteção à ordem jurídica.

Pode-se dizer, em síntese, que:

a função reparatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de *certeza* do direito como uma importante garantia de uma compensação. A outro turno, a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de

²¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 462.

²² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

²³ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 9 abr. 2016.

²⁴ NORONHA, Fernando. *Op. cit.* 2013, p. 463.

ordem economia e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.²⁵

Tais considerações expõem a importância de se considerar de forma conjunta todas as funções da responsabilidade civil, aplicando este instituto da maneira mais eficaz à situação, visando concretizar seu objetivo maior de proteção dos interesses sociais juridicamente tutelados através do controle das condutas humanas.

2.2 ENTENDENDO A OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR

A responsabilidade civil tem o escopo de estabelecer quais danos possuem relevância para o ordenamento, bem como o de “apontar as pessoas que devam responder pela indenização, palavra de uso corrente em nossa literatura jurídica para expressar todas as formas de reparação”.²⁶ As diversas construções doutrinárias sobre o tema elencam pressupostos que giram em torno de três elementos, quais sejam o ato ilícito, o nexo causal e o principal deles, o dano.

2.2.1 O Dano e o dever de indenizar

O dano é elemento que se traduz não só como um fato constitutivo, mas também determinante do dever de indenizar. A presença do dano justifica a obrigação do agente de reparar o prejuízo sofrido pela vítima, sem que este pagamento se caracterize como ônus indevido para quem paga, ou enriquecimento sem causa para o destinatário desta indenização.²⁷

Indicado como elemento essencial e indispensável para a responsabilização do agente, seja nas obrigações que tenham origem no inadimplemento contratual, seja nas que se originam de ato lícito previsto no ordenamento ou ainda de ações

²⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 83.

²⁶ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

provenientes de ato ilícito, o dano se configura indispensável para a indenização, independentemente de ser caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva.²⁸

Neste sentido, Montenegro indica dois elementos autorizativos primordiais para pleitear-se uma indenização frente à ocorrência de um dano. O primeiro se constitui elemento de fato, qual seja a ocorrência de um prejuízo, e o segundo se constitui elemento de direito, a lesão a um bem jurídico. “Nem todo prejuízo, portanto, rende azo à indenização. Preciso é que a vítima demonstre também que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse juridicamente tutelado.”²⁹

O dano pode ser definido como “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima.”³⁰ Neste sentido, indenizável é o dano em que se configura a antijuridicidade através da invasão à esfera jurídica de *outrem* sem autorização legal.³¹

Importante ressaltar que não se trata propriamente de violação de um bem ou interesse jurídico, uma vez que tal violação se perfaz um fato antijurídico, enquanto o dano se traduz na consequência nefasta dessa violação. Esse fato antijurídico que dará origem ao dano constitui outro pressuposto da obrigação de indenizar.³²

Estabelecida à conceituação do dano, a doutrina debruçou-se ao escopo de classificá-lo, e o fez levando em consideração suas origens e efeitos. Em caráter exemplificativo, apresenta-se aqui a classificação exposta por Montenegro, que didaticamente dividiu os danos nas categorias de dano positivo e negativo – também denominados dano emergente e lucro cessante –, dano material e imaterial, dano previsível e imprevisível, dano direto e indireto, dano futuro e eventual, dano certo e dano atual, dano contratual e extracontratual.³³

²⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

²⁹ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 07.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

³¹ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Op. cit.* 2005, p. 09.

³² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 480.

³³ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Op. cit.* 2005, p. 11. O autor utiliza a nomenclatura “dano extrapatrimonial” para se referir a esta espécie de dano, optando por não utilizar a expressão “dano moral”. Ainda que, em primeira análise fosse possível suscitar uma confusão entre o último termo e o adjetivo “moral”, não é o que observa na realidade prática. Esta nomenclatura consolidou-se na doutrina e jurisprudência brasileira, sendo inclusive a mais utilizada nas decisões que serão objeto de

Nada obstante a relevância das classificações trazidas pelo renomado jurista, não caberia aqui explorá-las a fundo, uma vez que o objetivo desde trabalho restringe-se a análise específica das indenizações por danos morais. Neste sentido, dar-se-á enfoque aos danos positivos e negativos, assim como os materiais e morais, categorias mais básicas e necessárias para uma melhor contextualização dos danos aqui expostos.

Relevante classificação diz respeito à distinção entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, discussão que parte da noção de patrimônio, considerado “o complexo de direitos e de obrigações de uma pessoa que sejam suscetíveis de avaliação econômica”. Será extrapatrimonial o dano que configura violação a bens não apreciáveis pecuniariamente, e patrimonial o dano decorrente de violação de bens que compõem o patrimônio de uma pessoa, apreciáveis economicamente.³⁴

A supracitada definição traz o termo “bem” em seu significado mais amplo, englobando bens corpóreos e incorpóreos. A violação destes, quando aferíveis pecuniariamente, poderão causar danos patrimoniais, enquanto os extrapatrimoniais serão os que não se configurem como patrimoniais.³⁵ Neste sentido, José de Aguiar Dias expõe que a diferença entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais “não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado.”³⁶ Assim, seria possível a ocorrência de dano patrimonial em virtude de lesão à bem não patrimonial, por exemplo.

Coaduna com essa conceituação excludente do dano moral, a definição de Pontes de Miranda, para quem “Dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”³⁷

análise posterior, motivo pelo qual neste trabalho será adotada a expressão “dano moral” para futuras referências a categoria do dano não patrimonial.

³⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 590.

³⁵ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 13.

³⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 812.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*, tomo XXVI. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 30.

Cavaliere Filho³⁸, à luz da CRFB/88, entende o dano moral em sentido estrito como a “violação do direito à dignidade”, uma vez que, segundo o autor, a Carta Magna previu em seu art. 5º, incisos V e X, a plena reparação do dano moral, por entender que a inviolabilidade de valores como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, concretizaria o *direito à dignidade*. Por esta razão, considerando que os direitos da personalidade podem ser efetivados - e também violados - em diversas dimensões, é que o autor entende que o dano moral engloba todos esses níveis de ofensas à pessoa, mesmo que não haja lesão direta a dignidade.

A supracitada definição expõe que hoje o dano moral não se limita a dor, sofrimento, tristeza, mas estão ligados a uma perspectiva de proteção dos direitos da personalidade consagrados constitucionalmente, se configurando como a violação destes direitos. Apesar da impossibilidade de aferição pecuniária da lesão, atualmente é pacífico o entendimento doutrinário que reconhece a possibilidade de satisfação da vítima de dano moral através de indenização pecuniária.

O caráter intangível dos danos extrapatrimoniais dificulta, muitas das vezes, a comprovação de sua ocorrência pela parte, razão pela qual a doutrina e jurisprudência vêm possibilitando a aplicação da sua presunção em algumas situações, como no caso da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, objeto das ações que serão analisadas posteriormente neste trabalho.³⁹

Outra relevante dificuldade encontrada no ressarcimento dos danos morais se refere à quantificação da indenização. Na realidade do ordenamento brasileiro, discute-se meios de controle do *quantum* indenizatório, visando assegurar que o montante fixado não seja exacerbado e termine por ocasionar, assim, o desvirtuamento da função do instituto.

Neste sentido, parte da doutrina defende a adoção de critérios mais rígidos fixados em lei, limites máximos indenizatórios para cada tipo de dano, enquanto a outra parte advoga pelo controle jurisprudencial destes montantes através dos recursos e da utilização de critérios como razoabilidade e proporcionalidade pelos magistrados.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 89.

³⁹ PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 207.

O critério de quantificação do dano moral exposto do art. 946 do CC⁴⁰ prevê a apuração das perdas e danos conforme o determinado pelo diploma processual, que, por sua vez, estabelece a liquidação por artigos e por arbitramento. Carlos Roberto Gonçalves menciona a principal crítica a esse sistema, ao salientar que

não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante ou ínfima, qualquer que seja ela, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle de sua justiça e injustiça.⁴¹

Aspirando escapar da perspectiva Luís Ricardo Mendes de Carvalho⁴² é um dos autores que defende a adoção de parâmetros pré-fixados para as indenizações a título de danos morais, através do nível de valoração gradativa conferida pela sociedade ao bem lesado. O autor menciona, nesta esteira, o projeto de lei de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE) com substitutivo de autoria do Senador Pedro Simon (PMDB-RS) que classifica os danos morais de natureza leve, média e grave, conferindo valores a essas categorias, salientando que tal projeto não eliminaria a subjetividade das indenizações, que ainda dependeriam do arbítrio do juiz.

Nesta perspectiva estão também as propostas a adoção de um critério matemático para quantificar a indenização por danos morais, que não obtiveram sucesso em razão das críticas a ausência de razoabilidade em vincular o abalo sofrido em um bem imaterial ao valor de um título, por exemplo. Salomão Resedá utiliza como parâmetro o entendimento do Min. Cesar Asfor Rocha, relator no recurso nº 182.195/SP da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em seu voto, considerou inadequada a estipulação da indenização em um número de vezes o valor da duplicata indevidamente protestada na ação. Para o ministro, o protesto de um título de valor diminuto, por vezes, pode ter repercussão muito maior que o de

⁴⁰ BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 10 mai. 2016. Art. 946: “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.”

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 515.

⁴² CARVALHO, Luis Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais – quantum. *Revista de Direito Privado*. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.17, jan./mar. 2005, p.160.

um título com valor elevado, visto que não há identificação entre o dano e a quantia protestada.⁴³

Ainda no escopo de se afastar da análise puramente subjetiva dos julgadores, Cristiano Chaves, Braga Netto e Nelson Rosenvald celebram a sistemática adotada pelo STJ de um critério bifásico na fixação dos danos morais. De acordo com este entendimento, ao buscar esta quantificação, o magistrado deve primeiramente valorar o dano moral constatando sua existência pela violação do direito da personalidade do autor. Em seguida, o olhar deve se voltar para a extensão do dano causado a partir da observação das circunstâncias do caso concreto como as peculiaridades da vítima do dano.⁴⁴

Por outro lado, Carlos Alberto Bittar defende o papel do juiz na análise das circunstâncias do caso concreto que podem levar a conclusão da responsabilidade do agente, e, assim sendo, definir o quantum indenizatório para atender os objetivos da indenização. Segundo o autor, as construções jurisprudenciais de critérios e parâmetros no caso concreto vão suprimindo a ausência de critérios legislativos que não se mostrariam suficientes para abarcar as diversas situações de dano possíveis. Ademais, defende a utilização dos critérios determinados em leis específicas, quando aplicáveis, como orientação para o magistrado definir a base aplicável e fixar a indenização apoiado neste e nos demais critérios da doutrina e jurisprudência.⁴⁵

Na experiência norte-americana, ao tratar das frequentes indenizações por danos morais e consequentes críticas ao possível fomento de uma indústria do dano, Fernanda Ivo Pires cita Anthony J. Sebock⁴⁶ expõe que o total de delitos financeiros aumentou de 13% para 50%, de modo que o problema da frequência das indenizações, assim como de sua quantificação, não estaria no instituto do *punitive damage*, mas sim na maneira como a atividade financeira vem sendo exercida no país. A autora relaciona este estudo com a perspectiva do instituto no ordenamento brasileiro, e atribui o crescente número de indenizações concedidas neste sentido

⁴³ RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 20 mai. 2016, p. 202.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, vol. 3, 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328-329.

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 235-236.

⁴⁶ PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 968.

também à realidade atual de maior acesso da população brasileira a informação sobre seus direitos.

Na perspectiva do direito português, Paula Meira Lourenço⁴⁷ aduz as mesmas dificuldades na avaliação de danos morais, realidade que beneficia os grandes agentes causadores de danos que lucram com indenizações de pequeno porte. Desse modo, a autora destaca o desafio dos magistrados em arbitrar indenizações punitivas de maneira rigorosa, levando em consideração os critérios de equidade, grau de culpabilidade do agente, a situação econômica do agente e do lesado, assim como demais circunstâncias do caso e o lucro do lesante.

A mesma dificuldade não concerne aos danos materiais, analisando o modo como o patrimônio da pessoa prejudicada pode ser atingido, de modo positivo ou negativo, criou-se a divisão entre os danos emergentes e lucros cessantes, compreendidos respectivamente como “a efetiva diminuição que o patrimônio experimenta em razão do ato ilícito” e “o lucro que era esperável obter-se e que deixou de crescer ao patrimônio.”⁴⁸

Braga Netto entende os danos emergentes como os prejuízos gerados por uma conduta danosa omissiva ou comissiva e os lucros cessantes como os proveitos que, caso não houvesse acontecido o dano, integrariam o patrimônio da pessoa seguindo uma ordem natural dos eventos.⁴⁹

Com relação aos danos negativos, também chamados danos emergentes, não se percebe uma maior dificuldade na sua identificação, e conseqüentemente, na fixação de uma indenização visando repará-los. Isto porque, o artigo 402 do CC de 2002⁵⁰ define esta modalidade de dano patrimonial como aquilo que a vítima efetivamente perdeu, de modo que será auferida a diferença do valor do bem antes e depois do ato ilícito que gerou o dano.

⁴⁷ LOURENÇO, Paula Meira. *A indenização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2016, p. 29.

⁴⁸ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

⁴⁹ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59

⁵⁰ BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 10 mai. 2016. “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

O dispositivo legal supramencionado invoca, ainda, a existência de outra modalidade de dano patrimonial, qual seja o lucro cessante, definido como “o que razoavelmente deixou de lucrar”. Desse modo, Cavalieri Filho expõe que o lucro cessante consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.”⁵¹

Enquanto o dano emergente relaciona-se a um bem existente, o lucro cessante é a perda de um bem futuro, que ainda não pertence à vítima, e, desse modo, para ser arbitrado, exige do magistrado o uso do princípio da razoabilidade, conforme explicitado pela própria definição legal. Assim, deve-se utilizar o bom senso para, utilizando um juízo de probabilidade, determinar aquilo que razoavelmente poderia se afirmar que o patrimônio da vítima seria acrescido sem a ocorrência do dano. Na visão de Aguiar Dias,

Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma *probabilidade objetiva* resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto.⁵²

A crítica à utilização do termo “razoavelmente” pelo legislador fica por conta de Montenegro⁵³, para quem, tal expressão abre espaço para uma interpretação enganosa da palavra como uma ideia de quantidade, um preço moderado na fixação do dano. Tal acepção poderia desviar da real intenção do artigo ao empregar a palavra, qual seja a considerar de maneira razoável, não quanto, mas o que poderia ser considerado como integrante do lucro cessante na sua aferição.

Ademais, há que se mencionar a teoria da perda de uma chance, segundo a qual o dano se configura na destruição de uma possibilidade de ganho da vítima, que, diferentemente do lucro cessante, apresenta mais incerteza, uma vez que, apesar de também delineado pela razoabilidade, é aferido por um juízo de probabilidade de ganho.

Visando transportar a teoria da perda de uma chance para uma situação prática, a doutrina menciona o exemplo do advogado, que, contrariando orientação de seu cliente, não interpõe recurso e destrói a oportunidade de discutir a matéria em

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

⁵² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 801.

⁵³ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 13.

instância superior. Neste caso, havendo julgamento posterior de demanda semelhante pelo tribunal superior, no sentido do recurso que deveria ter sido interposto, se configuraria o dano através da perda de uma chance.⁵⁴ Este dano, quando apresentado em conjunto com os demais pressupostos da responsabilidade civil, gerará o dever de indenizar.

Noronha ressalta que a perda de uma chance pode se traduzir “tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou”. Assim, se configura dano por perda de uma chance a perda da possibilidade de obtenção de ganho futuro e da chance de evitar um dano que se concretizou.⁵⁵

Finalmente, resta destacar que em ambos os casos supracitados, a aferição do valor do dano depende da concatenação de elementos que permitam afirmar a verossimilhança da vantagem que seria obtida, assim como da probabilidade do prejuízo ter sido evitado. Ambas as análises se projetam para uma situação futura hipotética. Nesses casos, quando for possível calcular essa probabilidade, será arbitrada uma indenização, seja por dano material, seja por dano moral.⁵⁶

Ainda que demonstrado seu caráter basilar para constituir o dever de indenizar, muitas vezes aliado ao elemento do dano está o ato ilícito, pressuposto que encontra fundamento moral na exigência de adaptação do homem às normas sociais. A concepção do ato ilícito partiu da noção de que o homem tem controle sobre suas ações, lhe sendo imputada responsabilidade pelo dano causado a *outrem*. Nada obstante tal concepção, o ato ilícito considerado para fins de pressuposto de indenizar não se confunde com “ato querido”, o elemento volitivo não é necessário em todas as situações, podendo ocorrer imputação objetiva de um ato ilícito.⁵⁷

Com efeito, o avanço da teoria objetiva da responsabilidade civil mitigou a necessidade de pressupostos tradicionais como a culpa e a conduta lícita ou ilícita

⁵⁴ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 59

⁵⁵ NORONHA, Fernando. Revista de Direito Privado. N.23 – julho-setembro de 2005. Coordenação Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P.28-47. P.28

⁵⁶ NORONHA, Fernando. *Ibidem*, p.29.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial*, tomo LIII. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 211.

que causou o dano, “sendo bastante como nexos de imputação a existência de uma norma definidora da obrigação objetiva de indenizar ou da constatação pelo magistrado do risco inerente à atividade”.⁵⁸ Ressalvadas tais situações, o ato ilícito possivelmente indenizável deve ser um ato humano, antijurídico, violador da esfera jurídica alheia.⁵⁹

Primeiramente, no tocante ao ato humano, ressalta-se a importância deste elemento em razão da estreita ligação da responsabilidade civil com a moral humana, sendo esse ato uma exteriorização da vontade de modo corpóreo, causando como consequência a violação do bem jurídico da vítima. A voluntariedade aqui considerada não se confunde, porém, com o querer humano, uma vez que, não sendo o agente inimputável, condutas involuntárias podem compor esse ato.⁶⁰

Neste sentido, Rui Stoco indica que o querer intencional é matéria que diz respeito à análise de culpabilidade do agente, não se podendo confundir a voluntariedade da conduta com a projeção dessa vontade sobre o resultado nas ações e omissões humanas.⁶¹

Por esta razão, há uma crítica dogmática à utilização do termo “ato ilícito” em situações em que a parte vai responder pelo fato de terceiro ou pelo fato da coisa, como acontece nos casos dos pais que respondem pelo ato do filho ou quando se responde por fatos causados por coisas animadas ou inanimadas, respectivamente.⁶²

É neste sentido que Noronha traz a expressão fato antijurídico, indicando que em regra este ato será humano, mas nada impede que seja natural. Para o autor, a antijuridicidade

quer diga respeito a um fato humano, quer a um fato natural, é dado de natureza objetiva: existe quando o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém.⁶³

⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

⁵⁹ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33.

⁶⁰ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ibidem*, p. 32.

⁶¹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

⁶² MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Op. cit. 2005, p. 33.

⁶³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 493.

Outra abordagem quanto à análise deste elemento do dever de indenizar diz respeito à possibilidade de um ato lícito dar causa a responsabilidade civil, e a resposta parece ser afirmativa quando se identifica atos em conformidade com o direito ensejando responsabilidade civil, como nos casos dos atos em estado de necessidade⁶⁴, por exemplo, atos lícitos previstos no art. 188, II do CC, que admitem indenização na forma do art. 929.⁶⁵

Isto ocorre principalmente nos atos justificados, como o caso do exemplo supramencionado, onde, apesar de não serem antijurídicos os atos praticados entre agente e vítima, quando as consequências deste ato atingem a esfera jurídica de terceiro estranho à situação em questão, se enseja a responsabilidade civil mesmo que não se possa imputar culpa ao agente.⁶⁶

Analisando o elemento da culpa, Montenegro expõe que o legislador, no art. 159 do CC, trouxe os conceitos de dolo e culpa *stricto sensu* nos trechos “ação ou omissão voluntária” e “negligência e imprudência”, respectivamente. O autor salienta as divergências doutrinárias existentes acerca da sua utilização como elemento subjetivo da responsabilidade ou como variante de antijuridicidade,⁶⁷ apesar de tal conflito ter perdido força com a adoção da teoria do risco pela responsabilidade civil, que passou a aceitar a insuficiência da culpa para atuar em todas as situações da responsabilidade civil.

Considerada pela percepção clássica, a culpa se relaciona ao juízo de valor moral das condutas humanas, podendo ser vista em uma perspectiva mais ampla, em sentido lato, que equivale ao dolo, à prática de um ato danoso com intenção do agente. No seu sentido estrito, o ato lesivo decorre da ignorância, negligência e imprudência do agente.⁶⁸

⁶⁴ BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10

⁶⁵ BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 10 mai. 2016. “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

⁶⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 494.

⁶⁷ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33.

⁶⁸ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ibidem*, p. 35.

Desse modo, objetivando sintetizar as situações em que é possível a ocorrência de fatos antijurídicos, Noronha⁶⁹ estabelece as quatro principais, quais sejam: os atos subjetivamente ilícitos, os atos objetivamente ilícitos praticados por inimputáveis, os atos justificados que atinjam terceiros não participantes da situação cuja intervenção era necessária e, por fim, quando acontecimentos naturais, ligados à atividade exercida pelo agente, atinjam a esfera jurídica de *outrem*.

Ademais, a configuração do dever de indenizar depende da existência de um vínculo que torne o dano consequência do ato ilícito, uma relação de causalidade.⁷⁰ Esta relação não é exclusiva do mundo jurídico, mas uma relação de causa e efeito que decorre de fenômenos naturais, vinculando um determinado evento a um comportamento que lhe deu causa.

Para além desta concepção natural do nexa causal, a sua utilização no mundo jurídico depende de uma análise judicial. O magistrado deve utilizar o nexa causal como “elemento referencial entre a conduta e o resultado”⁷¹, determinando assim se o dano teria ocorrido mesmo na ausência dos fatos. Por esta razão, o nexa causal se torna elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil, e diversas teorias surgiram para regular sua forma de aplicação.⁷²

A primeira das construções sobre a causalidade foi denominada teoria da equivalência de condições ou *conditio sine qua non*, por defender que todos os antecedentes que concorreram para a realização do resultado danoso, de qualquer maneira, poderiam ser considerados causas. Para esta concepção, o dano não teria ocorrido sem cada uma das condições. Não adotada pelo ordenamento brasileiro, a principal crítica à teoria da equivalência de condições fica por conta da regressão infinita do nexa causal, de modo a conduzir a uma infinidade de causas, inviabilizando a indenização.⁷³

Outra vertente, desenvolvida por Von Bar e posteriormente aprimorada pelo filósofo Von Kries, chamada teoria da causalidade adequada, sustenta ser a causa de um

⁶⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 495.

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

⁷² SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.* 2013, p. 56.

⁷³ *Ibidem*, p. 57.

evento aquela mais apta, de forma abstrata, a sua consecução.⁷⁴ Assim, não haveria uma avaliação em concreto, mas um juízo de normalidade em abstrato, de modo que “imputa-se ao agente as consequências que, em um determinado momento histórico, segundo o estado da ciência e da técnica, são “normais” consequências de seu comportamento.”⁷⁵

A rejeição de ambas as teorias supracitadas se deu pela incerteza e exagero de seus resultados, uma vez que estabelecem nexo de causalidade entre todas as possíveis causas de um evento danoso, seja por haver uma equivalência entre elas, como na primeira teoria, seja por elas abstratamente serem adequadas a produção do resultado. Não se considera que todo e qualquer resultado danoso é sempre, e necessariamente, produzido por uma causa imediata, engendrada e condicionada pelas circunstâncias específicas do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro afastou a aplicação de ambas as teorias com a adoção da teoria do dano direto e imediato.⁷⁶ Este é o entendimento da maioria da doutrina que, com base na redação do art. 403 do CC⁷⁷, sustenta que a teoria da causalidade direta ou imediata foi positivada, considerando-se causa jurídica somente o evento que vincula-se de forma direta ao resultado, sem que seja considerada, para isso, qualquer interferência de outra condição.⁷⁸

Ocorre que, a interpretação literal da expressão “direto e imediato”, presente no art. 403, poderia levar a uma exclusão de toda e qualquer hipótese de dano indireto no ordenamento brasileiro, incluindo o dano por ricochete, reconhecido pelos tribunais, por exemplo, nos casos de homicídio, onde se arbitra uma indenização consistente na prestação de alimentos para aqueles que a vítima devia.⁷⁹

Por esta razão, desenvolveu-se a subteoria da necessidade causal, que “entende as expressões *dano direto* e *dano imediato* de forma substancial, como reveladoras de

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58.

⁷⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.6, abr./jun. 2001, p. 07.

⁷⁷ BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 08 març. 2016. Art. 403. “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* 2001, p. 07.

um liame de necessariedade - e não de simples proximidade – entre a causa e o efeito”.⁸⁰ De acordo com esta subteoria, haverá necessidade de reparação quando o dano for necessariamente um efeito daquela causa, abarcando-se assim, os danos diretos e indiretos, desde que provenientes de forma necessária desta causa, sendo este o núcleo da teoria da causalidade direta e imediata.

Em outros termos, o dever de reparar surge quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa. Pode-se identificar, assim, na mesma série causal, danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência direta (o adjetivo pode ser aqui empregado), porque necessária, de um ato ilícito ou atividade objetivamente considerada.⁸¹

Schreiber, apesar de reconhecer o êxito da subteoria da necessidade em afastar injustiças que poderiam advir da aplicação da concepção original da teoria da causa direta e imediata, indica que tal vertente acabou criando uma abertura do judiciário às incertezas que inicialmente foram criticadas e levaram ao abandono das teorias da causa direta e imediata e da causalidade adequada. Isto porque, na visão do autor, há uma indecisão maior na identificação do ato que antecede necessariamente ou não o evento danoso, o que não ocorria quando da identificação da ação que diretamente e imediatamente se liga ao dano.⁸²

Como consequência disso, instalou-se uma indefinição perante os tribunais sobre qual teoria da causalidade utilizar, de modo que na prática, os magistrados têm utilizado a que melhor garante a indenização à vítima no caso em questão. Assim, diferentemente do que acontecia com o elemento da culpa nos primórdios, em face de uma legislação lacunosa sobre a matéria, os julgadores não estariam observando a devida rigorosidade na prova do nexo causal, mas sim, fixando-o com base na intuição, sempre em busca da adequação do ato ao resultado danoso.⁸³

2.2.2 Escorço histórico da teoria do ressarcimento

Conforme exposto neste capítulo, a responsabilidade civil, por ser fenômeno social que acompanha o desenvolvimento histórico das civilizações, assume atualmente

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 62.

⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.6, abr./jun. 2001, p. 05.

⁸² SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.* 2013, p. 62.

⁸³ *Ibidem*. p. 65-66.

novos contornos determinados pelas mudanças ocorridas no século passado, em especial, levando o instituto a se reinventar visando acompanhar as transformações sociais.

No panorama atual, a responsabilidade civil deslocou o seu foco de elementos que traduziam a responsabilidade da pessoa, a exemplo da culpa, para uma busca da concretização da responsabilidade para com a pessoa. Esta transformação adveio da necessidade de tutela dos direitos da personalidade, que conferem proteção ao direito de existência digna dos cidadãos, de modo que a responsabilidade civil foi se afastando, cada vez mais, do seu cunho exclusivamente patrimonial.⁸⁴

Com base neste cenário, Schreiber descreve a responsabilidade atual como um momento de *erosão dos filtros tradicionais* da reparação, onde a responsabilidade civil começa a ser percebida como instrumento de garantia de proteção às pessoas. Esta percepção se traduziu na diminuição da importância de elementos tradicionais como a necessidade de prova da culpa e do nexo causal, visando facilitar e tornar mais dinâmicas as ações de ressarcimento.⁸⁵

Historicamente, o primeiro paradigma, caracterizado pela responsabilidade individual típica das legislações oitocentistas, surgiu em um contexto socioeconômico de atividades mercantes que se delineavam de maneira artesanal. Nesta conjuntura, os possíveis danos ocorridos apresentavam-se de maneira limitada a relações entre indivíduos, de maneira que os responsáveis prejuízos causados e à vítima desses prejuízos eram facilmente identificáveis.⁸⁶

Tal sistema, consagrado pelas grandes codificações, possuía três principais características, sendo a primeira seu viés individualistas em razão da própria atividade econômica. Ainda, este sistema apresentava uma face universalista, uma vez que a edificação dos códigos partiu de princípios com alcances gerais que

⁸⁴ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. 2000. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/78238>>. Acesso em: 15 abr. 2016, p. 80.

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.11.

⁸⁶ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2016, p.140.

seriam aplicados nos casos concretos. Por fim, destaca-se o escopo moralista deste panorama, o qual conferia notável ênfase no elemento da culpa do ofensor.⁸⁷

Em razão da predominância do pensamento liberal da época, foram superados os sistemas de responsabilidade coletiva que ultrapassavam a esfera individual do ofensor, uma vez que esta perspectiva ia de encontro aos ideais predominantes naquele momento histórico. Igualmente rechaçada era a responsabilidade baseada na vingança privada, vigente no período medieval e baseada na ideia de pena e delito, com sanções excessivas e inclusive corporais.⁸⁸

Nada obstante, este panorama começou a mostrar-se insuficiente com o surgimento de novos danos provenientes do período de revolução industrial e suas novas tecnologias, onde a prova da culpa nem sempre se mostrava possível, o que tornou este requisito, cada vez mais, um obstáculo para a reparação dos danos. Os conflitos sociais se sofisticaram, passando a alcançar uma coletividade, forçando a reponsabilidade civil a passar por mudanças fundamentais.

A dificuldade em individualizar de forma clara uma conduta causadora do dano, ou até mesmo um responsável pelo prejuízo, motivaram os ordenamentos na busca de novos mecanismos normativos que lograssem maior aptidão em assegurar o ressarcimento dos danos às vítimas.

Neste sentido, Schreiber aduz que

“A investigação de critérios objetivos de imputação de responsabilidade que pudessem substituir ou atenuar o papel central da culpa teve como marco inicial a obra de Raymond Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Propunha o autor que o princípio de imputabilidade viesse substituído por um princípio do sujeito causador do dano.”⁸⁹

O desenvolvimento social perpetrado pelo processo mecânico multiplicou os riscos aos quais a sociedade restou exposta, o que refletiu a necessidade de produção de medidas que tornassem possível o amparo às vítimas, inclusive em situações em que a causa do dano não fosse clara. Neste panorama, o paradigma tradicional de

⁸⁷ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. 2000. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/78238>>. Acesso em: 15 abr. 201, p. 83.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 19.

responsabilidade baseada na culpa se mostrou insuficiente para atender as demandas sociais de segurança.⁹⁰

Merece destaque então os elementos facilitadores da reparação dos danos surgidos nesta esteira, como a possibilidade de admissão da culpa de maneira simplificada com reconhecimento de situações onde ela pode ser presumida. Ainda, ocorreu a substituição da culpa pelo risco como fator determinante da responsabilidade civil, cenário que restou facilitar inclusive a produção probatória pela vítima do dano.⁹¹

No Brasil, primeiramente os diplomas especiais como a Lei de Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e a Lei nº 6.435/77, começaram a prever a responsabilidade objetiva. Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor, estimulado pelo comprometimento da CFRB/88 com a reparação dos danos, instituiu a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços. Finalmente, o CC de 2002 estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva⁹² no tocante as atividades de risco.⁹³

A erosão dos filtros tradicionais da reparação permitiu que um maior número de demandas fosse acolhido pelo judiciário, refletindo uma crescente necessidade de atendimento às vítimas. Neste contexto, a responsabilidade do agente assume papel secundário e ocorre a ascensão de um importante elemento “que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano”⁹⁴.

A responsabilidade civil se encontra hoje em franca expansão, tanto quantitativa quanto qualitativa, através do emprego de indenizações a situações anteriormente não tuteladas pela via da responsabilidade. Esta evolução vai além da concepção clássica ocorrida no início do século XX em decorrência da revolução industrial, mas toma corpo com a massificação das relações sociais e as constantes novidades tecnológicas.

⁹⁰ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*: texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 86.

⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁹² BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 08 març. 2016. Art. 927. “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

⁹³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 16.

Tal panorama, marcado por um escopo de reparação integral dos danos, propiciou, como já se adiantou no tópico da função compensatória da responsabilidade civil, o fomento de um sistema indenizatório caracterizado pelos contratos de seguro. É o que observa Edvaldo Brito, para quem

A teoria objetiva tem criado situações excessivamente onerosas para os que são obrigados a indenizar. Para corrigí-las vem-se admitindo limitação quantitativa da indenização e o seguro, na forma de *socialização* dos riscos. Daí a tendência para ampliar o *seguro obrigatório*.⁹⁵

Esta realidade, ainda que tenha fortalecido a efetividade na reparação dos danos e satisfazer a função ressarcitória da responsabilidade civil, acabou transferindo os riscos da atividade e ferindo a função preventiva deste instituto.⁹⁶ Isto porque, muitas vezes acobertados pelos seguros, os agentes não se sentem coibidos a evitar o dano, resultando mais benéfico financeiramente o pagamento da indenização do que os custos de evitar o cometimento dos danos.

Desse modo, a coletivização e objetivação da responsabilidade civil, em uma perspectiva de reparação dos novos danos advindos da evolução social, por si só, não lograram conferir maior proteção à sociedade frente ao crescimento do potencial ofensivo dos agentes. Isto porque o foco na simplificação da reparação dos danos pela via judicial esfragueceu a função preventiva da responsabilidade, abrindo espaço para considerações sobre uma indenização que ultrapassasse o limite quantitativo do dano, visando punir e dissuadir o ofensor.

Este cenário propiciou a busca de novos mecanismos que lograssem evitar a ocorrência do dano através da eliminação do caráter lucrativo da produção de danos pelos agentes, situação reflete a entrada dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro, conforme será explanado a seguir.

⁹⁵ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*: texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 87.

⁹⁶ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2016, p. 155.

3. SOBRE O PUNITIVE DAMAGE

O *punitive damage*, instituto originário da doutrina anglo-saxônica, incorporou-se ao ordenamento brasileiro em um contexto de necessidade de ampliação da proteção aos danos morais, reflexo da importância conferida aos direitos da personalidade pela CFRB/88.

Amplamente utilizada pela jurisprudência pátria e com aplicação defendida pela doutrina majoritária, a indenização punitiva ainda divide opiniões, em especial acerca da sua adequação aos princípios do sistema jurídico de *civil law*. As controvérsias vão desde questionamentos da compatibilidade do instituto com o princípio da legalidade à forma aplicar o *punitive damage*.

Neste sentido, serão tecidos breves comentários neste capítulo, visando uma melhor compreensão da construção do instituto no ordenamento brasileiro para que se possa posteriormente atingir o objetivo de analisar sua aplicação nas decisões que serão apreciadas, sem intuito, portanto, de esgotar os estudos acerca do tema.

3.1 CONCEITO

Os *punitive damages* podem ser definidos como uma “altamente especial e excepcional forma de indenização ordenado por um tribunal contra um réu onde o ato ou omissão que causou a lide se mostrou particularmente hediondo, malicioso ou que tenha natureza de grave desconsideração ao direito alheio.”⁹⁷

Conforme explica Dan Markel, em princípio, as cortes Anglo-Americanas arbitravam *exemplary damages* em diversas situações a título de compensação por danos morais e punição do ofensor pelo dano causado. Mais recentemente, os *compensatory damages* evoluíram para abarcar esses danos intangíveis, fazendo

⁹⁷ PUNITIVE DAMAGE. *Duhaime's Law Dictionary*. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/PunitiveDamages.aspx>>. Acesso em: 08 abr. 2016. Tradução livre para: “*special and highly exceptional damages ordered by a court against a defendant where the act or omission which caused the suit, was of a particularly heinous, malicious or highhanded nature.*”

com que os *punitive damages* perdessem tal função compensatória.⁹⁸ Assim, destaca o autor, conforme indicado pela Suprema Corte Americana no caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* de 1974, que "*punitive damages* devem ser entendidos como multas privadas quase criminais produzidas para punir e dissuadir a conduta ilícita observada".⁹⁹

Do mesmo modo, a doutrina pátria debruçou-se sobre a definição do instituto, e, para Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, os *punitive damages*

Também chamados exemplar damages, vindictive damages ou smart money, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos compensatory damages, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.¹⁰⁰

André Gustavo Corrêa de Andrade salienta que os *punitive damages* diferem-se dos *compensatory damages*, que conforme o autor “correspondem à tradicional indenização reparatória ou compensatória, pois visam restabelecer a situação patrimonial que a vítima apresentava anteriormente ao dano”. Isto porque, enquanto o valor da indenização por *compensatory damages* seria medido pelo dano sofrido, a indenização punitiva é estabelecida de forma separada nos casos em que o dano é consequência de atitude lesiva caracterizada por negligência, malícia ou opressão grave.”¹⁰¹

O instituto caracteriza-se pela imputação de uma indenização majorada ao autor do dano, que responderá por um valor superior ao correspondente aos prejuízos efetivamente causados à vítima. Tal majoração visa punir civilmente o agente “a partir do ideal de que os danos provocados à pessoa lesada podem ser satisfeitos mediante a imposição de um valor suplementar àquele considerado adequado para suprir o agravo provocado.” Essa punição não constitui um fim em si mesmo, mas

⁹⁸ MARKEL, Dan. *Retributive Damages: a theory of punitive damages as intermediate sanction*. *Cornell Law Review*. Article 7. Vol.94. 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3122&context=clr>. Acesso em: 08 abr. 2016, p. 250.

⁹⁹ Tradução livre para: “*punitive damages should be understood as “quasi-criminal” “private fines” designed to punish and deter the misconduct at issue”*”.

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista CEJ*. jan./mar. 2005, n. 28, p. 15-32. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 mar. 2016, p. 2.

¹⁰¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.186.

objetiva funcionar como instrumento de desestímulo à prática danosa, razão pela qual um dos sinônimos conferidos pela doutrina americana ao *punitive damage* é o de *exemplary damages*.¹⁰²

Em consonância com este entendimento, Carlos Alberto Bittar¹⁰³ aduz a necessidade de o montante indenizatório representar advertência tanto ao agente quanto à sociedade, demonstrando que a ação praticada não é aceita. Para tanto, o valor da indenização deve refletir o patrimônio do lesante de maneira notável, para que este perceba a consequência imputada pela ordem jurídica em decorrência dos efeitos lesivos produzidos por sua ação.

3.2 A PERSPECTIVA HISTÓRICA DO *PUNITIVE DAMAGE*: UMA ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DA APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE* NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A construção da concepção atual do *punitive damage* no Brasil sofreu forte influência da evolução histórica do instituto no direito anglo-saxão, notadamente das controvérsias surgidas das diferenças entre o sistema de *civil* e *common law*, o que influenciou em especial os critérios apontados pela doutrina a serem observados na concessão das indenizações punitivas pela jurisprudência.

O histórico do *punitive damage*, apontam Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler¹⁰⁴, remonta à primeira previsão de uma indenização múltipla do direito anglo-saxônico, ocorrida com o *Statute of Councester*, da Inglaterra, em 1278. A origem do instituto está ligada aos danos morais, quando, em 1760, as cortes inglesas começaram a conceder grandes somas de indenização adicional a título de compensação por “*mental sufferin*”, “*wounded dignity*” e “*injured feelings*”, referindo-

¹⁰² RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 12 abr. 2016, p. 228.

¹⁰³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 233.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista CEJ*. jan./mar. 2005, n. 28, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 mar. 2016, p. 4.

se a elas como *exemplary damages* que visavam não apenas compensar o lesado pelo prejuízo sofrido, mas punir o ofensor pela conduta ilícita.

O surgimento do instituto no direito norte-americano remonta ao caso *Genry vs. Norris*, quando em 1784 um médico foi sancionado por, em razão de uma brincadeira ter ministrado a seu paciente uma droga em princípio inofensiva, mas que ocasionou graves dores ao mesmo. Posteriormente foi registrado em 1791 no país o caso *Coryell vs. Colbaugh*, onde dessa vez um homem foi punido por violação grave da honra de sua noiva ao abandoná-la sabendo estava grávida dele.¹⁰⁵

Com a evolução do instituto nos Estados Unidos e na Inglaterra do século XIX, os *actual damages*, categoria que abarca os danos efetivamente sofridos pela vítima em uma perspectiva compensatória, foram ampliados para englobar os danos intangíveis. Assim, os *exemplary damages* deixaram de consagrar a função compensatória e passaram a ser utilizados pelas cortes somente como referência ao “*punishment*” e “*deterrence*”.

Cass Sustein, Daniel Kajneman e David Schkade, tratando da perspectiva tradicional do instituto no ordenamento norte-americano, aduzem que

“*Punitive Damages* são necessários a correr atrás de malfetores indetectados. Desse ponto de vista, o objetivo do *punitive damage* é garantir que a cessão de *compensatory damages* seja suplementada por uma quantia que reflita o fato de que a probabilidade dessa cessão é menor que 100%. A conclusão mais simples é que os danos totais devem ser a compensação do dano multiplicada pela recíproca da probabilidade de que o réu será visto como responsável quando este o for; *punitive damages* consistiriam então no excesso do total de danos sobre os *compensatory damages*.”¹⁰⁶

Ainda, os autores aduzem a outras duas situações onde tradicionalmente a jurisprudência americana utilizava os *punitive damages*, quais sejam “*cases in which a social judgment has been, and should be, made that certain subjective gains ought not to be allowed to count at all*” e os casos em que os *compensatory damages* se

¹⁰⁵ PIRES, Fernanda Ivo. Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação. Curitiba: Juruá, 2014, p. 174.

¹⁰⁶ SUSTEIN, Cass R.; KAJNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper. n. 50, 1997. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/65/>. Acesso em: 10 abr. 2016, p. 13. Tradução livre para: “Punitive damages are necessary to pick up the slack for undetected wrongdoers. Under this view, the goal of punitive damages is to ensure that the award of compensatory damages is supplemented by an amount reflecting the fact that the probability of that award is less than 100%. The simplest conclusion is that total damages should be the harm multiplied by the reciprocal of the probability than the defendant will be found liable when he should be found liable; punitive damages would then consist of the excess of total damages over compensatory damages.”

mostram insuficientes, de maneira que “se as indenizações compensatórias são sistematicamente baixas, e se os custos do cálculo são altos, o montante arbitrado para *punitive damages* pode aproximar o sistema legal do *optimal deterrence*.”¹⁰⁷

Neste sentido, os *punitive damages* ganharam notoriedade no ordenamento norte-americano do século XX, momento em que começaram a ser adotados por diversos outros ordenamentos. Ocorre que, conforme aponta o professor Thiago Borges¹⁰⁸, existem diferenças substanciais entre o sistema de responsabilidade civil dos países da família do *civil law* com os da família do *common law*, predominando, mesmo nestes últimos, os *compensatory damages* (danos que corresponderiam ao sistema de reparação que prevalece nos países de *civil law*) em comparação aos *punitive damages*, que seriam usados somente de maneira excepcional.

Foi no ordenamento norte-americano também que surgiram as primeiras preocupações sobre a necessidade de limitar e regular o uso do *punitive damage*, em decorrência da concessão de indenizações desarrazoadas em casos emblemáticos como o BMW of North America, Inc. v. Gore, de 1996 e o Liebeck v. McDonald's Restaurants de 1994.

Os questionamentos acerca da constitucionalidade dessas decisões influenciaram a Suprema Corte americana a decidir que a ausência de razoabilidade dessas indenizações afrontava a *Due Process Clause*, indicando assim três parâmetros a serem considerados na fixação de indenizações a título de *punitive damage*. O primeiro seria a “disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*”, a “diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes” e “o grau de reprovabilidade da conduta do réu”, este último mensurado por fatores como a natureza do prejuízo causado, a vulnerabilidade financeira da vítima, a

¹⁰⁷ SUSTEIN, Cass R.; KAJNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. *Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper. n. 50, 1997. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/65/>. Acesso em: 10 abr. 2016. p. 15. Tradução livre para: “if compensatory awards are systematically low, and if calculation costs are high, the amount awarded for punitive damages may move the legal system closer to optimal deterrence.”

¹⁰⁸ BORGES, Thiago Carvalho. *Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>>. Acesso em: 05 de Abril de 2016, p.02.

intencionalidade do resultado, a reiteração da conduta e a indiferença da conduta perante a saúde ou segurança dos demais.¹⁰⁹

Fernanda Ivo Pires salienta que tais critérios são utilizados no ordenamento americano apenas nos casos em que a indenização a título de *compensatory damages* não se mostre suficiente, ou ainda, nos casos em que se faça necessário um maior grau de reprovação e prevenção em razão da elevada culpabilidade do agente.¹¹⁰

Nada obstante, conforme salienta Maria Celina Bodin de Moraes¹¹¹, a definição de tais critérios não parece ter se mostrado suficiente para pacificar a aplicação do instituto no ordenamento norte-americano, de modo que a valoração das indenizações a título de *punitive damage* é apontada pela autora como a grande causadora da crise da responsabilidade civil que os Estados Unidos sofreram a partir dos anos 90.

A discussão sobre as incertezas e incoerências das cortes americanas ao conceder *punitive damages* ganhou nova força com o caso *Philip Morris USA v. Williams*, no qual uma viúva, cujo marido faleceu em decorrência de um câncer de pulmão, processou a empresa fabricante de cigarros alegando que suas propagandas eram fraudulentas por não indicarem todos os riscos que o cigarro acarreta à saúde. A notoriedade do caso adveio da indenização punitiva definida pelo júri em primeira instância, em valor quase cem vezes superior ao arbitrado a título de *compensatory damages*, violando o critério pré-estabelecido no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, que limitava a indenização a título de danos punitivos em até dez vezes o valor dos danos compensatórios, com a justificativa que a empresa já teria causado os mesmos danos a outros cidadãos do estado de Oregon.¹¹²

Mesmo após a reforma da decisão em segunda instância, que reduziu o montante indenizatório, restou a doutrina novas discussões acerca da possibilidade de

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista CEJ*. jan./mar. 2005, n. 28, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 mar. 2016, p. 05.

¹¹⁰ PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 176.

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 252.

¹¹² ZIPURSKY, Benjamin C. *Palsgraf, punitive damages, and preemption*. *Harvard Law Review*. vol. 125. n. 7. 1757. Mai. 2012. Disponível em: <<http://harvardlawreview.org/2012/05/palsgraf-punitive-damages-and-preemption/>>. Acesso em: 05 abr. 2016, p. 16.

arbitrar-se indenização utilizando como fundamentos sujeitos que não estão na relação processual, assim como sobre o limite na quantificação das indenizações a título de *punitive damage*.

Tais dificuldades na aplicação do instituto no âmbito do ordenamento estrangeiro suscitaram resistências por parte significativa da doutrina à sua utilização no direito brasileiro, seja pelos problemas de adequação das diferenças existentes no sistema de *civil law* e *common law*, seja pelas incertezas que ainda permeiam o instituto no direito norte-americano.

3.2.1 Previsão legal e construção doutrinária

A doutrina majoritária brasileira, tal como a jurisprudência dos tribunais superiores, defende atualmente a utilização da indenização punitiva pelo ordenamento pátrio, e, para tanto, previu critérios que regulem sua aplicação. Estes critérios visam fazer frente tanto às críticas já discutidas no ordenamento estrangeiro, quanto as provenientes da necessidade de adequação dos *punitive damages* a realidade de responsabilidade civil brasileira.

Inicialmente, conforme explicitado no capítulo anterior deste trabalho, pode-se afirmar que a insuficiência das respostas oferecidas pelo caráter ressarcitório da responsabilidade civil propiciou o retorno de sua acepção punitiva, em especial nos casos em que resta mais lucrativo ao ofensor a prática da atividade danosa pela ausência de maior gravidade das consequências advindas do dano. Conforme aduzido por Maria Celina Bodin de Moraes, associado a este fator se encontra a perspectiva de retração do Direito Penal, cuja utilização deve se dar nos casos mais gravosos à ordem social, de modo que este cenário abriu espaço para o retorno deste caráter sancionador da responsabilidade civil.”¹¹³

Este contexto de insuficiência da função ressarcitória abriu espaço inclusive para considerações acerca da ruptura de um dos principais pilares da responsabilidade civil, o dano, ganhando notoriedade os debates na doutrina brasileira acerca da responsabilidade civil sem dano. Sobre o tema, Roberto Paulino de Albuquerque

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista CEJ*. jan./mar. 2005, n. 28, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 mar. 2016, p. 07.

Júnior destaca que não se deve confundir a responsabilidade civil sem dano com o dano punitivo, ainda que seja comum a ambas o destaque da função preventiva e inibitória da responsabilidade civil. Isto porque, para a doutrina brasileira que admite a aplicação dos *punitive damages*, “o dever de reparar danos punitivos caminha conjuntamente com a indenização dos danos provados. Não há, portanto, dano punitivo puro,”¹¹⁴ como seria possível observar na responsabilidade civil sem dano.

Na perspectiva do *punitive damage*, André Gustavo de Andrade vai além ao aduzir que a exceção da regra de reparação integral, trazida no parágrafo único do art. 994 do CC, representa uma “inclinação, ainda que inconsciente, em direção às finalidades preventiva e punitiva da responsabilidade civil”, já que esta regra indicaria a suficiência da imposição de uma indenização parcial para o agente, nos casos de culpa mais leve.¹¹⁵

Assim, a doutrina favorável ao *punitive damage* aduz sua compatibilidade com o ordenamento pátrio, mesmo na ausência de previsão legal, por defenderem como base lógico-jurídica do instituto o princípio fundamental da dignidade humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CFRB/88.¹¹⁶

Destarte, a indenização punitiva surge no ordenamento brasileiro com estreita relação com a proteção a lesão e ameaça de lesão a princípios constitucionais, visando à efetivação desses mandamentos, o que explica sua relação com as ações de indenização por danos morais, conforme será abordado ao final deste capítulo. A acepção punitiva da indenização logra conferir maior efetividade a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade, de uma maneira que a perspectiva compensatória da reparação não realiza. Isto porque, a imposição de uma sanção se configura como um meio de desestímulo à repetição das práticas danosas, tanto perante o ofensor quanto perante a sociedade como um todo.¹¹⁷

Nesta esteira, não se mostra razoável esperar formulação de lei expressa que preveja a punição de ofensa à “cláusula geral de dignidade”, que pela sua própria

¹¹⁴ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.6, jan./mar. 2016, p. 100.

¹¹⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 237.

¹¹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 238.

natureza autoriza o juiz a participar ativamente da formulação da norma, baseando-se nos preceitos de dignidade existentes para prever as consequências resultantes de sua violação.¹¹⁸

Trata-se de uma justificativa substancialmente moral, nos casos em que a indenização a título de reparação não for capaz de constituir penalização suficiente para o ofensor, que pode, inclusive, se sentir estimulado a reiterar suas ações, se faz necessário acrescer um montante ao valor da indenização, que logre ao mesmo tempo, punir e desestimular.¹¹⁹

Noutro giro, tal argumento encontra crítica mesmo entre os que advogam pela aplicação da indenização punitiva no Brasil. É o caso do autor Pedro Serpa, que, reconhecendo a importância da indenização punitiva como meio de proteção aos princípios constitucionais, não acredita que seja possível extrair deles o fundamento legal para sua utilização, visto que tal entendimento culminaria na violação do princípio da reserva legal, cuja base é o próprio princípio da dignidade da pessoa humana invocado. Desse modo, o princípio da reserva legal é “princípio basilar do Estado Democrático de Direito que, também a seu modo, procura garantir a segurança da vida privada.”¹²⁰

Ainda, aduz o autor tratar-se de contrassenso a defesa de uma função educativa, seja punitiva ou preventiva, quando não há prévia cominação legal, posto que, seria obrigatório para a efetividade de tais funções o conhecimento prévio e adequado do potencial ofensor acerca dos comportamentos passíveis de sanção e como tal sanção será medida e aplicada. Desse modo, por tratar-se de ordenamento de raiz romano-germânica, tal conhecimento se daria somente através de prévia construção legal.¹²¹

Este é o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, pra quem

¹¹⁸ MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do código civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). *Novo Código Civil Questões Controvertidas*. v.5. São Paulo: Método, 2006, p. 114.

¹¹⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 175.

¹²⁰ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 20 abr. 2016, p. 224.

¹²¹ *Ibidem*, p. 225.

a solução que se apresenta mais condizente com o instituto da pena privada, ou do caráter punitivo, na responsabilidade civil é normatizar as *fattispecie* merecedoras, do ponto de vista do legislador democrático, de aplicação de pena pecuniária. A questão é, evidentemente, de ordem filosófica e de ordem sociológica e, sucessivamente, de política legislativa, hipóteses para as quais serão sempre insuficientes as soluções (necessariamente) casuísticas da jurisprudência.¹²²

A ausência de previsão legal gera críticas, ainda, no tocante a possível violação ao princípio da *nulla poena sine lege*. Em defesa da sua compatibilidade com o *punitive damage*, Salomão Resedá sustenta que não se pode comparar a gravidade de uma prática como de homicídio às tratadas no âmbito da indenização punitiva, uma vez que os atos gravosos civis, ainda que gerem instabilidade social como os penais, não o fazem em um patamar necessário para serem considerados criminais. Assim, o *punitive damage*, defendido pelo autor como instrumento de auxílio ao juiz na busca manutenção da paz social, pois demonstra ao autor que seu ato gerou consequências intoleráveis pela sociedade, não poderia ser acobertado pelo *nulla poena sine lege*.¹²³

Este é o entendimento de Fernanda Ivo Pires, para quem o inciso XXXIX do artigo 5º da CFRB/88 deve ser interpretado de forma sistemática e teleológica, de modo que a pena a qual tal artigo se refere é a decorrente do cometimento de um crime, por seu caráter mais gravoso inclusive com possibilidade de privação da liberdade. Desse modo, não haveria aplicação deste princípio nos casos de responsabilidade civil.¹²⁴

Em outra perspectiva, Pedro Serpa defende a impossibilidade de diferenciação das sanções punitivas oriundas do direito privado e público pelo seu “fator estigmatizante” ou qualquer diferenciação estrutural que busque retirar as indenizações punitivas da incidência de aplicação do princípio da reserva legal. Isto porque, conforme o entendimento do jurista, não é exclusividade do âmbito penal a característica estigmatizante e gravosa da sanção. Neste sentido, somente existiriam diferenças de funções, e não de estrutura, entre as sanções punitivas civis

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 227.

¹²³ RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 12 abr. 2016, p. 280.

¹²⁴ PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 255.

e penais, de modo que as sanções punitivas de outros ramos que não o Direito Penal também poderiam envolver restrição ou suspensão de direitos do agente.¹²⁵

Outra crítica relevante à aplicação dos *punitive damages*, já mencionada neste trabalho como um dos principais problemas enfrentados pelo ordenamento norte-americano na aplicação do instituto é o perigo da utilização destas indenizações como forma de enriquecimento sem causa da vítima, em uma realidade de ausência de definição legal de critérios a serem usados pelo magistrado para quantificar o montante indenizatório.

O mencionado aspecto traduz-se em um questionamento de ordem moral, a entrega de uma indenização a vítima em valor superior ao dano efetivamente sofrido consistiria em claro enriquecimento ilícito, uma vez que seria ela a destinatária de benefício advindo de uma penalidade e desestímulo que seria de interesse não só dela como de toda a sociedade.¹²⁶

Neste sentido, Thiago Borges Carvalho ressalta a insegurança da jurisprudência pátria na fixação de indenizações a título de danos punitivos, uma vez que, ainda que a doutrina defenda a utilização do enriquecimento sem causa como critério para que não se ultrapasse a indenização considerada suficiente, não há maiores definições acerca do modo com essa limitação deve ser feita. De fato, defende o autor que, como o enriquecimento sem causa “ocorre quando se dá qualquer acréscimo patrimonial sem justa causa jurídica”, ele estaria configurado no próprio ato do magistrado majorar uma indenização a título de compensação de dano moral, arbitrada com valor entendido como satisfatório, sem fundamento legal.¹²⁷

Em perspectiva diametralmente oposta, Fernanda Ivo Pires¹²⁸ defende que não há que se falar em enriquecimento sem causa da vítima, porque a causa existente é o ato ilícito perpetrado pela parte contrária. A autora afirma que, mais relevante ainda

¹²⁵ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2016, p. 221.

¹²⁶ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.177.

¹²⁷ BORGES, Thiago Carvalho. *Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>>. Acesso em: 05 de Abril de 2016, p. 12.

¹²⁸ PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 257.

é o bem estar social, defendido como causa fundamental para a indenização punitiva.

Objetivando eliminar o problema do enriquecimento sem causa da vítima, Diogo L. Machado de Melo defende a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais. Segundo o autor, em face da importância dos direitos constitucionais em apreciação, assim como dos princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, é de extrema importância o emprego da função punitiva, porém, devendo ser destinada a parte a título de punição para o benefício da própria sociedade.¹²⁹

Maria Celina Bodin de Moraes menciona outro questionamento relevante quanto a adequação dos *punitive damages* ao ordenamento pátrio, salientando que significativa parte dos danos morais passíveis de imposição de caráter punitivo também podem ser considerados crimes, de modo que incide sobre eles o Direito Penal. Nesta esteira, é possível que o ofensor acabe sendo punido mais de uma vez em ambas as esferas cível e penal, situação em que, “abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*.”¹³⁰

Há quem questione, inclusive, a necessidade de acrescentar uma indenização punitiva ao montante indenizatório dos danos compensatórios para coibir novas práticas danosas. De acordo com tal entendimento, a simples certeza de indenização nos casos de lesão a direitos da personalidade, em montante medido pela extensão do dano, já seria suficiente para, mesmo que indiretamente, desestimular novos atos danosos.¹³¹

Como é sabido, as críticas doutrinárias supramencionadas não impediram a aplicação do *punitive damage* no Brasil, mas serviram de ponto de partida para os que defendem que a insuficiência do caráter compensatório da responsabilidade civil brasileira deve ser suprida pela indenização punitiva, dando ensejo à estruturação

¹²⁹ MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do código civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). *Novo Código Civil Questões Controvertidas*. v.5. São Paulo: Método, 2006, p. 115.

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 260.

¹³¹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177.

de critérios que visam, se não erigir, limitar os riscos à higidez do ordenamento pátrio provenientes da aplicação da indenização punitiva pela jurisprudência.

3.2.2 Critérios jurisprudenciais e doutrinários considerados na utilização e quantificação do *punitive damage*

A doutrina brasileira estruturou alguns critérios visando conferir maior segurança à utilização da indenização punitiva pelos magistrados brasileiros, visto que o CC não prevê este tipo de indenização, mas estabelece em seu art. 994 que a extensão é medida pelo dano. Em verdade, a própria exceção trazida pelo código, no parágrafo único deste artigo, não retira o caráter compensatório da indenização, mas reafirma que tal compensação pode não ocorrer de forma integral caso não haja simetria entre o dano e a indenização. O caráter punitivo estaria justamente na oposta possibilidade de majoração da indenização pré-fixada.¹³²

Neste sentido, é necessário ressaltar que não há equivalência entre as funções indenizatória e rescisória típicas das indenizações por danos morais e a indenização punitiva, conforme tem se desprendido de algumas decisões¹³³ na jurisprudência pátria. Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler ressaltam os perigos de tal confusão, uma vez que a indenização punitiva carrega consigo a obrigatoriedade de uma análise subjetiva da responsabilidade, o que não acontece com as indenizações por danos morais como um todo, não sendo compatível portanto com situações de responsabilidade objetiva em que não há análise da conduta do agente.¹³⁴ A própria ideia da Teoria da Pena é fundada no princípio da proporcionalidade entre a reprovabilidade da conduta e a punição consequente, não

¹³² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 236.

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista CEJ*. jan./mar. 2005, n. 28, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 mar. 2016, p.10. Para exemplificar a mencionada confusão da jurisprudência, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler fazem referência à AI 455846/RJ do Supremo Tribunal Federal que se inseriu os *punitive damages* da doutrina americana em ação de indenização a hospital público, que responde de forma objetiva.

sendo possível mensurar o grau de culpa quando não se dispensa uma análise subjetiva da responsabilidade.¹³⁵

Este configura, portanto, o primeiro critério aqui exposto, considerado pela doutrina majoritária como fundamental para o emprego da indenização punitiva pelo magistrado no caso concreto, qual seja a análise subjetiva da conduta do agente.

Nos Estados Unidos, as indenizações a título de *punitive damages* são arbitradas nos casos em que “os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou significativamente (“grotescamente”) negligentes”.¹³⁶ Tal configuração exclui os casos de simples culpa da esfera de aplicação da indenização punitiva, que só será utilizada quando o ofensor atuar com culpa grave ou dolo, sendo este também o entendimento majoritário dos doutrinadores brasileiros.

É o que aduz André Gustavo de Andrade, para quem a determinação do grau de culpa da conduta do agente é fundamental para a aplicação da indenização punitiva, não havendo que se falar em semelhante indenização, em princípio, para outros casos que não danos morais decorrentes de dolo ou culpa grave, com especial reprovação do comportamento do agente. De acordo com o jurista, deve haver convicção da intenção lesiva do autor, ainda que seja apenas de sua indiferença ou desprezo para com o direito de *outrem*.¹³⁷

A referida perspectiva possui a peculiaridade de fortalecer o elemento da culpa, cada vez menos referenciado em razão da tendência de objetivação da responsabilidade civil na atualidade. No entanto, não se deve confundir a essencialidade deste elemento no arbitramento de uma punição ao agente nas ações de indenização por danos morais, com uma tendência de retorno da

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista CEJ*. jan./mar. 2005, n. 28, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 mar. 2016, p.10.

¹³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr./jun. 2004, p. 56.

¹³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 265.

predominância do viés subjetivo da responsabilidade civil em detrimento do objetivo, que mantém sua importância no contexto de responsabilidade civil atual.¹³⁸

Embora a análise da conduta do autor aduza às ações de responsabilidade subjetiva, parte da doutrina salienta a existência de compatibilidade entre o emprego da indenização punitiva e as ações de responsabilidade objetiva, desde que seja produzida pela parte autora no processo a prova do dolo ou culpa do réu. Isto porque, conforme tal entendimento, a responsabilidade objetiva não seria necessariamente a ausência de culpa ou dolo, mas sim a irrelevância da prova desses elementos para a configuração da responsabilidade civil.¹³⁹

A responsabilidade objetiva, portanto, impõe o dever de responder de maneira direta pela ação causadora de danos, sendo insignificante perquirir aspectos subjetivos do agente. Ocorre que, objetivando a aplicação dos *punitive damages*, não haveria impedimento para a realização de uma análise dos elementos subjetivos do agente, devendo-se, desse modo, “separar a forma como a lei encara as consequências do ato danoso, com o requisito necessário para a aplicação deste instituto.”¹⁴⁰

Feitas tais considerações, deve-se salientar ainda que o requisito de elevada gravidade da culpa do agente pode se originar tanto das circunstâncias em que a ação foi praticada, quanto da reiteração da prática sancionada. Nesses últimos casos, ao identificar um padrão de negligência na reiteração das condutas danosas praticadas pelo agente, é possível que este constitua o fundamento para a indenização punitiva, ainda que a prática vista de forma isolada não acarretasse, a princípio, a culpa grave.¹⁴¹

A preocupação da doutrina com a análise subjetiva da conduta do agente reflete a gravidade das consequências advindas da utilização da indenização punitiva, onde, através delas, o ordenamento jurídico visa demonstrar a reprovabilidade da postura adotada pelo ofensor. Desse modo, se faz necessário que as situações em que os

¹³⁸ BORGES, Thiago Carvalho. *Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>>. Acesso em: 05 de Abril de 2016, p.11.

¹³⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 271.

¹⁴⁰ RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 13 abr. 2016, p. 266.

¹⁴¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.* 2009, p. 267.

exemplary damages venham a ser adotados ameacem a estabilidade das relações sociais.¹⁴²

Desta forma, não justificam a utilização dos *punitive damages* as ações decorrentes de culpa leve por ausência do dever de cuidado exigível do chamado homem médio no contexto em que se deu a ação, ou culpa levíssima, nas situações em que a culpa se configura pela inobservância de um dever de cuidado extremo, “próprio do homem prudentíssimo.”¹⁴³

Superada tal discussão, há que se falar nos demais critérios construídos visando direcionar a prática do arbitramento da indenização punitiva, sempre conectados com os objetivos de punir e prevenir comportamentos semelhantes ao causador do dano e não com a compensação da vítima. Para tanto, a doutrina indica a necessidade de o magistrado, ao arbitrar a indenização, separar os montantes fixados a título de compensação e punição.

Esta prática permite o controle quanto à proporcionalidade do montante indenizatório arbitrado a título de compensação da vítima e a título de indenização punitiva na decisão, separando-os, ainda, de possível indenização a dano material existente. Desse modo, a sociedade poderá observar a gravidade atribuída a reprovabilidade da conduta, efetivando-se assim, o caráter educativo de prevenção desta indenização.¹⁴⁴

Embora tratar-se de recomendação relevante, a análise da prática forense leva a perceber que

Em grande parte das vezes as indenizações não são calculadas em duas partes, uma compensatória e outra punitiva, o que dificulta a defesa. Desde a petição inicial já se formula um único pedido de indenização, incorporando o aspecto reparatório-compensatório e o caráter punitivo. A sentença é proferida no mesmo sentido, aplicando uma condenação em bloco, sem distinguir o quantum de cada espécie. Esta prática dificulta não somente a defesa e a possibilidade de recurso, mas também a julgamento do magistrado sobre o valor atribuído em caráter de punição.¹⁴⁵

¹⁴² RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 20 mai. 2016, p. 263.

¹⁴³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 267.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 299.

¹⁴⁵ BORGES, Thiago Carvalho. Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>. Acesso em: 05 de Abril de 2016. p.13.

Neste sentido, entende Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴⁶ carecer de razoabilidade a possibilidade de imposição de uma sanção pecuniária a alguém na ausência de critérios que permitam definir seu montante. Para a autora, mais benéfico para a persecução das finalidades preventiva e punitiva do *punitive damage* seria que tal valor estivesse destacado claramente dos demais.

Defende-se, inclusive, a necessidade de estabelecer a indenização punitiva não só como um acréscimo a indenização ressarcitória, mas sim arbitrada através de um capítulo especial na sentença, que indique não só o montante definido a este caráter para fins de verificação e assegurar o direito a recurso, mas também a fórmula utilizada para o cálculo, visando garantir o acesso do réu a ampla defesa.¹⁴⁷

Sobre a análise das condições pessoais do ofensor e da vítima na fixação do montante indenizatório, é importante que tal parâmetro não seja traduzido na máxima de determinar indenizações maiores a quem tem mais poder aquisitivo, mas sim de procurar um valor que satisfaça o escopo de desestímulo da prática lesiva.¹⁴⁸

Assim como os demais citados anteriormente, tal critério não se aplica a indenização a título de compensação dos danos materiais ou morais, mas de forma exclusiva aos *punitive damages*. Sua razão de ser está na necessidade de análise das características econômicas do agente para quantificar um montante indenizatório que logre desestimular a prática da conduta que afronta o ordenamento jurídico, de modo que o réu não encontre vantagem econômica na sua reiteração.¹⁴⁹

A análise deve ser feita com cautela, atentando ao fato que não deve a indenização imputada ao agente causar-lhe ruína, mas sim repercutir no seu patrimônio financeiro, de maneira tal que o estimule a evitar comportamentos semelhantes, tanto ele quanto potenciais ofensores e demais concorrentes.¹⁵⁰

¹⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 328-329.

¹⁴⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 181.

¹⁴⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 302.

¹⁴⁹ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2016, p. 328.

¹⁵⁰ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 138.

Nesta esteira, Caroline Vaz utiliza como exemplo a ausência de razoabilidade em conferir uma condenação pecuniária com objetivo de punir e dissuadir uma microempresa, em valor semelhante ao arbitrado para uma empresa multinacional. Do mesmo modo, a autora pondera que, em geral, pessoas físicas possuem patrimônios menores que pessoas jurídicas, que poderão assim arcar com indenizações maiores. Ainda, não se pode querer arbitrar indenizações em valores semelhantes a pessoas físicas que recebam um salário mínimo e as que exercem atividades que possuem remuneração superior.¹⁵¹

Questão relevante a ser considerada neste critério é que, ao conferir destaque somente à figura do ofensor a quem a punição perpetrada pela indenização se destina, ignora-se que este montante tem como destinatário a vítima do dano. Desse modo, cria-se a aberração de conceder indenizações de montantes distintos a vítimas que tenham sofrido o mesmo em seus direitos da personalidade. Esta crítica relaciona-se ao já mencionado problema do enriquecimento sem causa das vítimas, motivo pelo qual parte da doutrina defende a destinação das indenizações a fundos públicos.¹⁵²

Destaca-se a pertinência deste critério nos casos que tenham como sujeito passivo ofensores para quem “os custos da obediência da Lei, para evitar a ocorrência do prejuízo (“*costs of compilance*”) são mais altos do que aqueles custos nos quais ele irá incorrer para reparar o prejuízo (“*costs of liability*”).”¹⁵³ Em tais situações, a eficácia da indenização punitiva dependerá da observância do caráter econômico-financeiro do agente, em especial aqueles cuja prática está ligada ao exercício de atividade econômica, devendo a sanção ser mais custosa que as adequações necessárias para obediência a legislação.

Por outro lado, em nada contribui para o alcance dos efeitos punitivo e preventivo dos *punitive damages* a análise da situação econômica da vítima, não devendo tal critério ser levado em consideração quando da determinação do valor da indenização. Semelhante análise pode constituir-se, inclusive, em estímulo para a

¹⁵¹ VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 139.

¹⁵² Vide referência 117.

¹⁵³ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2016, p. 329.

fixação de indenizações maiores a personalidades e pessoas com maior poder aquisitivo, servindo de critério discriminatório ao valorar de maneira diferente atributos personalíssimos de vítimas diferentes em decorrência de suas condições sociais.¹⁵⁴

Finalmente, há que se falar na análise da obtenção de lucro pelo agente com a prática danosa. Este lucro, em muitos casos, não será facilmente apurado, de modo que parte da doutrina defende ser suficiente o juízo positivo de probabilidade de sua ocorrência, mesmo que determinação precisa de seu montante. Nesses casos, ficaria a critério do juiz estabelecer o valor da indenização por estimativa, através do uso de presunções e analogias.¹⁵⁵

Mostra-se razoável a aplicação do *punitive damage* nos casos em que há reincidência da conduta contrária ao ordenamento, agravada pelo escopo do ganho econômico com tal reiteração, porém, em entendimento contrário ao supracitado, parte da doutrina defende a necessidade de prova nos autos do montante auferido como lucro, com exceção dos casos em que tal ganho for notório, a exemplo de instituições financeiras, empresas de telefonia, como acontece na prática. Para estes agentes passivos, é sabido que os custos para prevenir acidentes sobrepõem os custos para arcar com as indenizações para ressarcir os danos causados, de modo que a indenização punitiva vem, fundamentada no princípio da função social da propriedade e da livre iniciativa, constituindo justa exceção ao princípio da anterioridade da pena, para inibir os danos causados por estes sujeitos.¹⁵⁶

Tamanha é a relevância deste critério que, inclusive dentre os doutrinadores que se mostram contra a utilização dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro, excepcionam este entendimento para defender sua utilização nos casos em que o dano se constituir em fonte de lucro para o ofensor. Para tanto, exemplifica-se os casos de veículos de comunicação em massa que violam direitos da personalidade visando auferir lucro com a venda do seu produto, e as relações de consumo em

¹⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano moral e indenização punitiva: Os *punitive damages* na experiência do Common Law e na Perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P.303.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 309.

¹⁵⁶ BORGES, Thiago Carvalho. *Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>>. Acesso em: 05 de Abril de 2016, p.17.

massa, situações em que o ofensor lucra mesmo após o pagamento dos danos morais e materiais.¹⁵⁷

3.3 A RELAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE* COM AS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Ultrapassadas as discussões acerca da ressarcibilidade do dano moral, modalidade de dano cujas peculiaridades já foram objeto de atenção neste trabalho, se tornaram corriqueiras as ações de indenização que visam pleitear esta forma de reparação no ordenamento brasileiro, contexto em que se desenvolveram também as indenizações punitivas.

A CFRB/88 inovou ao prever questões inerentes a diversos ramos do direito, tendo por objetivo à persecução dos direitos fundamentais da pessoa humana. Neste sentido, não há como negar que a violação desses princípios acarreta danos não só à vítima, mas a toda sociedade, que sofre com a instabilidade social decorrente da reiteração de condutas gravosas para a ordem jurídica. Os danos punitivos surgem nesta perspectiva como um instrumento de proteção social, que se traduz em uma “sanção imposta pela sociedade na busca pela viabilização dos pilares constitucionais instituídos em seu art. 1º.”¹⁵⁸

As próprias resistências à reparação pecuniária de algumas categorias de danos morais, cuja indenização encontrava barreiras de cunho moral por serem consideradas como o “dinheiro da dor”, foram se enfraquecendo ao encontrar na estrutura da pena privada justificativa plausível para retirar o caráter puramente simbólico dessas indenizações.¹⁵⁹

Nada obstante a Suprema Corte norte-americana distinguir os danos que causem prejuízos meramente econômicos e os que causem danos à vida humana, conferindo maior gravidade aos últimos, os *punitive damages* são aplicados em

¹⁵⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177.

¹⁵⁸ RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 20 mai. 2016, p. 301.

¹⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr./jun. 2004, p. 52.

qualquer tipo de dano no ordenamento norte americano, uma vez que a indenização punitiva não tem como escopo principal o ressarcimento do lesado, mas sim sua punição e a prevenção dos danos.¹⁶⁰

Em entendimento oposto, conforme pode ser constatado através da análise da construção doutrinária sobre o tema, realizada neste trabalho, a aplicação da indenização punitiva no contexto de danos materiais é majoritariamente rechaçada pela doutrina brasileira. Note-se que a ausência de regra expressa neste sentido, em face da regra de que a indenização se mede pela extensão do dano, constitui obstáculo relevante à discussão do *punitive damage* fora do âmbito moral.¹⁶¹

O caráter imaterial do dano moral impossibilita sua mensuração econômica, de modo que há uma mitigação da regra que determina a correspondência entre a extensão do dano e o montante indenizatório. Ainda, que sejam utilizados mecanismos para aferir a proporcionalidade de uma indenização a título de danos morais, não há como se medir com exatidão a proporção econômica do dano.¹⁶² Por este motivo, atrelado a vasta proteção conferida pela Carta Magna aos direitos da personalidade, a doutrina defende não haver barreiras legais que justifiquem a impossibilidade de aplicação do *punitive damage* nas ações de indenização por danos morais.¹⁶³

Em conclusão, após tecer análise sobre a construção doutrinária brasileira acerca do ainda controverso tema dos *punitive damages*, em especial os critérios definidores da aplicação do instituto, e relacionar sua relação com as ações de indenização por danos morais, passar-se-á ao objetivo deste trabalho, de analisar o modo como a indenização punitiva está sendo aplicada pela jurisprudência.

¹⁶⁰ SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun. 2007, p. 23.

¹⁶¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 262.

¹⁶² *Ibidem*, p. 264.

¹⁶³ RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 14 abr. 2016, p. 301.

4.1 A APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE* NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS RESULTANTES DE INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS BAIANOS

Feitas as devidas considerações acerca da construção doutrinária em torno dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro, resta analisar sua correspondência com a realidade prática de aplicação deste instituto pela jurisprudência. Serão objetos de apreciação nas decisões judiciais elementos como as críticas dos autores à imprecisão na fixação do acréscimo indenizatório a título punitivo e os critérios subjetivos e objetivos justificadores do emprego deste instituto nos casos concretos.

Para tanto, serão utilizados dados referentes às sentenças proferidas em ações de indenização por danos morais resultantes da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes por instituições financeiras. As considerações acerca de tais decisões, proferidas no âmbito dos juizados especiais cíveis do estado da Bahia, foram extraídas de um banco de dados confeccionado em ambiente acadêmico. Resta salientar, desde logo, que a seguinte análise é limitada pelo universo de pesquisa escolhido.

4.1 SOBRE A PESQUISA

Os dados das decisões judiciais a serem analisados foram obtidos a partir do trabalho realizado pelo grupo de pesquisa de Dano da faculdade Baiana de Direito. Formado no mês de Outubro de 2013, o grupo foi composto por alunos da instituição orientados pelos professores Ruy Andrade e Carolina Mascarenhas com o apoio do professor Maurício Requião.

A pesquisa, realizada através do método quantitativo com análise qualitativa dos dados, resultou na edição de um banco que reuniu informações acerca das ações de indenização por danos morais resultantes da inscrição indevida de clientes no cadastro de inadimplentes por instituições financeiras, tramitadas nos juizados baianos. O objetivo da produção desta pesquisa foi traçar um perfil destas ações, identificando quais fatores influenciam no arbitramento dos montantes

indenizatórios, visto que a prática forense muitas vezes acusa uma percepção de ausência de uniformidade nas indenizações.

Desse modo, para a definição da amostra utilizada na pesquisa, estabeleceu-se o lapso temporal de processos com “Data de Distribuição Inicial” a partir de 01 de Janeiro de 2010 e “Data de Distribuição Final” até 31 de Dezembro de 2013, através da utilização dos filtros encontrados no site Projudi-Ba¹⁶⁴. Ainda, foram aplicados mais dois filtros do site para restringir a pesquisa aos processos com status de “arquivados”, e com o assunto “6226”, que corresponde às ações supramencionadas, o que resultou em um montante de 18.402 processos.

Neste sentido, foram relacionados 78 juizados baianos, sendo posteriormente descartados os que acusaram um número de processos inferior a 10¹⁶⁵, restando, portanto, 62 juizados a serem considerados. Visando garantir um grau de confiabilidade de 95% e consequente margem de erro de 5% à pesquisa, fixou-se o número de 362 processos a serem analisados na coleta de dados.¹⁶⁶

Desse modo, cada pesquisador examinou os processos que lhes foram atribuídos alimentando uma matriz de dados do programa Acess com as informações relevantes, gerando assim o banco de dados posteriormente consolidado.

4.2 ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Inicialmente, cumpre salientar que este trabalho reduziu o universo de análise das 362 decisões para 114, número obtido através da utilização de filtros que selecionaram apenas as ações que obtiveram sentença procedente ou procedente em parte. Isto porque, o objetivo principal desta análise é entender de que maneira a

¹⁶⁴ www.projudi.tjba.jus.br

¹⁶⁵ Utilizando este critério, foram desconsiderados os seguintes juizados: Juizado Especial Cível de Apoio da Boca do Rio, Salvador/BA; o Juizado Especial Cível de Apoio – Barreiras/BA; o Juizado Especial Cível e Criminal de Brumado/BA; 2ª Vara do Sistema dos Juizados de Camaçari/BA; o Juizado Especial Cível e Criminal de Coaraci/BA; Juizado Especial Cível de Euclides da Cunha/BA; Juizado Especial Cível de Apoio de Eunápolis/BA; a 1ª Vara do Sistema dos Juizados de Feira de Santana/BA; o Juizado Especial Cível de Apoio de Ilhéus/BA; 3ª Vara do Sistema dos Juizados de Ilhéus/BA; Juizado Especial Cível - Extensão UESC; 3ª Vara do Sistema do Juizado, Mat., Itabuna/BA; 1ª Vara do Sistema dos Juizados de Lauro de Feiras/BA; o Juizado Esp. Cível e Criminal de Riachão do Jacuípe/BA; Juizado Esp. Cível de Apoio de Teixeira de Freitas/BA; 1ª Vara do Sistema dos Juizados de Vitória da Conquista/BA.

¹⁶⁶ O cálculo desta amostra foi realizado através de calculadora científica considerando o universo de processos a serem analisados de 18.402 e o nível de confiança desejado pelo grupo de 95%.

indenização punitiva é aplicada pelos julgadores, o que não poderia ser realizado através da análise de sentenças distintas das filtradas.

Não foram consideradas, ainda, as decisões que se restringiram a homologar acordo firmado entre as partes, assim como aquelas que indeferiram o pedido de indenização por danos morais, restando assim, um universo de pesquisa de 80 decisões. Ademais, ressalte-se que a análise se limitará às sentenças proferidas no âmbito do primeiro grau dos juizados, não serão consideradas possíveis alterações provenientes de recursos modificativos proferidos pelas Turmas Recursais dos juizados baianos.

Feitas tais ressalvas, passar-se-á a análise das decisões que deferiram pedidos de indenização por danos morais resultante de inscrição indevida no cadastro de inadimplentes por instituições financeiras. O objetivo precípua deste trabalho será observar de que maneira os julgadores utilizam a indenização punitiva nos fundamentos das decisões observadas, cujo formato criado pela lei 9.099/95 traz, pela sua celeridade característica, sentenças menos formais e sem extensa fundamentação.

4.2.1 (In) Coerência entre os critérios justificadores da utilização do *punitive damage* indicados pela doutrina e os observados nas decisões judiciais

As considerações tecidas no capítulo acerca dos *punitive damages* permitem elencar três principais critérios defendidos como indispensáveis a aplicação do instituto no ordenamento brasileiro. O primeiro deles é a análise subjetiva da conduta do réu, seguido pela separação dos valores a título de ressarcimento de danos morais dos valores referentes a danos punitivos na sentença e, por fim, a análise das condições pessoais do ofensor.

Em princípio, se faz necessário destacar que os réus das ações analisadas são instituições financeiras de grande porte que promoveram a negativação indevida dos clientes, em especial por motivos de fraude, contrato abusivo ou erro operacional. Assim, na aplicação do critério de análise das condições econômicas do ofensor, infere-se que, por tratar-se de pessoas jurídicas de notório poderio econômico, a concretização de um caráter punitivo dentro do escopo de punir e inibir a reiteração

da prática que gerou o dano depende da fixação de uma indenização com valor compatível com tal capacidade.

Neste sentido, conforme mencionado no capítulo anterior, a doutrina confere uma maior importância à análise da condição econômica do réu quando em face de instituição financeira, que tem como foco de sua atividade econômica a exploração de relações de consumo em massa. Conforme mencionado, tais réus demandam a aplicação da indenização punitiva como forma de assegurar que o investimento em mecanismos de segurança para uma melhor prestação de serviço seja financeiramente mais viável em comparação com os prejuízos advindos das reparações dos danos causados com a atividade.

Dentro desta análise está o elemento da análise da aferição de lucro pelos réus com a reiteração da prática ilícita. Em princípio, a doutrina defende a necessidade de prova desse lucro no processo judicial que justifique a concessão da indenização punitiva sob este fundamento. Ocorre que, por ser notório que os custos das instituições financeiras com o investimento em mecanismos para evitar a ocorrência de danos se tornam maiores do que os prejuízos de arcar com as indenizações decorrentes das reiteradas práticas danosas, a própria doutrina já excepciona a necessidade desta prova do lucro nestes casos.

Neste escopo, em que pese a maioria das decisões faça referência a concessão de indenização punitiva como meio de inibir a reiteração o ilícito, em poucas delas foi efetivamente mencionado na fundamentação que a parte ré reincide na prática danosa. Esta observação se dá através do reconhecimento de recorrentes ações com objeto idêntico nas quais a mesma instituição financeira figura no polo passivo, de modo que, nestas situações, é possível vislumbrar que a indenização majorada configura efetivamente como punição pela reiteração da conduta danosa pelo réu.¹⁶⁷

Com efeito, a ausência de objetividade e clareza ao utilizar o fundamento da reiteração da prática danosa pelo réu é um relevante indicador de violação da segurança jurídica, uma vez que não se mostra razoável a aplicação desta

¹⁶⁷ BAHIA. Juizado Especial Cível de Gandú - Matutino. Processo Nº 0001502-87.2012.8.05.0082. Julgado em 26 jul. 2012. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 29 abr. 2016. No processo de nº 0001502-87.2012.8.05.0082, a sentença faz referência às reiteradas ações instauradas em face do réu naquele juízo com objeto semelhante, conforme parágrafo a seguir: “Saliento que em face da parte ré tramitam várias ações semelhantes, o que demonstra ser ela reincidente na prática cuja ilegalidade ora é reconhecida.”

majoração na indenização aos réus que efetivamente não sejam reincidentes na prática danosa.

Em que pese possa-se argumentar pela factibilidade do magistrado perceber esta repetição pela prática judicial, a menção expressa a este comportamento do réu é elemento de grande impotência para que se possibilite inclusive a sua defesa. Caso seja comprovada a ausência deste elemento de repetição, este réu poderia utilizá-lo como fundamento de um possível recurso que pleiteie a redução da indenização.

Na maior parte das decisões, o critério da condição econômica do ofensor é analisado na fundamentação através de uma perspectiva geral para justificar a quantificação dos danos morais, não se observando sua utilização de forma específica para a majoração da indenização a título de *punitive damage*. É que, figura como regra a unificação da indenização ressarcitória e punitiva, não havendo individualização entre ambas na definição do montante indenizatório ou na fundamentação do *decisum*, conforme será explicitado mais a frente no capítulo.

Tal consideração pode ser percebida no trecho retirado da decisão a seguir, conferida no bojo de um processo cuja negativação indevida se deu mediante fraude em cartão de crédito.

No que diz respeito ao quantum indenizatório, utilizo para tal mister o disciplinado na jurisprudência, além do disposto no artigo 944 e seguintes do Código Civil, evitando-se a fixação de valores irrisórios como astronômicos, levando-se em conta a compensação, punição do ofensor, os motivos, as circunstâncias e consequência da ofensa, bem como a posição social, cultural e econômica das partes.

Assim, como é inviável mensurar-se, com exatidão, os efetivos prejuízos experimentados pelo lesado, deve-se evitar que este venha enriquecer às custas do agente, deferindo-lhe indenizações exorbitantes e incomuns. Por outro lado, não pode ser em valor insignificante, pois deve servir de reprimenda para evitar a repetição da conduta abusiva.¹⁶⁸

Observe-se que nos parágrafos colacionados há menção tanto à condição econômica de autor quanto do réu em sua fundamentação. Este não é o entendimento que prevalece na doutrina¹⁶⁹, que rechaça a análise da condição econômica da vítima para quantificar a indenização punitiva. Isto porque, tal critério poderia gerar decisões que erroneamente conferissem maiores indenizações para personalidades e pessoas famosas em detrimento de cidadãos comuns, o que não

¹⁶⁸ BAHIA. Juizado Especial de Ilhéus – Matutino. Processo Nº 0000581-31.2013.8.05.0103. Julgado em 09 mai. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

¹⁶⁹ Vide referência 134.

faria sentido dentro da lógica da indenização punitiva, onde o foco se desloca da pessoa da vítima para o ofensor.

É preciso destacar, todavia, que a condição econômica da vítima, assim como observado com o ofensor, é trazida pelas decisões de maneira genérica, meramente mencionado como elemento quantificador do dano moral, sem maiores considerações sobre condições pessoais dos autores. Desse modo, não se pôde identificar qual a extensão da influência exercida por este critério na quantificação das indenizações.

Outro ponto que merece destaque é a referência à utilização do fundamento do enriquecimento ilícito da vítima como limitador dos montantes indenizatórios arbitrados, elemento presente em quase a totalidade das sentenças¹⁷⁰ em que foi identificada a aplicação da indenização punitiva. Neste sentido estão os parágrafos abaixo retirados de duas decisões distintas, dos quais se infere que, ainda que de forma genérica, a referência a um caráter punitivo nas sentenças vem comumente acompanhada deste elemento limitador.

[...] Portanto, não deve o Juiz propiciar a captação de lucro ou enriquecimento ilegal da parte autora; mas, noutra quadra, deve afastar-se de condenações inócuas, desprovidas de natureza didático-preventiva à repetição da conduta lesiva pela parte ré, em face da sua capacidade econômica.¹⁷¹

Quanto ao valor da indenização por dano moral, é sabido que este deve ser fixado pelo Juiz de acordo com sua livre convicção e bom senso, levando-se em conta que a indenização deve possuir um caráter punitivo, compensatório e pedagógico, com o imprescindível cuidado de evitar o enriquecimento do ofendido em detrimento do ofensor.¹⁷²

É possível atribuir este fator a um dos principais entraves à utilização do *punitive damage* no ordenamento pátrio, qual seja o receio que tal instituto acabasse se tornando fonte de enriquecimento ilícito para as vítimas através da concessão de indenizações com montantes vultosos, conforme demonstra a experiência norte-americana. No tocante a esta observação, os valores das indenizações arbitradas

¹⁷⁰ Foram encontradas menções ao enriquecimento sem causa da vítima como limite ao arbitramento de indenizações maiores em 22 das 24 ações em que se identificou a aplicação da indenização punitiva na sentença.

¹⁷¹ BAHIA. Juizado Modelo Cível Federação – Matutino. Processo Nº 0133363-22.2010.8.05.0001. Julgado em 14 mai. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

¹⁷² BAHIA. Juizado Especial Cível de Conceição do Coité. Processo Nº 0003955-49.2011.8.05.0063. Julgado em 02 abr. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

nas decisões judiciais pesquisadas serão objeto de análise posteriormente neste capítulo.

Ademais, o terceiro critério, cuja relevância é celebrada entre os autores que defendem a utilização da indenização punitiva no Brasil, é o da análise subjetiva da conduta do agente. Sobre esta avaliação, deve-se pontuar em princípio que as ações em destaque encontram-se no escopo de incidência da responsabilidade objetiva, inseridas na teoria do risco¹⁷³, conforme apontado na fundamentação da maior parte das decisões analisadas.

Neste sentido, esta responsabilidade objetiva visa consagrar os princípios da equidade e da solidariedade, determinando aos que praticam atividades lícitas, porém potencialmente lesivas a sociedade, a responsabilidade civil sem análise da culpa. Fernanda Ivo Pires ressalta que não se deve confundir os “riscos inerentes à atividade lícita com eventuais atos ilícitos praticados pela mesma empresa”, caso ocorra prática de ilícitos a serem atribuídas indenizações punitivas, a empresa deve sofrer a ponderação de culpa.¹⁷⁴

A responsabilidade objetiva, em princípio, não demandaria uma análise da conduta do ofensor, uma vez que ele responde pelo risco da atividade que exerce. Porém, conforme apontado por parte da doutrina¹⁷⁵, não há óbice à aplicação da indenização punitiva nas ações em que figur este tipo de responsabilidade, desde quando seja realizada uma análise subjetiva da conduta do réu no caso concreto.

O viés objetivo da responsabilização preconiza a dispensabilidade da aferição dos aspectos subjetivos do ofensor, que é instado a responder de forma direta pelo dano causado. No entanto, ao aplicar o *punitive damage* nestas ações, não há óbice a análise do elemento do grau de culpa do réu, assim como os demais concernentes a sua vontade, como, no caso, a reincidência na prática danosa. Não há que se

¹⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, vol. 3, 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, P. 146. “A partir do momento em que a teoria objetiva liberta o acesso à reparação de danos do filtro da culpa, delibera por aceitar a ideia de que mesmo se o caso concreto não demonstrar a prática do comportamento antijurídico, em certas circunstâncias será socialmente mais justo atribuir o pagamento da indenização àquele que administra o risco da atividade.”

¹⁷⁴ PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 239.

¹⁷⁵ Vide referências 121 e 122.

confundir as consequências da ação danosa fixadas em lei com o critério da análise subjetiva da conduta do agente para a aplicação da indenização punitiva.¹⁷⁶

Nesta esteira, André Gustavo Corrêa de Andrade salienta não apenas tal compatibilidade, mas a própria necessidade de utilização do *punitive damage* nas demandas de atividades empresariais. É que, em razão da certeza de aplicação da responsabilidade objetiva, que em princípio se daria em benefício da vítima, ocorre nesses casos a exclusão do fator desestimulante de condutas lesivas da reparação. No momento em que os agentes econômicos inserem este risco no custo do produto, calculando previamente as perdas, deixam de se preocupar em evitar a ocorrência dos danos.¹⁷⁷

A realidade que se percebe na maioria das decisões colacionadas é o emprego da responsabilidade objetiva para justificar a responsabilização do réu pelos danos morais e/ou materiais discutidos nas ações. Em seguida, as decisões analisam a conduta do banco réu, em especial no tocante a ausência de proteção conferida aos dados do cliente, que teria dado ensejo à fraude ou ao erro e conseqüentemente motivado a negativação indevida.

Merece destaque a aplicação da inversão do ônus da prova na sentença, observada na totalidade das ações analisadas, por restar configurada a relação de consumo e a hipossuficiência do autor, que não poderia ser instado a fazer prova negativa de que não contratou com a instituição, por exemplo. Este cenário, aliado a deficiência probatória em razão dos réus, em sua maioria, não juntarem prova das contratações aos autos, fomenta uma análise da conduta do réu pelos magistrados através da constatação da negligência no exercício de sua atividade econômica.

É o caso da fundamentação da sentença cujo trecho foi transcrito a seguir, na qual a parte autora sofreu negativação perante os órgãos de proteção ao crédito em razão de inadimplemento em contrato que alega não ter firmado. A análise probatória restou deficitária em razão do Banco do Brasil SA, réu na ação, não ter juntado o instrumento contratual.

¹⁷⁶ RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 12 mai. 2016, p. 266.

¹⁷⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.188.

Com efeito, cabe ao réu, ao receber proposta para qualquer contratação, analisar com o cuidado devido a documentação apresentada, certificando-se definitivamente da veracidade da mesma, lançando mão dos investimentos que se fizerem necessários, evitando prejuízos a si próprio e a terceiros.

Ao prestar serviços defeituosos, não fornecendo ao consumidor a segurança necessária para impedir que sejam vítimas de fraudes de terceiros, resta declarar que a parte requerida agiu com negligência quando da firmou contrato com os documentos falsificados em nome do autor, concorrendo de forma eficiente na construção dos danos que afetaram a credibilidade e a integridade moral deste a partir do lançamento de seu nome nos cadastros de restrição ao crédito.¹⁷⁸

A conduta do banco réu também é analisada nesta outra sentença colacionada, de modo que, após explicitar a incidência da responsabilidade objetiva na ação, a fundamentação do *decisum* destaca a significativa parcela de culpa do banco réu no ato ilícito que gerou o dano ao autor, conforme trecho a seguir.

Ocorre que, no presente caso, há relevante parcela de culpa a ser imputada ao Demandado, uma vez que não se cercou de cautelas para realizar a contratação em nome da parte Autora.

Óbvio que não se imputa ao Demandado um ato ilícito doloso, já que não há o elemento "vontade". No entanto, existe um agir, ou uma forma de agir, que permite a ocorrência deste tipo de acontecimento, e que deve, necessariamente, ser imputado àquele que por ela opta e que dela extrai suas vantagens, na medida em que a forma eleita pelo Réu para realizar algumas de suas contratações traz consigo riscos que devem ser por ele assumidos.¹⁷⁹

Neste sentido, deve-se salientar que, conforme exposto no capítulo anterior, a princípio, a configuração de simples negligência ou culpa leve não se mostra como fundamento suficiente para a aplicação do *punitive damage*, uma vez que, em razão do seu caráter punitivo, os doutrinadores brasileiros e norte-americanos defendem a compatibilidade deste instituto com somente com a culpa grave do réu. Nada obstante, pode-se entender que as ações analisadas configuram uma exceção a esta regra já reconhecida pela doutrina pátria.

É que, conforme expõe André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁸⁰, é possível que a elevada gravidade da conduta do agente se perfaça no caso concreto não pela conduta em específico, mas pela identificação de um padrão de condutas do réu que

¹⁷⁸ BAHIA. Juizado Especial Cível de Gandu - Matutino. Processo n.º 0001381-59.2012.8.05.0082. Julgado em 26 jul. 2012. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

¹⁷⁹ BAHIA. 1ª Vara do Sistema de Juizados de Jacobina. Processo Nº 0002042-33.2013.8.05.0137. Julgado em 18 dez. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

¹⁸⁰ Vide referência 122.

perfaça um prejuízo à ordem jurídica suficiente para justificar o arbitramento da indenização punitiva.

Por este motivo, sendo notória a quantidade de ações indenizatórias em face de instituições financeiras motivadas por negativas indevidas que tramitam nos juizados baianos todos os anos, há que se considerar a necessidade de utilização dos *punitive damages* como uma medida de defesa da ordem jurídica, por seu escopo punitivo e dissuasório, ainda que não se perceba em cada caso em específico a culpa grave do réu.

Feitas tais considerações, resta necessário analisar de que modo estes critérios se refletem na quantificação das indenizações punitivas nas sentenças.

4.2.2 A quantificação das indenizações por danos morais a título de *punitive damage*

Passando ao exame específico da quantificação das indenizações arbitradas nas sentenças, o primeiro fator a ser observado é a separação dos montantes indenizatórios a título de reparação dos danos morais sofridos pela vítima e do acréscimo com caráter punitivo do ofensor.

Tal prática já foi alvo de análise no capítulo anterior, valendo revisitar as críticas perpetradas por Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸¹, para quem, a aplicação de uma penalidade ao ofensor só pode ser considerada se a mesma estiver devidamente destacada na decisão. Caso contrário, a autora destaca a possibilidade de violação do direito de defesa do réu, assim como do próprio escopo desestimulador do *punitive damage*, uma vez que, somente desse modo, tanto a sociedade quanto os ofensores saberão quanto daquela indenização foi arbitrada a título punitivo.

Neste sentido, Thiago Borges de Carvalho¹⁸² critica a incorporação do aspecto punitivo e compensatório da indenização, que ocorre nos processos brasileiros desde o pedido formulado na petição inicial à sentença, gerando ucomo consequência um cálculo da indenização em bloco. Segundo o autor, esta realidade prática não só dificulta a defesa do réu e a possibilidade de recorrer da decisão,

¹⁸¹ Vide referência 133.

¹⁸² Vide referencia 132.

como também prejudica a possibilidade de controle do valor atribuído como punição pelo magistrado.

Ocorre que, a crítica feita pelos autores encontra respaldo na realidade dos processos analisados, visto que em nenhuma das decisões pesquisadas foi observada a separação do montante indenizatório a título de ressarcimento dos danos morais do montante referente à indenização punitiva ao ofensor.

A média dos valores das indenizações observadas nas 56 decisões que não faziam menção a indenização punitiva é de aproximadamente R\$ 3.968,57 (três mil novecentos e sessenta e oito reais e cinquenta e sete centavos), enquanto a média das 24 decisões em que foram encontradas referências a este instituto é de aproximadamente R\$ 3.889,37 (três mil oitocentos e oitenta e nove reais e trinta e sete centavos). Desse modo, observa-se que a média das indenizações cuja sentença não se fundamentava em *punitive damage* foi superior em R\$ 79,20 (setenta e nove reais e vinte centavos) às que possuíam tal fundamentação.

Esta constatação, em princípio, vai de encontro à perspectiva do uso do *punitive damage* como um elemento de majoração dos montantes indenizatórios arbitrados nas sentenças a título de punição dos réus. Neste sentido, surgem dúvidas sobre a credibilidade da aplicação deste instituto nas decisões, uma vez que seria de se esperar que as sentenças que o considerassem na sua fundamentação arbitrassem indenizações sensivelmente maiores que as que não o fizeram, sendo este um indicativo da má utilização da indenização punitiva.

Isto posto, deve-se considerar primeiramente que, tratando-se de média matemática que não leva em consideração as circunstâncias do caso concreto como possíveis agravantes da culpabilidade do réu e a extensão do dano moral, uma vez que este valor observado também tem caráter ressarcitório, não é possível formar um juízo de valor prévio sobre a realidade da diferença das médias supracitadas. Assim, ainda que todas as ações versem sobre pedidos de danos morais por inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, existem diversas variantes que podem interferir na quantificação do dano moral.

Neste sentido, é relevante mencionar a existência de uma variação de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) entre a maior e a menor indenização no âmbito das decisões cujo caráter punitivo foi mencionado na fundamentação.¹⁸³

Estas observações logram, primeiramente, ratificar a já mencionada importância da separação dos valores indenizatórios a título de ressarcimento e a título de punição do ofensor. Uma vez isoladas as indenizações punitivas das meramente reparatórias do dano, seria possível a realização de uma análise entre as diferenças de valor dos montantes punitivos arbitrados nas ações.

Noutra perspectiva, esta variação pode ser atribuída também a um dos maiores desafios encontrados no ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, qual seja a incerteza na quantificação da indenização pecuniária, por tratar-se de tutela de bem imaterial que não pode ser quantificado monetariamente. Entre as ações analisadas cuja indenização não se fundamentava na punição do ofensor a variação se mostrou ainda maior, havendo uma diferença de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) entre o maior e o menor montante indenizatório.¹⁸⁴

Neste sentido estão as considerações acerca da dificuldade em quantificar os danos morais, assim os esforços doutrinários em elaborar critérios que logrem orientar o julgador na fixação deste *quantum* indenizatório.¹⁸⁵

Quanto às decisões judiciais, merece destaque a sentença proferida no processo nº 0003765-40.2013.8.05.0088, que, na contramão das demais decisões analisadas que fundamentam o valor das indenização por danos morais nos critérios subjetivos

¹⁸³ BAHIA. Juizado Modelo Cível - Federação – Matutino. Processo nº 0056334-85.2013.8.05.0001. Julgado em 28 ago. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 27 abr. 2016; BAHIA. Juizado Modelo Cível - Ext. Jorge Amado – Vespertino. Processo nº 0132470-94.2011.8.05.0001. Julgado em 22 set. 2011. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 27 abr. 2016; BAHIA. Juizado Especial Cível de Itabuna - Vespertino. Processo nº 0005177-62.2012.8.05.0113. Julgado em 20 abr. 2012. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 25 abr. 2016. A maior indenização observada foi deferida no processo nº 0056334-85.2013.8.05.0001 no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), enquanto as menores indenizações foram as dos processos nº 0132470-94.2011.8.05.0001 e nº 0005177-62.2012.8.05.0113 no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

¹⁸⁴ BAHIA. Juizado Especial Cível de Conceição Do Coité. Processo de nº 0004428-35.2011.8.05.0063. Julgado em: 12 abr. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 25 abr. 2016; BAHIA. 1º Juizado Cível De Defesa Do Consumidor - Universo – Vespertino. Processo de nº 0065144-49.2013.8.05.0001. Julgado em: 12 jan. 2014. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 27 abr. 2016. O montante indenizatório de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) foi arbitrado no processo de nº 0004428-35.2011.8.05.0063, enquanto as indenizações no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) foram referentes aos processos de nº 0065144-49.2013.8.05.0001 assim como no processo 0131973-17.2010.8.05.0001.

¹⁸⁵ Vide referências 40 a 45.

e objetivos já mencionados – tais como equidade, culpabilidade do réu, enriquecimento ilícito da vítima e o próprio livre convencimento motivado do juiz – utiliza um critério quantitativo para fixar a indenização.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS contidos na inicial, DECLARO a inexistência da relação jurídica de empréstimo entre a Demandante e a Demandada referente ao contrato de n. 040432866; CONDENO a Demandada a pagar à Autora a título de danos morais a quantia de R\$ 2.845,00 (dois mil, oitocentos e quarenta e cinco reais), referentes a 50 (cinquenta) vezes o valor indevidamente negativado [...].¹⁸⁶

Conforme é possível extrair do trecho transcrito, na sentença que condenou o banco-réu em danos morais e materiais pela contratação de empréstimo para compra de bens móveis no nome da autora sem a sua devida autorização expressa, o magistrado utilizou critério tarifário para quantificar a indenização em montante cinquenta vezes superior ao valor indevidamente negativado.

Pertinentes as críticas doutrinárias a utilização deste critério¹⁸⁷, na medida em que, ainda que sua aplicação possa, à primeira vista, solucionar os problemas decorrentes das incertezas e dificuldades da quantificação dos danos morais, não se mostra como a maneira mais justa de quantificar a indenização aos danos decorridos da violação aos direitos da personalidade. Este parece ser o entendimento dos demais magistrados que proferiram as sentenças analisadas neste trabalho, visto que, das 80 sentenças analisadas, a decisão supracitada foi a única a utilizar tal critério.

Ainda no tocante a fundamentação das decisões destacadas, percebe-se que a ausência de critérios legislativos que expressem limites ao *quantum* indenizatório, assim como de parâmetros pré-fixados pela jurisprudência, levam muitas sentenças a utilizar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como fundamento para medir o montante indenizatório. Neste sentido, destacam a prudência do magistrado em conferir indenizações que não propiciem o enriquecimento ilícito da vítima, conforme é possível observar nas decisões a seguir.

A respeito do valor da indenização por dano moral, a orientação jurisprudencial é no sentido de que:
?No direito brasileiro, o arbitramento da indenização do dano moral ficou entregue ao prudente arbítrio do Juiz. Portanto, em sendo assim,

¹⁸⁶ BAHIA. 1ª Vara do Sistema dos Juizados de Guanambi. Processo Nº 0003765-40.2013.8.05.0088. Julgado em 26 nov. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

¹⁸⁷ Vide referência 39.

desinfluyente será o parâmetro por ele usado na fixação da mesma, desde que leve em conta a repercussão social do dano e seja compatível com a situação econômica das partes e, portanto, razoável?. (Antônio Chaves, ?Responsabilidade Civil, atualização em matéria de responsabilidade por danos morais?, publicada na RJ nº 231, jan/97, p. 11). Grifei.¹⁸⁸

Nesse tema controvertido e movediço, á falta de diretrizes legais para o arbitramento, ensinam a doutrina e jurisprudência, que para aplicação do *quantum* deve o magistrado agir com cautela e prudência, de modo a não ensejar um enriquecimento sem causa ao ofendido, em detrimento do ofensor.¹⁸⁹

Quanto ao valor da indenização por dano moral, é sabido que este deve ser fixado pelo Juiz de acordo com sua livre convicção e bom senso, levando-se em conta que a indenização deve possuir um caráter punitivo, compensatório e pedagógico, com o imprescindível cuidado de evitar o enriquecimento do ofendido em detrimento do ofensor.¹⁹⁰

Nos trechos destacados, assim como na maior parte das demais decisões observadas, não há na fundamentação a especificação dos critérios observados para quantificar a indenização por compensação dos danos morais e o seu acréscimo via indenização punitiva. As orientações doutrinárias supramencionadas demonstram a necessidade de exposição clara dos critérios utilizados para fixação do *quantum* indenizatório em cada caso, sob pena de prejuízo ao controle das decisões.

Nada obstante, não o que se observa na prática. Em sentido oposto, o que se percebe são decisões que utilizam critérios genéricos para justificar a quantificação da indenização, e, ainda naquelas onde há destaque para o viés sancionatório daquela indenização, não há destaque para a demonstração dos critérios que foram observados ao quantificar os *punitive damages*.

Conquanto todo o exposto neste capítulo, ainda que não tenham sido detectados nos processos destacados a existência de sentenças de valores considerados exorbitantes, mesmo em uma análise proporcional ao teto quantitativo dos juizados especiais, pode-se perceber que atende razão às críticas e incertezas manifestadas por parte da doutrina com a aplicação dos *punitive damages* nos juizados especiais cíveis baianos.

¹⁸⁸ BAHIA. 1º Juizado Cível de Defesa do Consumidor - Universo - Matutino. Processo Nº 0162959-17.2011.8.05.0001. Julgado em 11 nov. 2011. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

¹⁸⁹ BAHIA. Juizado Modelo Cível - Ext. Jorge Amado – Vespertino. Processo Nº 032.2011.031.680-2. Julgado em 22 set. 2011. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

¹⁹⁰ BAHIA. Juizado Especial Cível de Conceição do Coité. Processo Nº 0003955-49.2011.8.05.0063. Julgado em 02 abr. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

É que, observa-se uma aplicação tímida do instituto, ainda de forma camuflada no ressarcimento do dano moral. A ausência da demonstração objetiva dos critérios utilizados para conferir e quantificar a indenização punitiva, assim como a confusão entre os montantes indenizatórios punitivos e ressarcitórios se configuram óbices à utilização do instituto de maneira adequada à construção doutrinária pátria acerca do tema. Faz-se necessário a aplicação dos *punitive damages* de maneira consciente e clara para que se consiga congrega o escopo punitivo e dissuasório com a segurança jurídica necessária para aplicação de uma sanção.

5. CONCLUSÃO

O ser humano é instado por sua natureza a viver em sociedade. Estas relações interpessoais podem originar conflitos que devem ser dirimidos para garantir a convivência pacífica e o bem estar da coletividade. É neste sentido que o uso do livre-arbítrio deve ser limitado visando garantir a incolumidade da esfera de direitos de *outrem*, de maneira que, mesmo dotado de liberdade, o homem não pode agir livremente, sob pena de ser responsabilizado pelas suas condutas.

O Direito regula as relações sociais visando viabilizar a vida em sociedade, e, para tanto, utiliza o instituto da responsabilidade civil como mecanismo de reparar possíveis danos causados pela inobservância destes limites a liberdade individual. Esta possibilidade de responsabilização do sujeito pelo prejuízo causado ao outro é de vital importância pra reestabelecer situações cujo equilíbrio foi perturbado pelo dano.

Influenciado pelas mudanças sociais, o instituto da responsabilização civil evoluiu ao longo dos anos de uma perspectiva meramente compensatória à inclusão de um escopo preventivo e punitivo visando conferir maior proteção aos direitos da personalidade consagrados no Brasil pela Constituição Federal da República de 1988. Neste contexto, o surgimento de novos tipos de danos e a necessidade de repará-los propiciou a relativização dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil.

O dano moral, ocasionado por definição quando da violação de um direito da personalidade, obteve o reconhecimento de sua ressarcibilidade no direito brasileiro, sendo cada vez mais comuns as ações de indenização decorrentes dos mais diversos tipos de danos não patrimoniais. Nesta esteira, a doutrina e jurisprudência se depararam com a dificuldade de quantificar estas indenizações, em face do caráter intangível destes danos.

Diversos critérios foram propostos pela doutrina visando identificar a melhor maneira de realizar esta quantificação, alguns deles mais tarifários e legalistas, enquanto outros conferiram maior liberdade ao magistrado nesta tarefa. É neste contexto que, visando efetivar a tutela dos danos morais em uma perspectiva punitiva e preventiva, os operadores do direito invocaram os *punitive damages* consagrados no ordenamento norte-americano.

Definidos neste trabalho como um acréscimo indenizatório que objetiva punir e prevenir o dano nos casos em que a atitude lesiva do réu for altamente reprovável, os *punitive damages* ingressaram no ordenamento pátrio de maneira controversa e intimamente relacionados às ações de indenização por danos morais.

Em face às dificuldades apresentadas na aplicação deste instituto no Estados Unidos, onde se percebe uma realidade de indenizações milionárias e incertezas quanto a atuação da jurisprudência, a doutrina favorável aos *punitive damages* no Brasil passou a editar critérios a serem observados para definir as situações em que este acréscimo indenizatório seria cabível.

Os mais relevantes mencionados neste trabalho são a análise subjetiva da conduta do réu, que, conforme visto pode ser dar tanto da elevada gravidade da conduta em si quanto da reiteração do comportamento que gera lucro ao ofensor. Ainda, conferiu-se destaque a necessidade de separação dos montantes a título de compensação e de punição ao ofensor e à análise da condição econômica do réu.

Estes, juntamente com o elemento quantitativo das indenizações, foram os critérios observados nas decisões analisadas, de modo que, as principais considerações advindas desta análise foram no sentido da inadequação, em maior ou menor grau, da aplicação prática dos *punitive damages* aos critérios indicados pela doutrina.

Expôs-se que a totalidade das decisões que utilizaram a indenização punitiva não separaram os montantes a título de compensação da vítima e punição do outor, sendo este um critério completamente ignorado. Maior adequação pôde ser observada quando considerado o elemento da condição econômica do réu, mencionada na maior parte das sentenças ao arbitrar as indenizações.

Neste sentido também, se faz necessário salientar que elemento da elevada gravidade da conduta dos réus, todas instituições financeiras de grande porte, é relativizado pela própria doutrina. De acordo com as considerações já expostas, notável parcela dos juristas defende a possibilidade de aplicação do *punitive damage* nos casos em que é notório que os lucros do ofensor com a prática danosa são maiores que os custos com mecanismos para evitar os danos, realidade que se aplica as decisões analisadas.

Ocorre que, mesmo nos casos em que seria possível perceber uma adequação parcial do caso concreto às previsões doutrinárias, a ausência de clareza na

exposição das fundamentações pelos magistrados, leva justamente a validar as críticas e incertezas de parte da doutrina a aplicação do *punitive damages* no ordenamento brasileiro.

A bem da verdade, é sabido que, por tratar-se de decisões proferidas em sede de juizados especiais cíveis, não seria razoável a exigência de fundamentação extensa, pela incompatibilidade deste tipo de sentença com o caráter simplificado e célere dos juizados. Nada obstante, a simples exposição dos elementos aqui considerados, lograria solucionar a maior parte dos problemas apontados, em especial porque, nos situações fáticas julgadas, é defendida a relativização do critério de culpa grave e da aferição da condição econômica do ofensor, uma vez que trata-se de réu com notório poderio econômico e auferimento lucro com as condutas litigadas.

Ademais, é razoável mencionar que a principal inadequação observada nas decisões apareceu quando da análise dos montantes indenizatórios. Conforme mencionado no capítulo, a média das indenizações proferidas em sentenças que não utilizavam o *punitive damage* nas indenizações foi superior às que o faziam. Este dado revela o desvirtuamento da aplicação do instituto, cujo escopo precípuo é justamente a majoração de montantes indenizatórios a título de punição do réu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.6, jan./mar. 2016, p. 89-103.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BAHIA. 1ª Vara do Sistema de Juizados de Jacobina. Processo Nº 0002042-33.2013.8.05.0137. Julgado em 18 dez. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

BAHIA. 1ª Vara do Sistema dos Juizados de Guanambi. Processo Nº 0003765-40.2013.8.05.0088. Julgado em 26 nov. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BAHIA. 1º Juizado Cível de Defesa do Consumidor - Universo - Matutino. Processo Nº 0162959-17.2011.8.05.0001. Julgado em 11 nov. 2011. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

BAHIA. 1º Juizado Cível De Defesa Do Consumidor - Universo – Vespertino. Processo de nº 0065144-49.2013.8.05.0001. Julgado em: 12 jan. 2014. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BAHIA. 1º Juizado Cível De Defesa Do Consumidor - Universo – Vespertino. Processo 0131973-17.2010.8.05.0001. Julgado em: 19 abr. 2010. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BAHIA. Juizado Especial Cível de Conceição Do Coité. Processo de nº 0004428-35.2011.8.05.0063. Julgado em: 12 abr. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BAHIA. Juizado Especial Cível de Conceição do Coité. Processo Nº 0003955-49.2011.8.05.0063. Julgado em 02 abr. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

BAHIA. Juizado Especial Cível de Gandu - Matutino. Processo n.º 0001381-59.2012.8.05.0082. Julgado em 26 jul. 2012. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

BAHIA. Juizado Especial Cível de Gandú - Matutino. Processo Nº 0001502-87.2012.8.05.0082. Julgado em 26 jul. 2012. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BAHIA. Juizado Especial Cível de Itabuna - Vespertino. Processo nº 0005177-62.2012.8.05.0113. Julgado em 20 abr. 2012. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BAHIA. Juizado Especial de Ilhéus – Matutino. Processo Nº 0000581-31.2013.8.05.0103. Julgado em 09 mai. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

BAHIA. Juizado Modelo Cível - Ext. Jorge Amado – Vespertino. Processo Nº 032.2011.031.680-2. Julgado em 22 set. 2011. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

BAHIA. Juizado Modelo Cível - Ext. Jorge Amado – Vespertino. Processo nº 0132470-94.2011.8.05.0001. Julgado em 22 set. 2011. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 27 abr. 2016

BAHIA. Juizado Modelo Cível - Federação – Matutino. Processo nº 0056334-85.2013.8.05.0001. Julgado em 28 ago. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BAHIA. Juizado Modelo Cível Federação – Matutino. Processo Nº 0133363-22.2010.8.05.0001. Julgado em 14 mai. 2013. Disponível em: <<https://projudi.tjba.jus.br/projudi/>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BORGES, Thiago Carvalho. *Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf>>. Acesso em: 05 de Abril de 2016.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 mar. 2016.

CARVALHO, Luis Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais – quantum. *Revista de Direito Privado*. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.17, jan./mar. 2005, p.151-161.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*, vol. 3, 2.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil: texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. 2000. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/78238>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

LOURENÇO, Paula Meira. *A indenização punitiva e os critérios para a sua determinação*. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2016.

MARKEL, Dan. *Retributive Damages: a theory of punitive damages as intermediate sanction*. *Cornell Law Review*. Article 7. Vol.94. 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3122&context=clr>. Acesso em: 08 abr. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o direito brasileiro. *Revista CEJ*. jan./mar. 2005, n. 28, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único, do código civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). *Novo Código Civil Questões Controvertidas*. v.5. São Paulo: Método, 2006, p. 85-124.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr./jun. 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Fernanda Ivo. *Responsabilidade civil e o caráter punitivo da reparação*. Curitiba: Juruá, 2014.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial, tomo LIII*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Tratado de Direito Privado: parte especial, tomo XXVI*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PÜCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927 § único do código civil. *Revista Direito GV*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, v.1, n.1, mai. 2005, p.091-107.

PUNITIVE DAMAGE. *Duhaime's Law Dictionary*. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/PunitiveDamages.aspx>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12303>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun. 2007, p. 9-48.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização Punitiva*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUSTEIN, Cass R.; KAJNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. *Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper. n. 50, 1997. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/65/>. Acesso em: 10 abr. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v.6, abr./jun. 2001, p. 3-19.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZIPURSKY, Benjamin C. *Palsgraf, punitive damages, and preemption*. *Harvard Law Review*. vol. 125. n. 7. 1757. Mai. 2012. Disponível em: <<http://harvardlawreview.org/2012/05/palsgraf-punitive-damages-and-preemption/>>. Acesso em: 05 abr. 2016.