



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLA ANDRADE DE BRITO SAMPAIO

**APLICAÇÃO DA TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* ÀS
RELAÇÕES TRABALHISTAS**

Salvador
2016

CARLA ANDRADE DE BRITO SAMPAIO

**APLICAÇÃO DA TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* ÀS
RELAÇÕES TRABALHISTAS**

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^a. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski.

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLA ANDRADE DE BRITO SAMPAIO

APLICAÇÃO DA TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* ÀS RELAÇÕES TRABALHISTAS

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

Nome: Adriana Vieira Wyzykowski

Titulação e instituição: _____

Nome: Thiago Carvalho Borges

Titulação e instituição: _____

Nome: André Luis Torres Pessoa

Titulação e instituição: _____

Salvador, 09 / 03 / 2016

A Deus, e a Jesus Cristo, seu filho amado,
a razão de tudo o que faço.

Aos meus amados pais,
pelo suporte constante e amor incondicional.

Aos meus irmãos,
pelo amor e amizade.

À Alexandre, por todo suporte e amor sempre!

À minha orientadora,
por toda a ajuda, cuidado e dedicação na correção desse trabalho.
muito obrigada!

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
des.	Desembargador
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

A valorização do trabalho humano foi erigida pela Carta Política em fundamento do Estado brasileiro, contudo, a realidade brasileira hodierna ainda se mostra dissociada do referido axioma. Os reiterados abusos cometidos pelos empregadores brasileiros, em flagrante e deliberada violação aos direitos mais fundamentais dos trabalhadores, retratam a necessidade de se buscar instrumentos legais para assegurar a eficácia dos vetores constitucionais da dignidade humana e do valor social do trabalho. A teoria do desestímulo (*punitive damages*), advinda dos países regidos pelo sistema do *Common Law*, ampliou a clássica função da responsabilidade civil, de modo a atender aos anseios sociais emergentes. O instituto prevê que, nas hipóteses de violação a direitos fundamentais, quando a gravidade da culpa do ofensor se mostrar especialmente reprovável, a limitação das condenações a um montante meramente reparatório tem se mostrado insuficiente para reprimir eficazmente o ilícito. Nesse cenário, advoga-se uma condenação pecuniária extra ao ofensor com finalidade pedagógica, visando à dissuasão de novas condutas similares. Diante das peculiaridades da relação laboral, especialmente a disparidade de forças entre as partes, e da ineficácia da indenização compensatória para prevenir a reiteração dos ilícitos por parte dos empregadores, a adoção da teoria em epígrafe se mostra legítima e profícua à efetivação das normas protetivas dos trabalhadores.

Palavras-chave: dignidade humana; valorização social do trabalho humano; *punitive damages*; responsabilidade civil; função repressiva, punitiva e pedagógica; dano moral.

ABSTRACT

The appreciation of human work was erected by Brazilian's Constitution as a fundamental principle of the State, however, today's Brazilian reality still shows dissociated of that axiom. The repeated abuses committed by Brazilian employers, in flagrant and deliberate violation of the most fundamental rights of workers, portray the need to seek legal means to ensure the effectiveness of constitutional vectors of human dignity and social work value. The theory of punitive damages, emerged in common law countries, expanded the classic function of liability in order to meet emerging social expectations. The institute provides that, in case of violation of fundamental rights when the severity of the offender's guilt requires special punishment, the limit of the convictions to a merely reparative amount has been insufficient to effectively suppress the illicit. In this scenario, we advocate an extra pecuniary condemnation of the offender with educational purpose, in order to deter further similar behavior. Considering the peculiarities of employment, especially the disparity of power between the parties, and the ineffectiveness of compensatory damages to prevent the repetition of offenses by employers, the adoption of this theory seems like a way to effect the protective standards of workers.

Keywords: human dignity; social value of human labor; punitive damages; civil responsibility; repressive, punitive and educational role; moral damage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE	14
2.1 CONCEITO	14
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	15
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	18
2.3.1 Conduta humana	18
2.3.2 Dano	20
2.3.2.1 Dano patrimonial	21
2.3.2.2 Dano moral	22
2.3.2.2.1 Dano moral individual	25
2.3.2.2.2 Dano Social	28
2.3.3 Nexo de Causalidade	29
2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	32
2.4.1 Responsabilidade subjetiva	32
2.4.1.1 A culpa: lato sensu e stricto sensu	32
2.4.1.2 A graduação da culpa	33
2.4.2 Responsabilidade objetiva	34
2.4.3 Teoria adotada pelo Brasil	36
2.5 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	36
2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA TRABALHISTA	37
3 PUNITIVE DAMAGES NOS PAÍSES DE COMMON LAW	41
3.1 TERMINOLOGIA	42
3.2 CONCEITO	43
3.3 FUNÇÕES DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	44

3.3.1 A função de reforço ao cumprimento da lei (“<i>law enforcement</i>”)	44
3.3.2 A função educativa (<i>education</i>)	45
3.3.3 A função retributiva (<i>retribution</i>)	45
3.3.4 A função preventiva (<i>deterrence</i>)	47
3.3.5 A função compensatória (<i>compensation</i>)	48
3.4 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO NOS PAÍSES DE <i>COMMON LAW</i>	50
3.4.1 <i>Punitive Damages</i> no Direito inglês	52
3.4.2 <i>Punitive Damages</i> nos EUA	54
3.4.2.1 Histórico Jurisprudencial	55
3.4.2.2 Parâmetros de Aplicação	55
4 <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO DIREITO BRASILEIRO	57
4.1 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	58
4.1.1 A ocorrência do dano moral	58
4.1.2 A gravidade da culpa do ofensor	59
4.2 PARÂMETROS DE QUANTIFICAÇÃO	60
4.2.1 Extensão e gravidade da lesão a direitos extrapatrimoniais	62
4.2.2 Condição social e econômica do ofendido e do ofensor	64
4.2.3 Obtenção do lucro com o ato ilícito	65
4.2.4 A gravidade da culpa do ofensor e grau de reprovação social da conduta	65
4.3 CRÍTICAS AO INSTITUTO	67
4.3.1 Falta de propriedade da indenização punitiva	67
4.3.2 A Prévia Cominação Legal	69
4.3.3 A liberdade do julgador na definição do <i>quantum</i> indenizatório	72
4.3.4 Dupla condenação pelo mesmo fato	73
4.3.5 Enriquecimento sem causa do ofendido	75

4.4 INTERESSES A SEREM PROTEGIDOS	77
4.5 CRÍTICAS À TESE DE UM GENÉRICO CARÁTER PUNITIVO	78
5 APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGES NO ÂMBITO TRABALHISTA	81
5.1 A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO	82
5.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA SEARA TRABALHISTA	85
5.3 PRÁTICAS ABUSIVAS E <i>DUMPING</i> SOCIAL	90
5.4 QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE SOBRE A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESESTÍMULO NA SEARA TRABALHISTA	93
5.4.1 Condenação <i>ex officio</i> pelo magistrado	94
5.4.2 Generalização do instituto na seara laboral	96
5.4.3 Destinação da verba indenizatória	98
6 CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana e o valor social do trabalho foram erigidos, pela Constituição Federal de 1988, ao *status* de fundamento do ordenamento jurídico pátrio. A realidade laboral, entretanto, tem revelado uma verdadeira disparidade em relação às normas jurídicas, haja vista os reiterados descumprimentos à legislação trabalhista por parte dos empregadores.

No intuito de se conferir maior efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores, o presente trabalho tem por escopo pesquisar o instituto dos *punitive damages* e sua conformidade ao sistema jurídico brasileiro, especialmente no que tange à seara laboral.

Buscou-se analisar todas as implicações jurídicas decorrentes de sua aplicação, confrontando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais e demarcando os parâmetros para a sua aplicação.

Paralelamente, apresenta-se a relevância social da referida teoria, relacionando-a aos novos anseios da sociedade hodierna e à crise paradigmática na responsabilidade civil clássica. Essa se caracteriza pelo viés exclusivamente reparatório, destituído de qualquer juízo de valor, o que impossibilita a efetivação da justiça em diversas situações, especialmente quando a mera reparação dos danos se mostra insuficiente para dissuadir a reiteração dos ilícitos. Incontáveis são os casos em que o ofensor auferiu vantagens econômicas com o descumprimento legal, mesmo após o ressarcimento dos danos.

Nesse diapasão, o segundo capítulo dedica-se a examinar todos os contornos da responsabilidade civil, adentrando na sua evolução histórica, a fim de identificar os vetores axiológicos que regem o instituto na contemporaneidade. Analisou-se o modo como as mudanças sociais repercutiram no aperfeiçoamento da responsabilidade civil, abarcando novas funções, de modo a conservar a sua eficácia.

Diante de condutas que, deliberadamente, agridam a ética jurídica vigente numa sociedade, o caráter meramente compensatório tornou-se inócuo. Nesse

cenário, surge a necessidade de incorporar novas funções ao instituto, quais sejam, a pedagógica e punitiva.

Após o estudo detalhado da responsabilidade civil, segue-se para a análise dos *punitive damages* nos sistemas de *common law*, especialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde a teoria surgiu e amplamente se desenvolveu. São examinados todos os elementos e finalidades do instituto, bem como o embasamento jurídico para a sua aplicação, considerando as peculiaridades do regime anglo-saxônico. Alguns *leading cases* foram trazidos para aclarar o modo de aplicação da teoria na jurisprudência inglesa e estadunidense.

No quarto capítulo, discute-se a possibilidade de aplicação do instituto em solo brasileiro, a partir da avaliação das distinções entre o sistema romano-germânico interno e o de civil law. Trata-se das críticas, dos parâmetros de aplicação, bem como dos interesses fundamentais a serem tutelados pela teoria, que somente se legitima diante de ilícitos de maior gravidade. Ademais, faz-se o exame do modo de utilização da teoria pela jurisprudência pátria, no intuito de se perquirir o alcance efetivo dos fins propostos.

Na sequência, o quinto capítulo volta-se ao exame do tema do presente trabalho. Inicialmente, faz-se necessário aclarar o valor fundamental conferido constitucionalmente ao trabalho humano, cuja efetividade deve ser assegurada pelo Estado. A realidade, contudo, tem mostrado, muitas vezes, um completo desprezo à legislação trabalhista por parte dos empregadores. Nesse cenário, passa-se a discutir sobre o uso da teoria em epígrafe como instrumento eficaz para vincular os agentes econômicos à observância da ordem jurídica, mostrando que *the tort does not pay*, ou seja, o ilícito não compensa.

A seguir, trata-se das práticas abusivas na seara laboral, em especial o *dumping* social, as quais exigem uma atuação estatal mais enérgica para reprimir tais ilícitos. Feitas essas análises, segue-se para a discussão acerca das questões controversas sobre a aplicabilidade da teoria no âmbito trabalhista, quais sejam, a possibilidade ou não de imposição *ex officio* pelo magistrado da indenização punitiva; a aplicação generalizada do instituto no bojo da indenização por dano moral; e a destinação da verba indenizatória.

Por fim, no último capítulo, faz-se a conclusão do presente estudo, advogando-se ser lícita e profícua a fixação dos *punitive damages* na seara laboral, como instrumento para assegurar os vetores constitucionais dignidade humana e o valor social do trabalho.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

A ordem jurídica, enquanto instrumento para manutenção da ordem, segurança e harmonia social é tão antiga quanto à própria concepção de sociedade. Tal constatação foi consolidada por Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis* romano que afirmava “*ubi homo ibi societas; ubi societas ibi jus*¹.”

Nesse desiderato, o Direito institui deveres a todos, com fundamento no dever geral de não lesar ninguém, já instituído pelo brocardo latino *neminem laedere*. Cavalieri Filho (2012, p. 2) conceitua o dever jurídico como uma conduta externa de alguém imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. A partir do descumprimento de algum dever jurídico primário, surge o dever sucessivo de indenizar o prejuízo em decorrência da responsabilidade civil do infrator, que será detalhada a seguir.

2.1 CONCEITO

A essência da responsabilidade civil se vincula ao desvio de conduta, designa o dever de reparação do prejuízo causado pela violação de um dever jurídico preexistente. Nas palavras de Cavalieri Filho (2012, p. 2) “ela foi engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem”. Dessa forma, pode-se concluir que a responsabilidade civil pressupõe a violação de um dever jurídico e o dano por ele causado. Toda conduta humana que infringe um dever jurídico originário e causa prejuízo a outrem é fonte geradora da responsabilidade civil.

Consoante lição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 53), a responsabilidade civil deriva de uma conduta danosa, a priori ilícita, violadora de uma regra jurídica preexistente, seja ela legal ou contratual, que impõe ao infrator a obrigação de reparar o dano causado. Já Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 57) esclarece que o termo responsabilidade origina-se do latim *re-spondere*, que

¹ Onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o direito. (tradução livre)

se vincula à ideia de segurança, de compensação do bem lesado, significando a obrigação de reconstituir ou ressarcir danos causados.

Diante dos mencionados conceitos, é possível vislumbrar que internamente, o instituto da responsabilidade civil está intrinsecamente ligado ao seu cunho reparatório, de restituição do dano causado. O entendimento predominante na doutrina e jurisprudência brasileira enfatiza que a responsabilidade tem como finalidade restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico rompido pelo dano, na tentativa de retornar ao *status quo ante*. Com efeito, o seu objetivo precípua é repor a vítima à situação em que ela se encontrava antes da lesão. Sob essa ótica, a responsabilidade civil não possui um caráter punitivo ou dissuasivo, mas meramente restitutivo. Tal concepção se mostra distinta daquela desenvolvida nos países de *common law*, onde surgiu o instituto dos *punitive damages*, como será tratado em momento oportuno no presente trabalho.

As mudanças trazidas pela sociedade contemporânea, contudo, demonstraram que a limitação da responsabilidade à sua função reparatória se tornou incapaz de tutelar as novas relações sociais, o que levou parte da doutrina pátria a defender a necessidade de ampliação do conceito clássico da responsabilidade civil. Cristiano Chaves et al. (2015, p. 5-7), reconhecem que o instituto deve ultrapassar as barreiras da mera obrigação reparatória do dano decorrente da culpa. Esta responsabilização clássica viveu satisfatoriamente enquanto as relações jurídicas eram basicamente, interindividuais. Atualmente, o amplo campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, passou a exigir uma ordem jurídica pautada também pela prevenção, sem a qual se tornaria injusta.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A análise histórica de um instituto nos permite a compreensão da sua finalidade e suas adaptações ao longo do tempo. Por meio da evolução histórica da responsabilidade civil, buscamos identificar os vetores axiológicos que a regem contemporaneamente, de modo a contemplar a necessidade de ampliação do seu conceito clássico para atender aos anseios sociais emergentes.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 47) assinala que as raízes históricas da responsabilidade civil remontam às primeiras formas de organização social, a exemplo das civilizações pré-romanas. Nas sociedades primitivas, o dano provocava reação imediata, instintiva e brutal do ofendido, sem quaisquer regras que limitassem a conduta reativa. Imperava a vingança privada em detrimento do Direito.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 54) esclarecem que o Direito Romano parte dessa visão rudimentar do delito e utiliza tal manifestação imediata e instintiva como premissa para regulamentar a ideia da vingança privada. A partir de então, a justiça passou a ser feita na mesma proporção do dano causado, o que decorreu do surgimento da famosa Lei do Talião, que difundiu a máxima do “*olho por olho, dente por dente*”.

Num estágio mais avançado do direito romano, surge o período da “composição voluntária”, a vingança passa a ser substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido. Com a instituição da soberania estatal, inicia-se a fase “composição legal”, que vedou a justiça pelas próprias mãos, prevendo como único meio reparatório dos ilícitos a recomposição econômica, que era tarifada (GONÇALVES, 2014, p. 47/48).

Conforme explanam Cristiano Chaves et al. (2015, p. 29), inicialmente, essa fase de composição legal visava à tutela do patrimônio individual através da pena privada, que tinha por escopo a punição do réu. A compensação financeira era apenas um meio mediato de se atingir o réu e evitar a pena capital, seu intuito primário não era de ressarcir o ofendido. Tratava-se de um sistema paralelo complementar ao penal.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 48) assinala que a distinção entre pena e reparação só começou a ser desenvolvida pelo direito romano com separação entre delitos públicos e privados. Aqueles regulavam ofensas mais graves e a pena imposta seria recolhida para o Estado, ao passo que nos delitos privados, a pena pecuniária cabia à vítima. A partir de então, a competência para exercer o *ius puniendi* tornou-se exclusivamente do Estado e a responsabilidade civil surge de forma autônoma, ao lado da responsabilidade penal.

Contudo, somente com a introdução da Lex Aquilia, durante o reinado de Justiniano, surge um princípio geral regulador da reparação do dano. O seu grande mérito foi substituir as multas fixas, impostas pelo sistema tarifado de composição econômica, por uma pena proporcional ao dano causado. A noção de reparação do dano sofrido foi gradativamente substituindo a ideia de pena (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015, p. 55/56).

A responsabilidade civil aquiliana inseriu a culpa como seu elemento básico, refutando o objetivismo do direito primitivo. Neste contexto, os atos praticados involuntariamente foram excluídos deste sistema haja vista a ausência do elemento anímico. Venosa (2012, p. 18) afirma que dessa concepção subjetivista, o sistema romanístico extrai o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente.

A referida lei regulava o *damnum injuria datum* ou dano produzido pela injúria, cuja essência era regular os danos que repercutiam na diminuição patrimonial da vítima, surgindo o dever de reparação. Embora o seu fim original se limitasse ao proprietário do bem lesado, a influência da jurisprudência romana repercutiu na evolução do instituto para criação de uma doutrina de responsabilidade extracontratual.

O direito francês, com o Código de Napoleão, aperfeiçoou os fundamentos da referida lex romana, estabelecendo aos poucos um princípio geral da responsabilidade civil, cujo fundamento central situava-se na culpa. No Código Napoleônico já se encontrava a introdução do dever de reparação quando houvesse culpa, mesmo que levíssima, surgindo a distinção entre responsabilidade civil, penal, contratual e extracontratual (GONÇALVES, 2014, p. 48).

A partir de então, a vinculação da responsabilidade civil à culpa se tornou uma máxima que se expandiu e influenciou a legislação privada de muitas nações ao longo de dois séculos (*ibidem*, p. 48).

A responsabilidade civil clássica, portanto, se fundamentava nos seguintes pilares: culpa, dano e nexa causal. Anderson Schreiber (2013, p. 11-12;17) aduz que a prática judicial demonstrou que a exigência da comprovação do elemento

anímico criou óbices à efetivação da justiça em diversos casos em que a produção da respectiva prova pela vítima era impraticável. A influência do direito canônico na Idade Média vinculou a culpa a uma forte conotação moral, e tal concepção foi amplamente absorvida pela doutrina moderna. Nesse contexto, sua aferição impunha aos magistrados análises psicológicas destoantes dos limites da sua função jurisdicional, gerando considerável insegurança jurídica.

Cristiano Chaves et al. (2015, p. 33) explanam que esse estatuto monolítico da responsabilidade civil baseada na culpa perdurou durante toda a Idade Moderna, mas tornou-se inepto para atender aos desígnios da sociedade contemporânea. No intuito de superar as injustiças provocadas pela dificuldade de sua comprovação, a responsabilidade civil atual flexibilizou tal filtro tradicional da reparação.

2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

O art. 186 do CC/02 aduz que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

O supracitado artigo traz os seguintes pressupostos para a incidência da responsabilidade civil: conduta humana (expressa na ação ou omissão), dano e nexo de causalidade entre estes. A culpa também é vista por grande parte da doutrina, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 66), como um quarto requisito. Data vênia, o ordenamento prevê a incidência da responsabilidade civil em diversas situações independentemente da comprovação de culpa, a chamada responsabilidade objetiva.

2.3.1 Conduta humana

Conduta humana, para a responsabilidade civil, é todo e qualquer comportamento praticado por uma pessoa, seja ele positivo ou negativo, desde que consciente e voluntário e causador de dano ou prejuízo. Nas palavras de

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 73), "a responsabilidade civil é a expressão obrigacional mais visível da atividade humana". Assim, um fato da natureza ou um ato humano involuntário que causasse danos, não seriam objeto da responsabilidade civil, em decorrência da ausência da conduta humana ou do elemento volitivo.

A conduta humana, portanto, pode decorrer tanto da ação quanto da omissão voluntária de alguém que cause dano a outrem. Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 66) esclarece que a responsabilidade pode derivar de ato próprio ou de terceiro que esteja sob a guarda do responsável ou de danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam.

O Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 932, prevê os responsáveis pela reparação civil ocasionada por ato de terceiro, os quais têm vínculo jurídico prévio com o autor do ilícito, resultando de um dever de guarda, vigilância ou custódia . *In verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

A responsabilidade civil por fato do animal é regulada pelo art. 936 do CC/02, que prevê que o dono ou detentor do animal deve ressarcir o dano por este causado, sempre que não comprovar a culpa da vítima ou força maior.

Por fim, a responsabilidade civil por fato da coisa é retratada nos arts. 937 e 938 do CC/02. Em todos esses casos - danos causados por atos de terceiros, por coisas ou animais dos quais o agente seja detentor ou proprietário, - a responsabilidade civil é objetiva, prescinde da comprovação do elemento anímico, cósioante previsão dos arts. 933 e 936 do CC/02.

Poderia se questionar acerca da ausência de conduta voluntária do responsável nos supracitados casos. Na realidade, tal responsabilização legal decorre de omissões relativas a deveres jurídicos de custódia, vigilância ou escolha inadequada de representantes (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2015, p. 76).

Há uma divergência doutrinária no que tange à exigência da ilicitude da conduta humana ensejadora do dano. Alguns autores, a exemplo de Cristiano Chaves, Rosenvald, e Braga Netto (2015, p. 136), Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 77), entendem que embora a regra seja que a responsabilidade é reflexo de uma conduta ilícita, a atividade lícita também pode ensejar a responsabilização cível. O ato praticado no estado de necessidade é um exemplo de conduta lícita que pode repercutir no dever de reparação do dano. Outros, como Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 71), entendem que a ilicitude é elemento essencial para gerar o dever de reparação civil.

Tendo em vista a previsão expressa de alguns dispositivos do Código Civil pátrio vigente, a exemplo dos arts. 929 e 930 do CC/02, que prevêm o dever de reparação dos danos causados a terceiros em estado de necessidade (causa excludente da licitude), é inegável que a incidência da responsabilidade civil não decorre exclusivamente de condutas ilícitas.

2.3.2 Dano

O dano é elemento indispensável ao surgimento da responsabilidade civil, seja ela negocial ou extranegocial, objetiva ou subjetiva. A responsabilidade civil é historicamente vinculada ao reequilíbrio da condição econômica da vítima, independentemente da existência de prévio negócio jurídico com o ofensor ou mesmo da exigência ou não do elemento anímico (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2015, p. 103).

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 82) conceituam o dano como "a lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator".

O dever reparatório, portanto, pressupõe o dano, que deve ser concreto, não basta o risco de dano ou a conduta ilícita. Sem uma efetiva lesão ao patrimônio econômico ou moral da vítima, não se implementa o dever reparatório. Mesmo na responsabilidade objetiva, fundamentada no risco - seja ele profissional, risco proveito, etc -, o dano é seu elemento preponderante. Logo, na ausência de dano

pode incidir a responsabilidade penal, mas não a civil, ainda que a conduta tenha sido culposa ou dolosa (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

O dano, enquanto elemento necessário ao dever indenizatório, pode ser de cunho patrimonial ou extrapatrimonial; individual, individual homogêneo, difuso ou coletivo, conforme será explanado a seguir.

2.3.2.1 Dano patrimonial

Antunes Varela (1994, p. 611) define o dano patrimonial como aquele passível de aferição pecuniária e que pode ser reparado diretamente - pela restauração natural ou restauração específica do *status quo ante* – ou indiretamente por indenização em dinheiro.

Assim, o dano patrimonial é aquele que causa destruição ou diminuição de um bem dotado de valor econômico. Conforme assinala Cavalieri Filho (2012, p. 78), o dano material engloba os danos emergentes – aquilo que efetivamente se perdeu – e os lucros cessantes – aquilo que razoavelmente deixou-se de lucrar. Ou seja, pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima como também, o futuro, bem como pode não apenas provocar a sua redução, mas também impedir-lhe o acréscimo, pela cessação de lucros, que eram esperados.

A doutrina mais moderna, a exemplo de Cristiano Chaves e outros (2015, p. 222-223), tem acrescentado uma nova espécie de dano patrimonial, além dos mencionados danos emergentes e lucros cessantes, a perda de uma chance. Essa consiste em uma oportunidade frustrada de obter vantagem futura ou evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto. Essa terceira espécie nos permite concluir que não apenas as relações jurídicas existenciais e transindividuais são tuteladas pela responsabilidade civil, mas também os danos intangíveis, desde que amplamente demonstrados.

A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance já se encontra consolidada pela doutrina e jurisprudência pátrias. Nesse sentido, decidiu o STJ, em sede de recurso especial que lhe foi interposto, a seguir transcrito:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de

perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

(STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA)

Importante ressaltar que a finalidade da reparação por danos materiais é condenar o lesante à uma indenização suficiente para reparar o patrimônio da vítima ao estado anterior à lesão. A indenização consiste nessa restauração completa, por se tratar de direitos materiais, diferentemente da compensação extrapatrimonial, como será tratado a seguir.

2.3.2.2 Dano moral

Antes de adentrar no tema, faz-se necessário um prévio esclarecimento acerca da terminologia utilizada. Em que pese a expressão "dano moral" ser consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias e estar prevista na própria legislação para se referir a todas as formas de prejuízos extrapatrimoniais, alguns autores - a exemplo de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 108) - entendem a referida terminologia padece de atecnia. Isso porque nem sempre o dano extrapatrimonial terá natureza moral, podendo se manifestar sob outras formas. Contudo, até mesmo os dissidentes têm se curvado à força dos fatos e aderido indistintamente às referidas terminologias. Nesse contexto, o presente trabalho adotará a sinonímia entre danos morais, extrapatrimoniais e imateriais.

Cristiano Chaves et al. (2015, p. 257) lecionam que o direito civil contemporâneo foi marcado por uma fase de redefinição de valores, especialmente no que tange ao dano moral, cuja reparação foi refutada durante toda a Idade Moderna. Esse entendimento, entretanto, conduziu a inúmeras injustiças e perplexidades, o que levou parte da doutrina a defender a necessidade de mudanças na paradigmática cível.

Pontes de Miranda (1974, p. 221) questionava a frágil fundamentação da doutrina, então majoritária, que sustentava a absoluta irreparabilidade do dano moral. Afirmava o autor que nos próprios danos à propriedade, reside elemento

extrapatrimonial, que se distingue do valor material do dano. Então, como se poderia tutelar o dano imaterial vinculado ao patrimonial, mas não o dano material por si só?

A objeção clássica à reparação dos danos morais residia na dificuldade de se aferir pecuniariamente a compensação pela violação de um direito fundamental, uma vez que as naturezas são distintas. Entretanto, a solução mais justa não nos parece ser a denegatória absoluta de qualquer tentativa reparatória. Nesse diapasão, Cristiano Chaves e outros (2015, p. 259) ensinam que esse entendimento prevaleceu até meados da década de 60, quando o Supremo alterou o seu entendimento para admitir a reparabilidade do dano moral. Isso ocorreu após o julgamento de um recurso extraordinário em que a Suprema Corte concedeu, de forma inédita, a indenização por dano moral.

Numa segunda fase, a partir dessa decisão, Cavaleiri (2012, p. 91/92) afirma que a jurisprudência pátria passou a admitir o ressarcimento do dano moral, desde que não cumulado ao dano material, sob a argumentação de que a indenização pelo dano patrimonial englobaria o dano moral. Posteriormente, constatou-se se tratar de objetos diversos, sendo incabível se falar em absorção.

Esse cenário mudou com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente previu a reparabilidade do dano moral, consolidando definitivamente o novo entendimento. A partir de então, a legislação infraconstitucional também passou a regulá-lo de forma expressa. A Carta Constitucional vigente, em seu art. 5º, incisos V e X; O Código Civil de 2002, no seu art. 186, e o Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, inciso VI. No intuito de dirimir eventuais questionamentos acerca da cumulatividade do dano moral com o material, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 37 reconhecendo tal possibilidade (Ibidem, p.92).

Uma importante distinção entre os danos imateriais e os patrimoniais são os critérios balizadores de sua reparação, visto que são bens jurídicos de naturezas diversas, cujas finalidades não se confundem.

YUSSEF SAID CAHALI (2011, p.44), afirma que o intuito do dano patrimonial, é buscar a reposição em pecúnia pelo valor equivalente, de modo a reparar integralmente os prejuízos sofridos pelo ofendido, reconduzindo o seu patrimônio

ao *status quo ante*. Diversamente, acrescenta, a sanção do dano moral não se consubstancia numa indenização propriamente, já que, nos casos de dano extrapatrimonial, não é possível a eliminação do prejuízo e das suas conseqüências. A reparação imaterial se faz através de uma compensação, não de um ressarcimento, impondo ao ofensor o dever de pagamento de um montante pecuniário em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.

Logo, pode-se concluir que o critério distintivo entre o dano *patrimonial* e extrapatrimonial não deve ater-se apenas à natureza do direito subjetivo atingido, mas ao efeito da lesão, qual seja, à sua repercussão sobre o lesado. Tal critério distintivo é frágil visto que não são raros os casos em que a ofensa a direitos fundamentais gera prejuízos patrimoniais (DINIZ, 2011, p.107).

Maria Celina de Moraes (2013, p. 158-163) enumera as seguintes distinções entre os institutos: a identificação do dano, os critérios de reparação e a forma de liquidação. O primeiro distingue que enquanto o dano patrimonial exige a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral, basta a violação a um direito da personalidade para a configuração da responsabilidade civil. O critério de reparação determina que o dano patrimonial abrange a extensão do dano, independentemente do grau de culpa do agente. Já os danos morais têm critérios reparatórios distintos, baseados na gravidade ou intensidade da culpa do agente, na repercussão social do dano e nas condições socioeconômicas da vítima e do ofensor. Quanto à liquidação, os danos materiais são aferidos em perdas e danos, já os danos morais são liquidados pelo juiz sem qualquer limite legal ou tarifa pré-fixada.

Feitos os esclarecimentos acerca da distinção entre tais figuras jurídicas, cumpre adentrar nos tipos e características dos danos extrapatrimoniais, que podem tutelar relações interindividuais ou coletivas. Assim, o direito civil contemporâneo, costuma classificar o dano moral em individual, coletivo e, mais recentemente, dano moral punitivo. Cada uma dessas figuras será analisada a seguir. Essa última, por ser o tema do presente trabalho, será desenvolvida mais adiante.

2.3.2.2.1 Dano moral individual

O conceito de dano moral não é definido pela ordem jurídica nacional, sua construção é desenvolvida pela doutrina e jurisprudência pátrias. Parte da doutrina costuma vincular o dano moral individual à dor, angústia e sofrimento causado pelo ofensor. Nesse sentido, Yussef Cahali (2011, pag. 28) conceitua o dano moral como a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial.

Contudo, parcela majoritária da doutrina contemporânea - a exemplo de Chaves e outros (2015, p. 261-263), Sérgio Severo (1996, p. 36) - defende que não se deve restringir o dano moral aos efeitos por ele causados. Maria Celina de Moraes (2007, p. 131) assinala que, ultrapassa os limites da função jurisdicional, aferir se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial produz, ou não, a dor ou sofrimento à vítima.

Consoante lição de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 97), o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. A ofensa grave e de repercussão, são suficientes para justificar a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Logo, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, não se vincula necessariamente a uma reação psíquica da vítima.

Nesse sentido, o dano moral decorre de ofensa grave aos direitos da personalidade, atingindo a própria dignidade do ofendido, prescinde-se de prova relativa à dor ou ao sofrimento causado.

Cristiano Chaves, Rosenvald et al. (2015, p. 266), conceituam o dano moral como uma "lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela". Consoante Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 105), o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima do indivíduo, os seus direitos da personalidade, a exemplo direito à vida, à integridade moral, física ou psíquica. Tendo em vista o seu valor imensurável, é árdua a tarefa de valorar a sua reparação. Em suma, os danos extrapatrimoniais, são afetos a bens que não têm caráter econômico, que não são passíveis de mensuração e não possibilitam o retorno ao *status quo ante*.

Sob a égide da Constituição vigente, pode-se definir o dano moral como a violação à dignidade humana, princípio basilar do Estado brasileiro. Logo, a causa do dano moral está na injusta violação a um direito da personalidade – como direito à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade -, tutelado sob o manto da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que atualmente, consolidou-se o entendimento de que os direitos fundamentais são assegurados não apenas às pessoas naturais, mas também às pessoas jurídicas. Resta-se superada a doutrina que defendia que tais direitos se dirigem exclusivamente às pessoas humanas. Gilmar Mendes e outros (2008, p. 271) afirmam que “não há, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física”.

Tendo em vista a impossibilidade de reposição dos direitos extrapatrimoniais violados, que jamais poderiam ser restituídos ao *status quo ante*, questiona-se qual seria a natureza jurídica do dano moral. Gagliano e Pamplona Filho (2015, p.130) sustentam que, neste tipo de reparação, o dinheiro tem função satisfatória e não indenizatória. Trata-se de natureza sancionadora, que se materializa por meio de compensação material ao lesado, além de outras funções acessórias da reparação civil.

Conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.31/32), a doutrina atual vem atribuindo à reparação do dano moral duas funções muito diversas. De um lado, há a tradicional função compensatória à vítima, efetivada por meio da indenização pelos danos sofridos. De outro, vislumbra-se também uma função punitivo-pedagógica, que institui critérios a serem observados na fixação do valor arbitrado, como as condições econômicas das partes, e o grau de culpa do ofensor, no intuito de dissuadir à repetição do ato danoso.

Tal função punitiva, contudo, se faz presente em algumas situações excepcionais, sempre que a indenização ressarcitória se mostra insuficiente para garantir o efetivo cumprimento dos comandos legais. Entretanto, eventual condenação pedagógico-punitiva deve ser aplicada isoladamente, em montante próprio, de modo que o lesante e a sociedade possam aferir o grau de

reprovabilidade do ilícito. O tema será objeto de estudo detalhado em momento oportuno no presente trabalho.

Apesar das divergências apontadas, advoga-se que a verdadeira natureza da reparação pelo dano moral encontra-se definida no bojo do seu próprio nome, sendo, portanto, reparatória, indenizatória. Trata-se de um meio de se recompor o patrimônio do ofendido pelos danos que lhe foram causados. Assim, a indenização por danos morais visa à recomposição do bem jurídico violado.

Diante da impossibilidade de recomposição *in natura* do bem jurídico violado, o lesionado é compensado pela violação aos seus direitos personalíssimos através de uma indenização pecuniária devida pelo ofensor.

Um esclarecimento se faz necessário, considerando a relevância dos direitos fundamentais imposta pelo nosso sistema jurídico, a ocorrência de um dano moral individual acaba por refletir na coletividade como um todo. Nesse diapasão, Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 308/381) explana que um ato, doloso, gravemente culposos, ou negativamente exemplar, não é lesivo apenas ao patrimônio jurídico da vítima, mas acaba por repercutir em todo o meio social, num rebaixamento imediato da qualidade de vida do seu povo.

Logo, quando a gravidade do ilícito perpetrado contra alguém é de tamanha reprovação, atingindo valores tão essenciais, os seus efeitos acabam extrapolando a esfera individual do lesado, de modo a atingir, reflexamente, em toda a sociedade.

2.3.2.2.2 Dano social

Inicialmente, cumpre esclarecer, que a terminologia “dano moral coletivo” para se referir à lesão a esfera personalíssima da “sociedade” ou da “coletividade” se mostra equivocada, em que pese a ampla consolidação do termo no meio doutrinário. Leandro Fernandez Teixeira (2014, p. 159) atribui o erro à desconexão entre a concepção jurídica dano moral e a natureza dos direitos transindividuais. Logo, sustenta ser mais condizente a utilização da terminologia “danos sociais”.

O dinamismo social do mundo contemporâneo repercutiu na formação de uma sociedade de massa, que transformou as relações sociais, passando a demandar uma maior proteção no âmbito coletivo. Num Estado Democrático de Direito, como o Brasil, pautado pela dignidade da pessoa humana e pelo princípio da solidariedade, a tutela meramente individual tornou-se insuficiente para assegurar a proteção contra agressões imateriais que prejudiquem o âmbito social de maneira generalizada. Tornou-se necessário ampliar os institutos jurídicos para além das agressões individuais, voltando-se para uma socialização do Direito, de modo a se adequar às novas situações jurídicas.

Resedá (2009, p. 158) ressalta que a compreensão dos interesses transindividuais perpassa pelo reconhecimento da coletividade como um sujeito de direito independente das pessoas que a compõem. Os valores dessa coletividade são autônomos em relação às suas partes, estão desatrelados dos valores individuais de cada um. Portanto, ao se falar em dano social, estar-se-á diante de sujeitos passivos indeterminados ou indetermináveis.

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 99), a depender da natureza dos direitos violados, há três espécies de danos sociais *lato sensu*: difusos, coletivos e individuais homogêneos. A definição legal destes conceitos é feita pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 81 traz norma geral sobre a matéria, cuja aplicação não se limita às relações de consumo.

Os direitos coletivos são aqueles titularizados por um grupo reunido para defesa de interesses comuns. Consoante definição do art. 81, do CDC, são aqueles de titularidade de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Já os direitos difusos correspondem a um conjunto indeterminado de pessoas, desvinculada de qualquer base associativa, mas que têm expectativas comuns relativas a uma melhor qualidade de vida, ligadas, portanto, a uma circunstância fática (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2015, p. 316).

Já os direitos individuais homogêneos são definidos pelo art. 81 do CDC como aqueles ligados por uma origem comum. Pedro Lenza (2005, p. 76) afirma que tais interesses, próprios de uma sociedade de massa, caracterizam-se pela sua divisibilidade plena, seus sujeitos são determinados e não há uma relação

jurídica de ligação entre eles. A sua conexão deriva de uma situação fática uniforme, a exemplo de um dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Nesse contexto, é possível a aferição do prejuízo individual de cada um, podendo-se cindir o referido interesse homogêneo.

O critério científico para distinguir os direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos ou meramente individuais não é, portanto, a matéria abstratamente considerada, mas o direito subjetivo que foi violado, haja vista a impossibilidade de setorialização dos direitos em função das matérias envolvidas (GIDI apud GAGLIANO E PAMPLONA, 2015, p. 100).

Isso pois, o fator determinante para classificar um direito como difuso, coletivo em sentido estrito, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende a partir da propositura da ação, visto que um mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva *stricto sensu* e individual.

2.3.3 Nexo de causalidade

O nexos causal é o elo conectivo entre a conduta do agente e o dano. A ligação do resultado danoso ao agente infrator é indispensável para a incidência da responsabilidade deste. Nas palavras de Agostinho Alvim (1972, p. 340), o dano só pode gerar responsabilidade quando há um nexos causal entre ele e o seu autor. Ou seja, um dano só produz responsabilidade, quando a sua causa consiste numa falta cometida ou num risco legalmente sancionado.

Diversas são as teorias que buscam explicar o nexos de causalidade. No Brasil, entretanto, há três correntes de destaque para identificação da causa que efetivamente gerou o dano: a teoria da equivalência dos antecedentes; teoria da causalidade adequada e teoria do dano direto e imediato. Cavalieri Filho (2012, p. 50) alerta para o fato de que nenhuma teoria nos oferece soluções prontas para todas as questões envolvendo o nexos causal, mas cada uma desenvolve um raciocínio lógico a seguir na busca da melhor solução. A jurisprudência

brasileira não tem se filiado a uma única teoria, mas tem adotado o entendimento que melhor se adequa às peculiaridades de cada caso concreto.

A teoria da equivalência dos antecedentes não distingue causa e condição, considera como causa do dano qualquer evento que contribuiu para o resultado danoso, sem distinção da maior ou menor relevância que cada causa teve, no caso da existência de concausas. Essa teoria, portanto, aceita qualquer das causas como eficiente. A crítica feita pela doutrina, a exemplo de Anderson Schreiber (2013, p. 57), é que a sua aplicação amplia ilimitadamente o dever de reparar, imputando-o a uma pluralidade de agentes e eventos que, apenas remotamente, se relacionam ao dano produzido. Isso conduz a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal. Tais efeitos expansionistas da teoria da equivalência dos antecedentes, entretanto, não se verificam no direito penal, o que repercutiu na sua adoção por diversos Estados na seara penalista, inclusive o Brasil. Isso porque o princípio da tipicidade penal limita o juízo de responsabilização sobre as condutas típicas, ainda que outras tenham concorrido como causas do resultado punível.

Já a teoria da causalidade adequada, conforme assinala Cavalieri Filho (2012, p. 52-53), prevê que nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, apenas aquela mais adequada à produção concreta do resultado deve ser considerada como causa. Entre uma pluralidade circunstancial que concorre para a produção do resultado, a causa adequada será a que teve interferência decisiva. A descoberta da causa de um dano perpassa por um juízo de probabilidades, devendo-se indagar se a ação ou omissão era adequada para produzir o dano. O juízo de previsibilidade das conseqüências deve ser aferido pelo juiz, que deve eliminar os fatos menos relevantes, aqueles antecedentes que seriam indiferentes à efetivação do dano. Contudo, foi alvo de intensas críticas devido à incerteza inerente à probabilidade, e conseqüentemente, a indefinição da efetiva causa do dano. Os tribunais brasileiros, entretanto, têm feito alusão a essa teoria constantemente, contudo dão a ela os contornos da teoria do dano direto e imediato, que será analisado a seguir.

Diante das críticas às teorias supramencionadas, surge a teoria da causalidade direta ou imediata. Anderson Schreiber (2013, p. 60), aduz que essa teoria

considera como causa o antecedente fático, direto e imediato, que gere um resultado danoso, sem a interferência de outra condição sucessiva. Ressalte-se que a causa direta e imediata nem sempre será a causa mais próxima do dano, mas aquela que necessariamente o ensejou. Ou seja, é aquela que revela um elo necessário entre a causa e o efeito danoso, não obrigatoriamente vinculada a uma proximidade temporal ou espacial.

Cavaliere Filho (2012, p. 54-55) defende que não há regra expressa regulando o nexo causal no Código Civil de 2002. Contudo, a doutrina e jurisprudência majoritárias, a exemplo de Anderson Schreiber (2013, p. 60), Gagliano e Pamplona Filho (2015, P. 147), fundamentam-se no art. 403 do atual Código Civil pátrio para sustentar que a teoria da causalidade direta ou imediata foi positivada na seara cível, como regra geral. O referido dispositivo prevê que, mesmo no caso de inexecução que resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes *por efeito dela direto e imediato*. Atualmente, consolidou-se o entendimento de que a necessidade consiste no verdadeiro núcleo dessa teoria, não se excluindo a ressarcibilidade excepcional dos danos indiretos quando derivados necessariamente da causa em questão.

2.4 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Dentre as classificações doutrinárias da responsabilidade civil, o presente irá retratar da distinção feita com base na exigência ou não de comprovação da culpa. O referido critério subdivide a responsabilidade em objetiva e subjetiva, fruto da evolução histórica do instituto, conforme será tratado a seguir. Ressalte-se que as duas formas de responsabilidade civil se conjugam atualmente, não havendo que se falar numa separação estanque entre elas.

2.4.1 Responsabilidade subjetiva

A teoria subjetiva da responsabilidade civil prevê o dever de reparação de danos injustos decorrentes de um dever de cuidado. Se desenvolveu no contexto

ilusionista europeu, que lhe ofereceu as bases necessárias para a sua eclosão. Adotada pelo Código Civil francês de 1804, essa concepção de responsabilidade civil atrelada à culpa se expandiu pelos sistemas jurídicos ocidentais durante a Idade Moderna, se consolidando como teoria clássica da responsabilidade civil (CHAVES, ROSENVALD E BRAGA NETTO, 2015, p. 411).

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p. 179), "a exigência da culpa como pressuposto da responsabilidade civil representou, inegavelmente, um grande avanço na história da civilização, na medida em que se abandonou o objetivismo típico das sociedades antigas". Tal progresso derivou do abandono à ideia de vingança para se analisar subjetivamente a conduta do causador do dano, averiguando a existência ou não da culpa *lato sensu*.

Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 160) relacionam o surgimento da teoria subjetivista aos interesses burgueses então emergentes, quando a culpa foi convertida em um limite à autonomia privada a fim de filtrar as pretensões reparatórias e atender, assim, à lógica econômica liberal de intervenção mínima do judiciário nas relações privadas. O *onus probandi* do elemento anímico na conduta do ofensor era da vítima, caberia a ela comprovar que a conduta do autor do dano derivou de um ato voluntário, o que, não raro, impossibilitava a reparação.

2.4.1.1 A culpa: lato sensu e stricto sensu

A culpa *lato sensu* consiste na violação voluntária de um dever jurídico, cujo resultado danoso era previsível, que pode derivar de fato intencional - característico do dolo - ou da omissão de diligência ou cautela - que retrata a culpa *stricto sensu*. Maria Helena Diniz (2011, p. 58) define o dolo, como a vontade livre e consciente de se infringir um dever jurídico e concretizar o fim ilícito. Já a culpa em sentido estrito se manifesta por meio da imperícia, imprudência ou negligência, ausente a deliberação na prática do ilícito.

A negligência revela a ausência do dever de cuidado por meio de uma omissão. A imprudência deriva da precipitação do agente que enfrenta

desnecessariamente o perigo. Por fim, a imperícia é a inaptidão para a prática de uma atividade técnica ou científica (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2015, p. 186-187).

O elemento anímico engloba um elemento objetivo (a violação de um dever) e outro subjetivo (a imputabilidade do agente). Esta última se refere à capacidade e discernimento do indivíduo, fazendo-se imprescindível para a incidência da responsabilidade, que o fato possa ser imputável ao seu autor (SAVATIER apud DINIZ, 2011, p. 59).

Ressalte-se que os critérios para a aferição do grau de culpa do ofensor devem se basear na conduta do homem médio, no parâmetro romanista, o *bonus pater familias*. Ou seja, analisa-se a possibilidade de previsão do resultado danoso por um homem comum, em caso positivo, imprime-lhe o dever de evitar o perigo.

2.4.1.2 A gradação da culpa

O exame dos graus de culpa se justifica por influir na imputação do agente e na mitigação equânime do montante reparatório. A culpa costuma ser classificada pela doutrina em três graus distintos: grave, leve e levíssima.

A culpa grave é aquela equiparada ao dolo, embora não intencional, é como se o agente tivesse desejado o evento danoso. A culpa leve deriva da falta de zelo esperada da conduta de um homem comum. Já a levíssima é aquela que decorre de uma falta que apenas que um diligentíssimo indivíduo observaria (STOCO apud STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2015, p. 184).

No âmbito cível, a culpabilidade é muito mais ampla do que na seara penal, pois, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 58), a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

A doutrina civilista clássica não distingue os graus de culpa na aferição do *quantum* indenizatório, este se vincula à extensão do dano. Essa concepção é a regra geral do Código Civil de 2002 (art. 944, caput). Entretanto, a gradação dos graus de culpa também foi considerada haja vista que o parágrafo único do referido artigo possibilita que o juiz se utilize do grau da culpa para reduzir, equitativamente, o valor da indenização.

Tendo em vista a supracitada previsão legal bem como os princípios da dignidade humana e da justiça social, vetores basilares do sistema jurídico nacional, é clara a intenção do legislador em possibilitar ao magistrado a análise da gradação da culpa na aferição do *quantum* indenizatório. Não seria razoável, portanto, desconsiderar a culpabilidade mais gravosa do infrator para obstar um excepcional aumento equitativo no montante reparatório, de modo a prevenir a reiteração da conduta. Tal possibilidade é defendida pela teoria dos *punitive damages*, foco do presente trabalho, que será detalhada em momento posterior.

2.4.2 Responsabilidade objetiva

Influenciado pelo Código Civil francês, o CC/1916 regulou a responsabilidade com base na culpa. Com o advento do desenvolvimento industrial, houve uma multiplicação de acidentes do trabalho, dada a precariedade das relações laborais da época. As vítimas eram privadas de seu direito de ressarcimento pelos prejuízos sofridos diante impossibilidade de comprovação do elemento anímico dos empregadores. Neste novo cenário, a teoria clássica se tornou um óbice à própria efetivação de justiça (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2015, p.414/415).

Os novos anseios sociais, derivados da concentração urbana e da degradação das condições de trabalho, se tornaram cada vez mais evidentes e a teoria subjetiva começou a entrar em declínio.

Conforme explanação de Silvio Venosa (2009, p. 17), a Idade Moderna, portanto, foi marcada por uma mudança paradigmática no fundamento da responsabilidade civil, que passou a se situar na quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano. Houve então uma transferência do enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para o dano.

A partir de então, começou-se a vislumbrar novas teorias que contemplassem o dever de reparação do dano independentemente da comprovação da culpa, sem, entretanto, excluir a teoria clássica.

Dentro deste contexto, desenvolveu-se a teoria do risco, trazendo como fundamento da responsabilidade civil, o exercício de uma atividade perigosa,

independentemente da culpa. Nesses casos, aquele que exerce atividade de risco deve suportar o ônus de eventuais danos causados a terceiros em razão da deste exercício (GONÇALVES, 2014, p. 49).

A teoria do risco serviu de base à responsabilidade objetiva, fundada no princípio da equidade, que aduz que aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Tal objetivação admitiu a responsabilização do agente causador do dano, prescindindo a comprovação de dolo ou culpa (ibidem, p. 49).

Quis o legislador dispensar a prova da culpa em todas as situações socialmente relevantes, quando a respectiva comprovação se torna um óbice pesado ou intransponível para a vítima.

2.4.3 Teoria adotada pelo Brasil

Conforme assinala Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 59), o direito civil brasileiro incorporou a teoria subjetivista, conforme esculpido no art. 186 do Código de Civil de 2002, que fixa a regra geral da responsabilidade civil, que tem o elemento anímico requisito intrínseco. Entretanto, o legislador adotou a responsabilidade objetiva em diversos dispositivos do CC/02, a exemplo do art. 927, bem como em leis esparsas.

Diante da previsão expressa na legislação pátria da responsabilidade civil objetiva, a doutrina tem elencado como pressupostos gerais da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre eles, sendo a culpa apenas um elemento accidental.

Muitos juristas brasileiros, entretanto, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 66), reconhecem a culpa como elemento essencial da responsabilidade civil. Outra considerável parcela doutrinária, como Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 183), entende que a culpa é componente secundário, haja vista que o ordenamento prevê a possibilidade do magistrado reconhecer a responsabilidade civil do infrator, sem a indagação do elemento anímico, nas hipóteses de responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva, contudo, não consiste na responsabilização sem culpa do agente, mas sim, independentemente da existência do elemento anímico. Logo, não se deve vincular a teoria objetiva à licitude da conduta danosa haja vista que não há uma análise da antijuridicidade do ato, exige-se apenas o nexo causal entre a conduta do agente (lícita ou ilícita) e o dano injusto para a incidência da responsabilidade (CHAVES, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2015, p. 422).

2.5 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme leciona Chaves, Rosenvald e Braga Netto (2015, p. 37), a reparação civil pode apresentar três funções distintas: reparatória, punitiva e preventiva. A primeira é a sua função dominante, e traz a finalidade precípua do instituto da reparação civil: reconstituir as condições do titular do direito violado antes do dano, ou seja, o retorno ao *status quo ante*. O bem perdido ou violado é repostado integralmente, quando impossibilitada a reposição, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em montante equivalente ao valor do bem material, ou compensatório, na hipótese de violação a bens extrapatrimoniais, não aferíveis pecuniariamente.

As funções punitiva e preventiva da responsabilidade funcionam como um instrumento de controle social das atividades lesivas. Diante de uma sociedade pautada na dignidade da pessoa humana, na justiça social e na solidariedade, não seria possível limitar a função do instituto em epígrafe ao viés reparatório, especialmente nos casos de violação aos direitos da personalidade e aos direitos coletivos *lato sensu*.

Diante da violação a direitos fundamentais, cuja efetivação deve ser assegurada pelo ordenamento jurídico, António Menezes Cordeiro (1997, p. 481-482) defende que a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais adequada, de modo a punir o infrator e dissuadir novas condutas lesivas.

O efeito punitivo é a consequência lógico-jurídica das condutas que ignoram o dever de cautela imposto pelo Estado no intuito de evitar a sua reiteração. Já o caráter preventivo surge no contexto da sociedade pós-moderna, que trouxe

novos contornos à responsabilidade, não mais se limitando à concepção repressiva de danos já ocorridos. Numa perspectiva proativa, a responsabilização passou a tutelar danos potenciais com o fim de evitar conseqüências desastrosas, e muitas vezes, irreparáveis (LEITE e CAETANO, 2013, p. 274).

Sob essa ótica da doutrina pátria mais moderna, que defende uma tríplice função para a responsabilidade, passemos a analisar a teoria dos *punitive damages*.

2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA TRABALHISTA

No âmbito juslaboral brasileiro incidem tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva. Cavalieri filho (2012, p. 151) explana que *a exigência de culpa, como fundamento da responsabilidade trabalhista, revelou-se inicialmente insuficiente para regular os acidentes de trabalho. Com a produção mecanizada, houve um significativo incremento do número de acidentes, uma vez que os trabalhadores eram submetidos a grandes riscos. Diante disso, não raro, o trabalhador era privado de seus direitos em razão da impossibilidade de se provar a culpa do empregador, gerando múltiplas injustiças cometidas sob o manto legal. Para corrigir tal distorção, os fundamentos da responsabilidade civil são revistos, dando ensejo ao surgimento da teoria objetiva, que concede maior proteção ao trabalhador.*

Eugênio Facchini Neto (2006, p. 177) afirma que, diante do impasse entre condenar uma pessoa a reparar os danos causados por sua atividade, na ausência de culpa, ou impossibilitar a vítima, também sem culpa, à indenização pelos prejuízos sofridos surge, no final do século XIX, a *teoria do risco*, advogando que, quem cria o risco deve arcar com os danos causados a outrem, independentemente de culpa. A partir de então, várias teorias surgiram tratando da responsabilidade objetiva com fundamento no risco: risco-proveito, risco criado, risco profissional e risco integral.

A teoria do risco-proveito surgiu na França e trata da especial situação da responsabilização do empregador em casos de acidentes de trabalho envolvendo os seus empregados. Ou seja, aquele que tira proveito da atividade

danosa deve ser responsabilizado independentemente de culpa. A tese, contudo, passou a se mostrar insuficiente em função da dificuldade em provar o mencionado proveito (Ibidem, 2006, p. 178).

Affonso Dallegrave Netto (2010, p.121) entende que o art. 2º, da CLT, ao prever que o empregador assume os riscos da atividade econômica, demonstra a adoção do risco-proveito. Assim, incide a responsabilidade do empregador em relação aos danos sofridos pelo empregado pela execução regular do contrato de trabalho.

Já a teoria do risco criado, segundo Caio Mário (2002, p. 270), é aquela que melhor se adapta às condições de vida social, prevê a responsabilização daquele cuja atividade cause danos a outrem, independentemente do dano decorrer de imprudência, ou um erro de conduta. É uma ampliação à teoria do risco-proveito, posto que à vítima não incide o ônus de provar que o dano resultou de uma vantagem ou benefício obtido pelo ofensor. O fato gerador da responsabilidade deixa de ser um proveito ou lucro particular para abarcar a atividade em geral. A idéia de risco perde seu aspecto econômico, profissional.

A teoria do risco profissional, conforme leciona José Affonso Dallegrave Neto (2010, p. 116), sustenta que o dever indenizatório incide sempre que o dano decorre da atividade profissional do lesado. Tal tese se estende aos empregadores de todas as atividades laborais, independentemente da sua vinculação a qualquer grau de periculosidade.

Cavaliéri Filho (2012, p. 157) afirma que o risco-integral é a modalidade extremada da teoria do risco em que incide a obrigação do agente reparar o dano causado inclusive nos casos de inexistência do nexo de causalidade. O dever indenizatório surge tão-somente em face do dano, ainda que oriundo de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Tal concepção é admitida no Direito Administrativo, como um meio de repartir pela coletividade os danos atribuídos ao Estado, ainda que o dano seja decorrente da atividade da vítima.

Parte minoritária da doutrina, a exemplo de Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Severo (2014, p.121), defende a aplicação da tese do risco-integral à seara

laboral, sob o fundamento do art. 2º da CLT² e do princípio da proteção ao trabalhador. Contudo, tal interpretação se mostra contrária ao postulado da razoabilidade, visto que o referido dispositivo dispõe sobre a alteridade do empregador, que deve responder pelos riscos de insucesso do empreendimento. Assim, se o negócio vier a fracassar, incide a responsabilidade objetiva do contratante pelo pagamento do salário e demais encargos trabalhistas. Não parece razoável, portanto, responsabilizar o empregador diante da exclusão do nexo causal. Tal oneração excessiva engessaria a própria economia do país, funcionando como um verdadeiro desestímulo às contratações.

Cumprido esclarecer uma aparente contraditoriedade entre o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil³, que dispõe sobre a responsabilidade objetiva, e o inciso XXVIII do art. 7º da CRFB/88⁴, que prevê a responsabilização subjetiva do empregador diante de acidentes de trabalho. Essa decorre de um dever contratual, ao passo que o Código Civil trata da responsabilidade extracontratual.

Nesse sentido, Pamplona Filho (2003, p. 252) afirma que se o empregador desenvolve atividade econômica em que haja risco inerente, responderá de forma objetiva, ante a adoção da teoria do risco criado, em relação a todos os lesados, inclusive aos seus empregados. Tal posicionamento se mostra de acertada plausibilidade, visto que harmônico aos postulados jurídicos internos. Uma interpretação contrária, que sustente a exigência da prova de culpa exclusivamente aos trabalhadores, seria um verdadeiro disparate.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade, na seara trabalhista, é subjetiva, em regra. Contudo, responderá o empregador objetivamente sempre que exercer atividade de risco, assim determinada por força de lei ou norma coletiva. Ou seja, diante da percepção, pelo obreiro, de adicional salarial em razão dos riscos da atividade, a exemplo dos adicionais de insalubridade, periculosidade e risco portuário. Uma segunda hipótese é diante de acidentes causados pela

² Art. 2º, CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

³ Art. 927, CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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”.

⁴ Art. 7º, XXVIII, CRFB: “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

empresa, quando responder objetivamente em relação a qualquer lesado, igualmente deverá responder em relação aos seus empregados.

Um outro esclarecimento se faz necessário para a melhor compreensão do tema central do presente trabalho. Sabe-se que o contrato de emprego não se restringe aos limites das relações interprivadas, tanto no seu conteúdo, como efeitos. A complexidade das relações trabalhistas reflete em toda a dinâmica social, e conseqüentemente, há um relevante interesse público na garantia ao cumprimento de suas normas.

Diante disso, Rodrigo Trindade de Souza (2011, p.581) leciona que o Direito do Trabalho brasileiro não limitou os efeitos dos ilícitos à mera recomposição econômica da vítima, uma vez que há diversas hipóteses em que o legislador previu a punição do empregador, além da indenização ao lesado. A título de exemplo, temos as multas pelo descumprimento dos dispositivos de duração do trabalho (artigo 75 da CLT), de férias (artigo 153 da CLT), de segurança e medicina do trabalho (artigo 201 da CLT), de nacionalização do trabalho (artigo 351 da CLT), de proteção ao trabalho da mulher (artigo 401 da CLT), de proteção ao trabalho do menor (artigos 434 e 435 da CLT), pelo não recolhimento de FGTS (artigo 22 da Lei n^o 8.036/90).

Em decorrência dessa opção normativa pelo estabelecimento paralelo de condenação punitiva, advogar a impossibilidade da imposição jurisdicional de outras sanções em razão de seu caráter punitivo, não parece plausível. A matéria, contudo, será objeto de análise mais detalhada em momento oportuno nesse trabalho.

3 PUNITIVE DAMAGES NOS PAÍSES DE COMMON LAW

A essencialidade dos direitos violados por meio dos danos extrapatrimoniais, seja no âmbito individual ou coletivo, fez emergir uma crise no paradigma exclusivamente reparatório da responsabilidade civil, conforme assinalado previamente. Nessas hipóteses, não se é possível mensurar objetivamente a compensação econômica dos prejuízos, haja vista a natureza distinta dos bens envolvidos.

O clássico viés da neutralidade axiológica da responsabilidade - tão característico dos países de origem romano-germânica, como o Brasil, não permite qualquer graduação relativa ao desvalor da conduta ofensiva, o que impossibilita a efetivação da justiça em diversas situações. A mera reparação do dano passou a se mostrar insuficiente para dissuadir novas condutas semelhantes, especialmente quando o ofensor auferir vantagens econômicas com o ilícito, mesmo após o ressarcimento dos danos. Nesse contexto, juristas desses países recorrem ao estudo da teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages*, característico dos países de *common law*, no intuito de adaptar o direito aos anseios sociais emergentes.

Nesse capítulo, serão examinadas as características da supramencionada teoria no direito comparado, mais especificamente na Inglaterra, onde se deu o seu surgimento, e nos Estados Unidos, onde amplamente se desenvolveu. Para tanto, será traçado o perfil geral do instituto, e todos os aspectos relevantes para a sua melhor compreensão, desde a sua conceituação, funções e antecedentes históricos, até as críticas à sua aplicação.

3.1 TERMINOLOGIA

Punitive damages é uma expressão criada pelo direito norte-americano e que corresponde à figura correlata britânica dos *exemplary damages*. Antes de adentrar no conceito do instituto, faz-se necessário um prévio esclarecimento sobre o significado da expressão *punitive damages*, que vem sendo traduzida para o vernáculo de formas diversas.

Salomão Resedá (2009, p. 260-261) critica a tradução literal e refuta a denominação "danos punitivos" sob o fundamento de sua incongruência com objetivo precípuo do instituto, sem refletir seu âmago no âmbito jurídico brasileiro. Defende o autor que o caráter punitivo não é o seu fim, mas sim a dissuasão da conduta ofensiva. Ele prefere a expressão original anglo-saxônica ou a tradução "teoria do desestímulo", haja vista que o preponderante nesses tipos de condenação é o seu caráter desestimulador e não propriamente uma intenção punitiva.

A expressão "danos punitivos" será refutada no presente trabalho haja vista que o que se busca punir e prevenir são as condutas ilícitas de significativa reprovabilidade, qualificados pelo dolo ou grave culpa do ofensor, a causa dos danos e não os danos causados. Esses serão ressarcidos por meio dos *compensatory damages*, conforme será detalhado.

A sua tradução como "teoria do desestímulo" se mostra mais adequada ao alcance dos fins aqui pretendidos. Isso porque a função punitiva do instituto não pode ser vista como um fim em si mesmo, mas como um meio de atingir os seus objetivos sociais, especialmente a dissuasão de novos ilícitos semelhantes.

3.2 CONCEITO

No sistema de responsabilidade civil dos países da *common law*, os *damages* representam as conseqüências pecuniárias advindas da prática de um ilícito, podendo assumir distintas funções. Para esclarecer o estudo em questão, deteremo-nos na análise comparativa dos *punitive* e *compensatory damages*.

Rômulo Grutes da Silva (2012, p. 6) afirma que *actual damages* ou *compensatory damages* é a tradicional indenização reparatória, existente desde o Direito romano, cuja finalidade é restabelecer a situação patrimonial da vítima ao momento anterior à ocorrência do dano. Tratam, portanto, das condenações que visam a reparar um prejuízo real, em montante suficiente para indenizar a vítima pelos danos que lhes foram causados.

Já os *punitive damages* surgiram para a tutela dos bens extrapatrimoniais, que não eram reparados pelos *compensatory damages*, a partir da mencionada

renovação paradigmática da responsabilidade civil. Cavalieri Filho (2012, p. 106) afirma que o instituto apresenta dúplice finalidade: preventiva, atuando como meio de dissuasão de novos ilícitos, e punitiva ao infrator, para reprimir violações mais graves. Ressalta o autor que tal arbitramento deve ser moderado e equânime para que a reparação pelo dano moral não se desvirtue para fins lucrativos.

André Gustavo Corrêa de Andrade (2008, p. 3) conceitua os *punitive damages* como o montante pecuniário variável a ser imposto sempre que o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é essencialmente reprovável, a imposição do instituto mostra-se imprópria.

Assim, a sua incidência deve ser excepcional, legitimada apenas quando a conduta violadora for particularmente reprovável. Somente nos casos de dolo, de maior gravidade na culpa do agente que demonstra total indiferença em relação aos direitos fundamentais do ofendido, ou quando há obtenção de lucro com o ilícito e ainda na reiteração da conduta violadora, é que a teoria do desestímulo se mostra necessária.

Na jurisprudência anglo-saxônica, a aplicação dos *punitive damages* é autônoma em relação aos *compensatory damages*. Enquanto esses visam a compensar a vítima pelos danos sofridos, os *punitive damages* visam a retribuir o ofensor pelo ilícito e desestimular a ocorrência de novas condutas semelhantes no futuro.

Em casos de violação a direitos fundamentais, os *punitive damages* se mostram essenciais para sancionar e dissuadir a reiteração dos ilícitos de especial gravidade. Nesse sentido, Sebok (2007, p. 1.008) afirma:

Punitive damages vindicate the “dignity” of the private citizen and, therefore, the private right whose violation grounds their award, is the private right not to have one’s dignity violated. This right can be expressed in a number of ways—the right to respect, the right to dignity, and the right to moral equality⁵.

Diante do exposto, conclui-se que a teoria do desestímulo surge como um instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, raiz

⁵ Os *punitive damages* tutelam a dignidade do cidadão comum e, conseqüentemente, o seu direito fundamental cuja violação incide a aplicação do instituto - o direito de não ter a sua dignidade violada. Este direito pode se expressar de diversas maneiras - o direito ao respeito, o direito à dignidade e o direito à igualdade moral. (tradução livre)

principiológica de todo o arcabouço jurídico, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações.

3.3 FUNÇÕES DOS *PUNITIVE DAMAGES*

A doutrina americana, a exemplo de David Owen (1994, p. 373-374), costuma atribuir as seguintes funções ao instituto: *education* (educativa), *retribution* (retributiva), *deterrence* (preventiva), *compensation* (compensatória) e *law enforcement* (de reforço ao cumprimento da lei). Cada uma delas será tratada a seguir.

3.3.1 A função de reforço ao cumprimento da lei (“*law enforcement*”)

O *law enforcement* é a primeira função exercida pelos *punitive damages*, que trata de assegurar o efetivo respeito ao sistema jurídico vigente. De acordo com David Owen (1994, p. 380- 381), em que pese se tratar de um instituto jurídico do direito privado, os *punitive damages* atuam com o fim de assegurar o real cumprimento à Lei e aos direitos subjetivos dos cidadãos, especialmente nos casos em que o Direito Penal ou outros ramos sancionadores do direito, não incidem. Nas palavras do autor:

It is the very existence of a prospective windfall that helps to motivate reluctant victims to press their claims and enforce the rules of law. In so energizing the law through increased enforcement, punitive damage assessments serve instrumentally to promote each of the underlying substantive objectives of punitive damages-education, retribution, deterrence and compensation⁶.

Diferentemente do Direito Penal, nos ilícitos civis (*torts*), a sanção à conduta lesiva não ocorre por iniciativa estatal, mas depende da atuação dos particulares que, lesados em seu patrimônio, recorrem ao Poder Judiciário, para pleitear a reparação pelos prejuízos sofridos, e conseqüentemente, o restabelecimento da

⁶ É a própria existência de um ganho potencial que motiva vítimas relutantes a pleitear suas reivindicações e buscar o efetivo cumprimento das normas legais. Nessa perspectiva de reforçar o cumprimento da lei assegurando-lhe uma maior efetividade, os *punitive damages* servem como instrumento para promover cada um dos seus objetivos: educação, punição, dissuasão e compensação.

ordem jurídica violada pelo ilícito. Contudo, em diversas situações em que os prejuízos do ilícito eram de pequenas proporções, o ofendido preferia se abster de buscar seus direitos perante o Estado, mesmo nos casos de especial reprovação da conduta ofensiva.

Assim, o incentivo para que o particular acione o Poder Judiciário é especialmente relevante e necessário nas hipóteses danos sociais, quando há prejuízo à coletividade, mesmo quando tais prejuízos não são de expressivo valor. Se não houvesse o incentivo à demanda, representado pelos *punitive damages*, o ofensor persistiria com sua atividade danosa, até porque, em muitos dos casos, tal atividade lhe é bastante lucrativa.

3.3.2 A função educativa (*education*)

David Owen (1994 p. 374) aduz que a indenização punitiva apresenta uma significativa função educativa, tanto para o agressor quanto para a sociedade em geral, em dois aspectos significativos. O primeiro é certificar que, ao lado de cada direito legalmente tutelado, há um dever legal correspondente de respeitar esse interesse. O outro é que o instituto ratifica a importância que a lei atribui a eventuais violações ao ordenamento, que devem ser sancionados de acordo com a gravidade do ilícito.

Tal função serve para informar e lembrar a todos que determinados interesses e direitos são especialmente importantes, e que eventuais descumprimentos a tais valores, são especialmente gravosos, devendo ser reprimidos com maior rigor. Diante do exposto, pode-se concluir que o desempenho adequado das finalidades retributiva e preventiva perpassa pelo cumprimento da sua função educativa, conforme será detalhado a seguir.

3.3.3 A função retributiva (*retribution*)

Mais conhecida como função punitiva e vista por muitos doutrinadores como a mais relevante finalidade almejada pelo instituto, pois deu origem à sua própria nomenclatura, traz a ideia de que os *punitive damages* consistem em um

instrumento adequado para punir o ofensor pelas graves condutas cometidas. Sua finalidade seria de atribuir à vítima do ilícito um sentimento de satisfação, de que a Justiça foi feita no caso concreto.

Schwartz (1982, p. 143-144), aduz que reconhecer a função punitiva como o fim maior dos *punitive damages* não só apenas atribui à linguagem o valor devido, mas, também, explica adequadamente diversos fatores ligados a esse instituto jurídico. Dentre eles, destaca-se a sua incidência limitada aos casos de ilícitos praticados dolosamente ou cuja culpa demonstre flagrante violação aos direitos alheios, e a utilização de critérios como o *grau de reprovabilidade* dessas condutas para a quantificação da indenização. Isso porque o instituto se destina exclusivamente, a reprimir os ilícitos civis mais graves, de modo que atingem não apenas o ofendido, mas também, a própria sociedade enquanto cumpridora dos ditames legais. Assim, sua sanção efetiva exige que se ultrapasse os limites do prejuízo causado ao ofendido, para incluir também os danos sociais trazidos pelo ilícito.

Richard Ausness (1985, p. 39), assinala que a terminologia mais adequada para expressar essa finalidade seria a "função retributiva" em detrimento da punitiva, pois o efeito punitivo, na verdade, não é um fim em si mesmo, mas um meio de atingir objetivos sociais tais como retribuição, reabilitação e dissuasão. A retribuição, portanto, significa a imposição de uma sanção ao ofensor como consequência pelo grave ilícito praticado. Considerando que a finalidade em epígrafe não se trata de uma punição ao infrator, mas sim de uma função retributiva, essa foi a expressão adotada no presente trabalho.

Nesse diapasão, parte da doutrina contemporânea costuma criticar esse viés punitivo por entender que ele não se coaduna com os princípios informadores do sistema jurídico atual.

Diante de tais críticas, David Owen (1994, p. 375) esclarece:

It may initially seem strange in a modern legal system for the law to be based on a kind of private revenge, but it is entirely appropriate for the law to allow a person injured by the wanton misconduct of another to vent his outrage by extracting from the wrongdoer a judicial fine. This form of retribution is appropriate because it protects and promotes the

two most fundamental values that support the law - freedom and equality⁷.

Diante do maior rigor sancionatório imposto pelo instituto, a doutrina americana, a exemplo de Owen (1994, p. 375), assinala que ele funciona como um instrumento de força, próximo às sanções do Direito Penal. A previsão de uma sanção mais severa, proporcional à maior gravidade da conduta e à consequente depreciação dos valores sociais que tal ilícito acarretou, é essencial para que se possa tutelar os direitos subjetivos da vítima, bem como os direitos coletivos da sociedade. Um sistema jurisdicional pautado no princípio da igualdade, que impõe o tratamento desigual na medida da desigualdade das condutas, não permite que condutas de gravidades distintas sejam tratadas com o mesmo rigor legal.

3.3.4 A função preventiva (*deterrence*)

A doutrina e jurisprudência majoritária atribuem à prevenção a função precípua do instituto, de dissuadir novas condutas ofensivas similares no futuro. David Owen (1994, p. 377) identifica dois fatores principais para assegurar a efetividade da sua função dissuasiva: se a lei, de fato, é imposta regularmente para punir aqueles que violam flagrantemente os direitos de outrem, e se potenciais ofensores, cientes da eficácia do ordenamento jurídico, temem eventuais sanções que lhes serão impostas por uma infração legal.

Por meio de sua função preventiva, portanto, os *punitive damages* estimulam o respeito à Lei e à promoção do bem estar social, desestimulando o cometimento de novos ilícitos, especialmente daqueles com maior grau de dolo ou culpa, cujos danos ultrapassem as limites individuais para atingir a coletividade.

Gary Schwartz (1982, p. 137-138) questiona que se a indenização compensatória também apresenta essa função preventiva, então quando ela

⁷ Inicialmente, pode parecer estranho que um ordenamento jurídico contemporâneo se baseie em um tipo de vingança privada, mas é totalmente apropriado que o sistema legal assegure à vítima de uma conduta dolosa ou intensamente culposa que lhe seja feita justiça por meio da condenação do malfeitor a uma multa judicial. Essa forma de retribuição é apropriada, pois protege e promove os dois valores mais fundamentais que sustentam o direito: a liberdade e a equidade.

seria insuficiente para atingir às demandas sociais de dissuasão? Conforme explanado previamente, o objeto dos *punitive damages*, se restringe às condutas que apresentam um maior grau de reprovabilidade social, cujo dolo e culpa são mais expressivos.

Desse modo, o instituto somente se legitima quando a responsabilização do ofensor ao pagamento de indenização compensatória for insuficiente para inibir a reiteração da conduta por parte dele, bem como de outros potenciais lesantes.

Percebe-se, portanto, que sempre que os custos para evitar o prejuízo sobrepujarem aqueles necessários para recompor o patrimônio do ofendido, a função preventiva da indenização compensatória estará prejudicada haja vista que o descumprimento legal será mais lucrativo para o ofensor.

Conforme leciona Dorsey Ellis Jr. (1982, p. 25), em três casos os *punitive damages* se tornam necessários para a efetiva prevenção de novos ilícitos, em conjunto com os *compensatory damages*: quando a probabilidade de o ofensor vir a ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos é menor do que a de causá-los; sempre que o montante a ser custeado pelo ofensor à título de *compensatory damages* é inferior aos prejuízos efetivamente suportados pelo ofendido, pois isso torna vantajosa a assunção do risco de cometer o ilícito; e, por fim, em todas as demais hipóteses em que o ofensor extrai lucro do cometimento do ato ilícito.

Logo, diante de situações em que a indenização compensatória não se mostra como instrumento eficaz na dissuasão da conduta ofensiva, faz-se vital a aplicação dos *punitive damages* como meio hábil a alertar potenciais ofensores que as condenações pelo cometimento de ilícitos civis sempre excederá eventuais lucros a serem obtidos com a respectiva conduta violadora.

3.3.5 A função compensatória (*compensation*)

Muitos doutrinadores questionam se os *punitive damages* exerceriam mesmo uma função compensatória atualmente. Os que defendem que não, argumentam que todos os danos sofridos pela vítima (materiais ou imaterial) seriam integralmente reparados pelos *compensatory ou actual damages* - indenização para reparação dos prejuízos sofridos. Outra parte dos juristas entende que

ainda lhe compete a recomposição do patrimônio do lesado naquilo que não for abrangido pela indenização compensatória.

Conforme explanado previamente, os *exemplary damages* surgiram como instrumento hábil para tutelar os direitos da personalidade. Inicialmente, exerciam uma clara função compensatória, haja vista que os *compensatory damages* não abarcavam a tutela dos direitos extrapatrimoniais.

De acordo com Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 18), o instituto apresentava uma dúplice função: compensatória - como meio de reparar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido - e punitiva - no intuito de repreender o ofensor pela conduta ilícita.

Contudo, a partir do século XIX, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, os *compensatory damages*, tiveram a sua função ampliada, passando a abarcar também a reparação dos danos imateriais. Assim, a função originalmente compensatória dos *punitive damages* lhes foi transferida e as Cortes americanas passaram a utilizá-lo apenas com a finalidade do *punishment* e *deterrence* (*ibidem*, 2005, p. 18).

Tal interpretação, contudo, desconsidera que alguns danos não foram englobados pelos *actual damages*, o que obstou o esvaziamento da sua função compensatória. Diante disso, muitos doutrinadores americanos passaram a defender a que a reparação dos danos excluídos da indenização reparatória deveria ser assegurada por meio dos *exemplary damages*.

Nesse diapasão, David Owen (1994, p. 378-379) assinala que, nos Estados Unidos da América, os *punitive damages* ainda exercem uma clara função compensatória. Além da sua dúplice finalidade de punitiva e preventiva, a condenação também é um meio de restituir o ofendido pelos danos que não são compensados pelos *compensatory damages*, tais como perdas que o demandante não consegue provar ou para as quais a responsabilidade civil não proporciona remédio, incluindo as despesas decorrentes da litigância, como os honorários de advogado.

Considerando que, nos Estados Unidos, ao menos um terço da reparação da vítima, geralmente, é gasto com custas processuais, uma sentença condenatória que desconsidera tais valores, obsta o retorno ao *status quo ante*, podendo

deixar o demandante em situação financeira pior do que aquela que apresentava antes da lesão (ibidem, p. 379).

Tal fato se deve à ausência do princípio processual da sucumbência em solo americano, onde compete a cada uma das partes litigantes pagar pelas custas e despesas processuais por ela incorridas, bem como com os honorários de seus patronos, seja qual for o resultado final da demanda. Diante desse cenário, torna-se essencial reconhecer a função compensatória do instituto na contemporaneidade, ainda que em menor grau.

3.4 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO NOS PAÍSES DE *COMMON LAW*

Como o instituto surgiu e se desenvolveu nos países de *Common Law*, faz-se necessário um estudo dos parâmetros de aplicação instituídos originariamente, bem como a sua evolução ao longo do tempo. Tal análise proporcionará ao leitor uma melhor compreensão da teoria e de sua compatibilidade ou não ao ordenamento jurídico nacional.

Mas, cumpre ressaltar que a divisão estanque entre os sistemas jurídicos do *common law* e *civil law* não prevalece nos dias atuais. O ponto nevrálgico que distingue tais sistemas é a fonte do direito e, conseqüentemente, os respectivos processos históricos de formação. Enquanto o sistema romano-germânico adota a lei como fonte jurídica precípua, o modelo anglo-saxônico adota a jurisprudência como fonte primeira.

Sabe-se que a globalização, juntamente com outras mudanças sociais da modernidade, tem aproximado cada vez mais tais regimes, possibilitando benefícios recíprocos. Logo, é plenamente possível o intercâmbio jurídico entre eles, com a importação de modelos bem sucedidos da doutrina estrangeira, desde que se efetuem as devidas adaptações. Feitos os esclarecimentos, adentra-se agora no tema.

De acordo com Richard Ausness (1985, p. 2-3), a previsão legal de condenações ao infrator da lei em montantes acima do necessário para compensar os danos causados já podiam ser encontradas na Babilônia (no Código de Hamurabi), em Israel, na Roma Antiga, na Índia e na Inglaterra Medieval. Contudo, a aplicação

dos *exemplary damages* em sua configuração atual somente ocorreu na Inglaterra e nos Estados Unidos a partir do século XVIII, o que será detalhado adiante.

Conforme afirmado previamente, numa fase inicial do direito anglo-americano, os danos extrapatrimoniais não eram passíveis de responsabilização jurídica. Assim, apenas os prejuízos que podiam ser aferidos pecuniariamente eram compensados. Ausness (1985, p. 5) afirma que, diante da impossibilidade de reparação integral do patrimônio do ofendido através dos *compensatory damages*, nos casos envolvendo a violação intencional ou flagrantemente negligente a direitos extrapatrimoniais, os júris passaram a condenar o infrator ao pagamento de uma indenização que denominaram *punitive* ou *exemplary damages*. Diferentemente dos *compensatory damages*, tal montante não se limitava ao valor do prejuízo material suportado.

Nos países de *Common Law*, a responsabilidade civil (*tort law* ou *law of torts*), apresenta traços bem peculiares. O *tort law* costuma ser definido como o ato ilícito, distinto do inadimplemento contratual, causador de um dano. É o que afirma William Keeton (2001, p. 2), "broadly speaking, a tort is a civil wrong, other than a breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages"⁸.

Conquanto não esteja vinculado comumente a nenhuma relação jurídica preexistente entre vítima e ofensor, o *tort* pode também decorrer do descumprimento de uma obrigação contratual. Ademais, em território americano, a responsabilidade civil atua como fator de dissuasão de certos ilícitos. A imposição de responsabilidade civil opera não simplesmente para transferir os prejuízos da vítima para o ofensor, mas também para prevenir novos ilícitos em potencial, função essa instrumentalizada pelo instituto em epígrafe (ANDRADE, 2009, p. 177).

A realidade jurídica brasileira não tem se mostrado muito distante desse entendimento. A mudança do paradigma clássico que limitava a responsabilidade civil ao viés exclusivamente reparatório para a incorporação de

⁸ De modo geral, um *tort* é uma infração de natureza civil, diferente do inadimplemento contratual, contra a qual a corte fornecerá uma solução sob a forma de uma ação de indenização.

novas funções, quais sejam, dissuasiva e punitiva, tem se disseminado pelo mundo, inclusive na doutrina nacional.

3.4.1 *Punitive Damages* no Direito inglês

O surgimento da doutrina dos *punitive damages* ocorreu em território inglês, em 1278, através do *Statute of Councester*, regulando as hipóteses de danos extrapatrimoniais. Nessa data, foram criados os *multiple damages*, a imposição de um montante que superava os prejuízos causados, como meio de se assegurar a efetividade das imposições legais.

Contudo, foi somente a partir do final do século XVIII que a teoria do desestímulo começou a ser aplicada pelas cortes inglesas nos moldes hodiernos. A partir de então, nas hipóteses de lesões pessoais causadas dolosamente e em outros casos específicos, o juiz estaria autorizado a condenar o réu a um pagamento ulterior, que passou a ser chamado de *exemplary damages*. Tal condenação buscava tutelar os direitos civis dos súditos, frequentemente violados pelos funcionários do governo. (MORAES, 2007, p. 229)

Tal previsão surgiu de uma multiplicidade de casos envolvendo uma publicação do jornal inglês *The North Briton*. A partir de então, foi aplicada a doutrina dos *exemplary damages* como um meio para justificar a condenação indenizatória quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 18).

Nas palavras do jurista americano Antony Sebok (2007, p. 1.008):

Some of the earliest (and certainly most infamous) cases establishing the use of punitive damages involved suits against the Crown on account of the false imprisonment of the printer of a newspaper that had criticized King George III. A survey of other eighteenth- and early nineteenth-century cases in England reveals that, in general, cases in which punitive damages were awarded often involved not just the abuse of official authority but acts in which the defendant used his social power to abuse the plaintiff, usually in public⁹.

⁹ Um dos mais remotos (e certamente, um dos mais infames) casos estabelecendo a aplicação dos *punitive damages* decorreu de ações impetradas contra a Coroa inglesa devido à prisão do editor de um jornal cuja publicação havia criticado o rei George III. Uma pesquisa feita na Inglaterra sobre os casos datados do século XVIII e início do XIX, revelou que, em regra, a aplicação do instituto geralmente envolvia não apenas o abuso de autoridade por parte de

A partir de 1760, surgiram os referidos *leading cases*, decorrentes da publicação de um artigo anônimo no jornal inglês *The North Briton*, cujo conteúdo ofenderia a honra do então Rei George III e seus ministros. Diante disso, o secretário de Estado, Lord Halifax, expediu um mandado de prisão para os eventuais suspeitos no envolvimento da referida publicação, sem haver qualquer identificação nominal. O mandado resultou na prisão de quarenta e nove pessoas, inclusive o autor do artigo, Wilkes, que teve a sua casa invadida e revirada, com apreensão de diversos livros e documentos seus (RESEDÁ, 2009, p. 239).

Diante disso, Wilkes ajuizou uma ação contra o subsecretário de Estado que havia controlado pessoalmente a execução do mandado, pleiteando reparação pelos danos extrapatrimoniais por meio de *exemplary damages*, sob o argumento de que uma indenização de pequeno valor não seria suficiente para impedir novas práticas semelhantes. O júri deferiu o pedido do autor, condenando o réu ao pagamento de considerável montante para a época, no intuito de dissuadir novas condutas semelhantes (ANDRADE, 2009, p. 179).

A partir desse julgamento, no ano de 1764, o instituto passou a assumir o seu caráter punitivo e dissuasivo, nos moldes em que é aplicado atualmente.

Em que pese "*The House of Lords*" ter considerado uma anomalia a aplicação de pena na seara civil, manteve o instituto cuja tradição já estava consolidada. No ano de 1972, o direito inglês define regras claras para sua aplicação, que somente se legitimaria em casos de ações opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por agentes do Estado, quando a conduta do ofensor fosse por ele calculada para lhe proporcionar proveito econômico, bem como nos demais casos autorizados pela lei (ibidem, p. 179).

Com o tempo, o uso do *exemplary damage* pela Corte Inglesa se tornou cada vez mais comum, não apenas contra abusos de autoridades públicas, mas também para solucionar casos exclusivamente particulares, na tutela da liberdade individual e da vida privada. Contudo, foi em solo americano que o instituto se desenvolveu amplamente, conforme será tratado a seguir.

representantes do governo, mas também atos em que o réu abusou de seu poder social para humilhar o autor, normalmente em público. (tradução livre)

3.4.2 *Punitive Damages* nos EUA

A colonização britânica dos Estados Unidos implicou em diversas influências no ordenamento jurídico dos colonizados, inclusive, na importação do instituto em epígrafe. Em que pese o surgimento do instituto ter sido na Inglaterra, foi em solo americano, todavia, que a doutrina se desenvolveu amplamente. Inicialmente influenciadas pela doutrina inglesa, as cortes americanas adotaram e ampliaram a sua aplicação para alcançar diversos tipos de dano, especialmente na esfera extracontratual.

3.4.2.1 Histórico Jurisprudencial

O primeiro caso de concessão de *punitive damages* nos Estados Unidos foi em 1784, na ação *Genay VS. Norris*. O caso envolvia um médico que havia colocado droga na taça de vinho de seu adversário, fazendo-o entrar em colapso na ocasião em que enfrentariam um duelo. A condenação resultou dos insultos e humilhações sofridos pela vítima (SEBOK, 2009, p. 160).

Contudo, foi somente a partir dos anos 70 que o instituto passou a ter ampla aplicação nos Estados Unidos, especialmente em relação aos danos decorrentes de acidentes de consumo. Na seara judicial estadunidense, compete ao júri popular a função de fixar o respectivo *quantum* indenizatório à título de *exemplary damages*, considerando a sua dúplice função. Contudo, a ausência de parâmetros jurídicos preestabelecidos para a aferição do respectivo montante tem gerado diversas decisões vultosas, desprovidas de razoabilidade jurídica (MORAES, 2007, p. 233/235).

A partir da década de 90, o surgimento do novo *leading case* *BMW x Gore*, produziu um intenso debate jurídico no país sobre o tema. Em 1990, Dr. Ira Gore comprou um automóvel BMW novo em uma concessionária da capital do Alabama. Após nove meses, detectou que o veículo fora, antes da venda, parcialmente repintado, embora vendido como novo. Diante da descoberta,

demandou judicialmente contra a montadora, alegando falha no dever de informação (ibidem, p.237).

A BMW admitiu ter feito a repintagem de cerca de 1000 carros para poder vendê-los como novos, sem informar aos compradores ou concessionárias sobre a prática. Dr. Gore provou a desvalorização de cerca de US\$ 4.000,00 com a repintura, obtendo condenação nesse montante para a compensação dos danos. O pedido, contudo, incluía a condenação de US\$ 4 milhões, valor da desvalorização multiplicado pelo número total de automóveis que foram repintados, a título de *punitive damages*. Analisando o recurso, a Corte estadual do Alabama reduziu essa condenação para ainda consideráveis US\$ 2 milhões (ibidem, p.237/238).

No intuito de resolver a questão e ratificar entendimento a ser aplicado a futuros casos, a Suprema Corte norte-americana analisou o recurso que lhe fora submetido, e estabeleceu três balizadores gerais para aferição do *quantum indenizatório*: a) grau de repreensão da conduta; b) correspondência entre as condenações punitivas e o efetivo prejuízo produzido; c) a magnitude de sanções civis e criminais por condutas similares. Tais elementos serão detalhados mais adiante.

Essa decisão constitui um relevante precedente, pois admitiu a possibilidade de se limitar o valor dos *punitive damages* a bases constitucionais.

3.4.2.2 Parâmetros de Aplicação

A partir de tais balizadores e após pesquisar a doutrina americana, Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 19), trazem os seguintes parâmetros para a aplicação da teoria em sede jurídica norte-americana:

- I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu. Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros; (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ação repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente;II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*;III. A diferença entre

os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Verifica-se, portanto, que hodiernamente, a jurisprudência estadunidense já apresenta balizadores claros para se aferir o quantum devido à título de *exemplary damages*. Ressalte-se que, embora a referida teoria tenha a origem marcada para a tutela dos danos imateriais, atualmente, a sua aplicação pelas cortes americanas também se estendeu às hipóteses danos patrimoniais.

Moraes (2010, p. 247), explana que, nos Estados Unidos, alguns doutrinadores, como Sunstein, Kahneman e Schkade, apontam as seguintes soluções para retificar as práticas judiciais aleatórias relativas aos *punitive damages*: a redução da competência do júri popular ou a sua atribuição a juízes togados, tecnicamente aptos ao julgamento da matéria. Defendem que o problema relativo ao arbitramento de indenizações excessivas e desarrazoadas seria significativamente minorado se tal função fosse de competência dos juízes togados e não dos jurados.

Pode-se vislumbrar, portanto, algumas notórias distinções entre o *modus operandi* alienígena retratado e o nacional, haja vista as peculiaridades dos sistemas de *common law*, que vige naquele, e de *civil law*, característico do Brasil. Passa-se a tratar de tais diferenças a partir de agora.

4 PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO

A aplicação do instituto no Brasil ainda não é uníssona na doutrina e jurisprudência, mas tem encontrado cada vez mais adeptos, a exemplo de Maria Helena Diniz (2011, p. 125), Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 105), André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p.200), entre muitos outros. Eduardo de Andrade Loiola (2012, p. 84) explana que a aplicação do instituto no país tem se ampliado significativamente, especialmente na seara consumerista, como meio de equilibrar a disparidade de forças entre consumidor diante da potência econômica dos fornecedores.

Maria Celina de Moraes (2007, p. 217/219), explana que o Código Civil de 2002, em nenhuma de suas disposições sobre a responsabilidade civil, contempla o seu caráter punitivo. Contudo, a teoria tem conquistado numerosos adeptos no Brasil, tendo, inclusive, sido aplicada pelo STJ em decisões recentes¹⁰.

A ampliação do campo de atuação da responsabilidade civil se vincula à tutela da dignidade humana como fim maior do dever de indenizar. No cenário contemporâneo, a teoria anglo-americana surge como um instrumento voltado à

¹⁰ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AGRESSÃO FÍSICA AO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDIU COM O DOS RÉUS.REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. ELEVAÇÃO. ATO DOLOSO. CARÁTERPUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE EPROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso,atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. 3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidira com a traseira do veículo que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida. 4. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatívelcom a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. 5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 6. Recurso especial provido. (STJ, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 21/05/2012, T4 - QUARTA TURMA).

adaptação do sistema jurídicos aos ditames sociais vigentes. Feitas as considerações introdutórias, segue-se à análise detalhada do instituto em solo brasileiro.

4.1 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGES

Como já foi tratado, os pressupostos gerais da responsabilidade civil são: a conduta humana omissiva ou comissiva, o dano e o nexu causal entre eles, elementos essenciais para gerar o dever de indenizar. Contudo, como instituto excepcional, há dois outros pressupostos específicos exigíveis para a aplicação dos *exemplary damages* pelos tribunais brasileiros, quais sejam, a ocorrência do dano moral e a culpa grave do ofensor. Tais pressupostos funcionam também como importantes balizadores na aferição do montante condenatório, conforme será explanado a seguir.

4.1.1 A ocorrência do dano moral

Considerando que o instituto foi criado para a defesa dos direitos da personalidade, André Gustavo de Andrade (2009, p. 262) defende que a sua aplicação deve ser reconhecida quando configurada a lesão a direito fundamental, tanto em relação a pessoas naturais quanto jurídicas.

Em que pese o surgimento dos punitive damages esteja vinculado à tutela dos bens imateriais, Judith Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 18) afirmam que a experiência estadunidense não o restringiu à seara extrapatrimonial, aplicando-se também à responsabilidade patrimonial atual americana.

Contudo, conforme sustenta Eduardo Loiola (2012, p. 90), nos países de Civil Law, como o Brasil, a aceitação da referida teoria se restringe à seara extrapatrimonial uma vez que, a sua aplicação para tutelar danos materiais encontraria consideráveis oposições. André Gustavo de Andrade (2009, p. 262) identifica duas razões principais para tal resistência: a primeira se fundamenta na regra expressa do atual Código Civil, que determina que a indenização se

mede pela extensão do dano; e também pela falta de regra expressa que contemple esse tipo de indenização.

A supracitada regra, que limita a indenização civil à extensão danosa, não se aplica ao dano moral, haja vista o seu alto grau de subjetividade, que impossibilita uma aferição econômica precisa. A ausência de regra expressa não é óbice para a condenação por danos morais, pois esse se fundamenta nos princípios constitucionais garantidores da ordem jurídica. Os princípios da dignidade humana e dos direitos da personalidade não apenas legitima, mas impõem o emprego de todos os meios jurídicos hábeis à tutela desses valores assegurados constitucionalmente.

Conclui-se, portanto, que a referida teoria encontra campo jurídico mais consolidado em relação aos danos morais. Contudo, é possível a construção de um sistema jurídico que estenda a sua aplicação às violações de ordem patrimonial, desde que, presentes os requisitos que lhes são intrínsecos.

4.1.2 A gravidade da culpa do ofensor

Tradicionalmente, a responsabilização civil não faz distinção entre os graus de culpa do agente. André Gustavo de Andrade (2009, p. 281) aduz que tanto na conduta dolosa quanto na culposa, seja ela levíssima, leve ou grave, o dever indenizatório subsiste em igual proporção haja vista que é medido pela extensão do dano. Contudo, admite-se a redução excepcionalmente, quando o magistrado verificar a desproporção entre a culpa do agente e o dano causado (art. 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro de 2002).

Ao lado da configuração do dano, exige-se um comportamento mais gravoso por parte do ofensor para que se configure a possibilidade de imputação dos *punitives damages*. Situações envolvendo má-fé, dolo, atitude moralmente culpável são algumas qualidades que quando adicionadas ao ato ofensivo podem desaguar, sem sobra de dúvidas, na aplicação do instituto em apreço (Resedá, 2009, p. 259).

Os *punitive damages* apenas se legitimam para a tutela de situações excepcionais, quando o dolo ou gravidade da culpa exigem uma atuação estatal

mais efetiva para assegurar a harmonia social. A gravidade do ato ilícito e/ou a sua reiteração se tornam, portanto, essenciais para viabilizar a sua incidência. Nesse diapasão, é essencial a aferição do grau da culpa *lato sensu* do agente, que engloba tanto a culpa *stricto sensu* quanto o dolo. No que tange à conduta culposa em sentido estrito, apenas aquelas consideradas graves demandam a adoção da indenização punitiva.

Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 566) define o dolo como a conduta dirigida de forma consciente à produção de determinado resultado lesivo, que pode ser almejado pelo agente (dolo direto), ou simplesmente aceito por ele (dolo indireto ou eventual). Diferencia-se da culpa grave, pois essa ocorre com grosseira falta de cautela, a exemplo de uma sociedade que comercialize determinado produto defeituoso que cause danos a diversos consumidores. Após a reiteração dos mesmos danos, percebe-se que a sociedade continua a não agir no aperfeiçoamento do seu produto, o que demonstra uma imprudência ou negligência grosseira.

Em todos esses casos, ainda que se pudesse configurar a culpa leve, ao averiguar as condições do ato lesivo isoladamente, tal padrão de negligência ou imprudência grosseiras, acaba por caracterizar a gravidade da culpa. Um exemplo seria a obtenção de lucro com a prática do ilícito.

Cumprido aclarar que, diante do flagrante predomínio do subjetivismo na aferição do dano moral, o grau de reprovabilidade não é passível de previsão legislativa. Compete ao Juiz, a partir da análise fática, identificar a existência desses requisitos de gravidade e/ou reiteração do ilícito. Conclui-se, portanto, que a incidência do instituto somente se legitima quando presente o indispensável pressuposto da gravidade da conduta.

4.2 PARÂMETROS DE QUANTIFICAÇÃO

A aferição do dano material se mostra bem simplista, deve-se analisar a sua extensão para definir o exato valor devido ao agredido, evitando-se um provável enriquecimento sem causa por parte desse. Na fixação do *quantum* devido à título de dano moral, contudo, a correspondência entre a ofensa e o dano é bem

mais complexa. Trata-se de uma das mais árduas tarefas exercidas pelos magistrados ao tratar de *punitive damages* e já foi causa de consideráveis distorções. Incontáveis exemplos ocorreram na aplicação da teoria nos Estados Unidos, tarefa incumbida ao júri e, inicialmente, destituída de critérios claros para a definição do respectivo montante. Tais fatores refletiram numa multiplicidade de condenações milionárias, dando ensejo a uma verdadeira “indústria do dano moral”.

No intuito de extinguir tais disparates, e diante da omissão legislativa relativa ao tema, a doutrina e jurisprudência pátrias vem definindo alguns parâmetros para auxiliar os juízos em tal missão.

Ao tratar do tema, Antônio Elias Queiroga (2003, p.47) afirma que o juiz deve orientar-se pelos critérios doutrinários e jurisprudenciais, com razoabilidade, atentando à realidade atual, especialmente à situação econômica vigente e às peculiaridades de cada caso. Contudo, o valor fixado deve ser representativo de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas.

Considera o autor que a omissão legislativa não confere aos magistrados ampla liberdade no julgamento do tema em epígrafe, posto que devem considerar os balizadores doutrinários já estabelecidos (ibidem, p.47).

A fixação de uma condenação justa perpassa pela análise conjunta de todos os parâmetros estabelecidos, quais sejam, extensão e gravidade da lesão, condição econômica e gravidade da culpa do ofensor, a obtenção do lucro com o ato ilícito, e o grau de reprovação social da conduta, de modo a se produzir um resultado final condizente com a realidade fulminada.

Tais balizadores têm sido referidos expressamente pelas Cortes brasileiras como fundamento para a definição do montante condenatório e alcance dos fins pedagógico-punitivo do instituto, a exemplo do julgado da 6ª Turma do TST, abaixo transcrito:

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE. DESNECESSIDADE DE PROVAR O PREJUÍZO SOFRIDO. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. A jurisprudência desta Corte vem consagrando o entendimento de que a caracterização do dano moral se dá pela violação de um direito geral de personalidade, sendo suficiente para fins de responsabilidade a demonstração do evento ou fato e o nexa causal com a dor, sendo

dispensada a prova do prejuízo para fins de constatar a lesão à honra, visto que sentimentos como a tristeza, a aflição, a angústia e a dor emocional da vítima são apenas presumidos (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo. Precedentes desta Turma e da SBDI-1. No tocante à fixação do quantum, a indenização não tem o condão de apenas compensar o dano moral sofrido pelo trabalhador, mas também se reveste de uma razoável carga pedagógica a fim de inibir a reiteração de atos que afrontem a dignidade humana. O juiz, ao fixar a compensação pecuniária do dano moral, deve adotar critérios e parâmetros que considerem o ambiente cultural, as circunstâncias em que ocorreu o ato ilícito, a situação econômica do ofensor e da vítima, a gravidade do ato, a extensão do dano e os antecedentes do ofensor, além de observar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Na hipótese, depreende-se na leitura do acórdão regional que foi comprovada a existência do dano (amputação do polegar e redução de movimento de outro dedo, ambos da mão direita), a omissão e negligência da reclamada quanto ao ato ilícito ocorrido, o nexo casual entre a conduta ilícita e o acidente ocorrido, além de o valor da condenação ter sido mantido em R\$ 25.000,00, uma vez considerada a capacidade financeira da empresa, a extensão do dano causado e a finalidade punitivo-educativa da indenização. Nesse contexto, não foi demonstrada a violação à literalidade dos arts. 333, I e II, do CPC e 818 da CLT, 186 e 944 do Código Civil atual, e 5º, V, X e LV, e 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 689008520055040531 68900-85.2005.5.04.0531, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 08/06/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2011)

Feitos os esclarecimentos prévios, passa-se agora à análise detalhada de cada critério acima referido.

4.2.1 Extensão e gravidade da lesão a direitos extrapatrimoniais

Como visto, sabe-se que a lesão de cunho extrapatrimonial é um requisito essencial para se possibilitar a incidência do instituto no Brasil. O ordenamento nacional apresenta diversos óbices à sua aplicação na seara patrimonial, os quais foram tratados detalhadamente em momento prévio. Diante disso, o primeiro balizador para a aferição de um montante punitivo justo perpassa pela análise da extensão e gravidade dos seus efeitos, cuja aferição é distinta daquela prevista para a lesão patrimonial.

O sistema jurídico interno conferiu especial proteção aos direitos imateriais, erigindo o postulado da dignidade humana como fundamento maior do Estado. Logo, a ofensa aos direitos em epígrafe representa uma lesão a todo arcabouço jurídico e aos valores mais fundamentais do Estado. Tal gravidade, contudo,

pode incidir em maior ou menor grau, a depender das peculiaridades do caso concreto.

Assim, mesmo em relação aos danos imateriais, a aferição da extensão do dano será sempre um critério essencial para se instituir os limites reparatórios. O objeto desses interesses, contudo, não pode ser calculado com precisão matemática, como no caso de lesões materiais. Mas, ainda que a ofensa atinja ambas as searas, a função punitiva-pedagógica não se limita aos valores arbitrados a título indenizatório. O sistema normativo não impõe limitações quantitativas à compensação dos danos imateriais, como o fez em relação às lesões materiais¹¹.

Tal balizador representa um meio para se chegar a uma condenação mais justa. Wesley Louzada Bernardo (2005, p.168), entende que tal parâmetro é inafastável, visto ser essencial para estabelecimento de uma compensação equânime. Assim, deverá o magistrado analisar tal medida a fim de valorar o dano moral de forma razoável, de modo a alcançar a satisfação do ofendido, na medida do possível. Como demonstrado, entretanto, não é possível o retorno ao estado anterior das coisas, tendo em vista a natureza dos direitos da personalidade, que não é aferível pecuniariamente.

A fixação do *quantum* compensatório deve ser condizente à extensão e gravidade da lesão, ou seja, deve averiguar o grau dos prejuízos sofridos pelo ofendido e as conseqüências dele advindas.

Nesse aspecto, ao medir-se a extensão danosa para fins reparatórios, deve-se verificar a sua dimensão temporal: a duração ou definitividade do dano. Logicamente, os danos definitivos devem ser reparados de forma mais abrangente que um dano temporário ou sujeito a correção.

¹¹ Nesse sentido, aclarou o STJ: “Não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.” (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.015.111, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 20/05/2008).

4.2.2 Condição social e econômica do ofendido e do ofensor

Parte da doutrina, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.403), sustenta que as características pessoais do ofendido, em especial a sua condição econômica e social, devem ser analisadas para se quantificar a sua compensação pelos prejuízos sofridos.

Data máxima vênia, discorda-se da mencionada tese, no que tange à condição econômica e social da vítima. A adoção desse critério específico macula os princípios da isonomia e da própria dignidade humana. Os reflexos do dano imaterial não se distinguem em função da condição social e econômica do ofendido. Advogar esse entendimento seria hierarquizar os direitos fundamentais, valorizando os mais abastados em detrimento dos menos favorecidos economicamente.

Irineu Strenger (2000, p.193), na mesma linha, assinala que considerar a condição econômica do ofendido seria subestimar o dano moral dos pobres. Acrescenta que, a dor dos ricos não pode valer mais do que a dos pobres. Ante ao exposto, o presente trabalho refuta a utilização desse critério.

Ressalte-se, todavia, que, conforme tratado no tópico de análise do dano moral, deve-se ter o cuidado para não confundi-lo aos efeitos por ele causados. Isso pois, o dano imaterial existe *in re ipsa*, decorre do próprio fato ilícito, não se exige qualquer comprovação relativa à dor ou sofrimento da vítima.

No que tange ao ofensor, há uma celeuma entre os magistrados na quantificação *in casu*. De um lado, o receio de proferir uma sentença que gere o enriquecimento sem causa da vítima; de outro, a necessidade de se impor uma condenação em montante suficiente para prevenir a ocorrência de novos ilícitos no futuro.

Diante da relevância da função preventiva é fundamental avaliar a condição econômica do ofensor, de modo a reprimir satisfatoriamente a sua conduta e, simultaneamente, viabilizar o cumprimento da obrigação que lhe for imposta. De nada adiantaria punir o ofensor em valor muito superior à sua conjuntura financeira, visto que isso lhe obstará a atender a prestação devida.

4.2.3 Obtenção do lucro com o ato ilícito

Dentre os objetivos almejados pelo instituto está o de impedir ao lesante de lucrar com o ilícito praticado. Matilde Zavala Gonçalves (1999, p. 581) entende que a obtenção de benefícios econômicos pelo ofensor como motivação para a prática do ato constitui requisito primordial da indenização punitiva, sua verdadeira razão de ser. Entende-se, entretanto, que tal característica nem sempre estará presente, pois há ilícitos de significativa gravidade que não apresentam tal circunstância. Logo, não se trata de pressuposto indispensável à indenização punitiva.

A auferição de vantagem financeira, entretanto, representa um importante balizador na fixação do *quantum* condenatório, bem como demonstra a gravidade do ilícito. André Gustavo de Andrade (2009, p.269) afirma que, presente a vantagem indevida, incide o *exemplary damage*, independentemente do grau de culpa atribuída ao agente isoladamente.

Na seara laboral, numerosos são os casos de descumprimento legal deliberado em decorrência da obtenção de lucro, como será tratado adiante. O *quantum* meramente indenizatório, limitado à extensão da lesão, muitas vezes se mostra módico diante do poderio econômico do ofensor. A imposição da indenização punitiva deve ser suficiente para cumprir a sua função pedagógica, de modo a prevenir a reiteração futura do ilícito.

4.2.4 A gravidade da culpa do ofensor e grau de reprovação social da conduta

Conforme demonstrado no item 4.1.2, tais fatores são verdadeiros pressupostos à incidência da teoria do desestímulo. Ademais, sabe-se que a culpa mencionada é *lato sensu*, abarcando tanto o dolo, quanto a culpa *stricto sensu*. O alto grau de censura da conduta do ofensor, bem como os danos sociais por ela causados, atuam como força motriz para a imposição de uma indenização punitiva. Além disso, proporcionam ao julgador uma melhor aferição do valor necessário ao sancionamento do ilícito.

Desse modo, a intenção do agente, assim como a repercussão social da conduta, irão demonstrar a necessidade de maior ou menor reprimenda estatal. A má-fé sujeito ativo, trazendo desarmonia social, deve ser efetivamente sancionada, de modo a evitar a reincidência.

Resedá (2009, p. 233-234), traz um *leading case* estadunidense que demonstra a especial reprovação do ilícito diante do grave dolo do ofensor, que preferiu colocar em risco a vida dos consumidores do que custear as conseqüências para a retificação de um erro de produção. A Corte americana, considerando tais fatores, verificou a necessidade de se impor uma sanção mais severa a título de *exemplary damages*, de forma que se cumprisse a sua função preventiva. In verbis:

Nos Estados Unidos, o caso conhecido como Ford Pinto Case, ocorrido em 1972, ganhou repercussão mundial em razão do alto grau de reprovabilidade da conduta praticada pela empresa automotiva Ford. Restou provado nos autos do processo que os engenheiros da empresa descobriram, durante testes de colisão, que um acidente envolvendo a traseira do veículo poderia facilmente romper o tanque de combustível e provocar incêndio. Entretanto, tendo em vista que a linha de produção já estava montada, o fato descoberto foi ignorado e a empresa preferiu produzir o veículo como originalmente projetado, disponibilizando-o para consumo. Ocorre que, um acidente envolvendo um desses veículos provocou a morte de Lily Gray e lesões corporais gravíssimas em Richard Grimshaw. O que interessa, e choca, nesse caso, é que a empresa apresentou um documento interno contendo o custo aproximado das indenizações relacionado com o defeito de fabricação do veículo, incluindo as mortes e as lesões corporais. Continha, ainda, o levante dos gastos necessários para corrigir o problema a partir de um recall de todos os veículos. O confronto desses dois tópicos possibilitou à empresa concluir que o pagamento das indenizações era muito mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário para evitar acidentes. A empresa foi condenada a pagar US\$ 125.000.000,00 a título de *punitive damages*, valor este que foi reduzido posteriormente para US\$ 3.500.000,00.

No Brasil, casos como esse ocorrem repetidamente. Nas relações de trabalho, há uma multiplicidade de exemplos reais de violação às regras protetivas e aos direitos mais essenciais dos obreiros. É essencial que a definição do valor a ser arbitrado pela teoria do desestímulo deve estar em consonância com tais critérios, caso contrário, a sanção se tornará inócua.

4.3 CRÍTICAS AO INSTITUTO

Diversas são as críticas feitas à teoria em análise pela doutrina e jurisprudências nacional e estrangeira. Até mesmo em solo estadunidense, onde a teoria amplamente se desenvolveu, houve diversas críticas ao seu *modus operandi*. Tais avaliações acabaram por repercutir na necessidade de aperfeiçoamento do instituto, especialmente para a definição de parâmetros claros para apuração do respectivo montante indenizatório.

No Brasil, as contrariedades são expressivas, cumprindo-nos analisar as principais delas, as quais destacamos: a falta de propriedade da indenização punitiva, a liberdade do magistrado na definição do *quantum* indenizatório, a dupla condenação pelo mesmo fato e o enriquecimento sem causa do ofendido. Dentre os diversos argumentos contrários, foram avaliadas no presente trabalho aquelas mais reiteradas, cujo esclarecimento nos parece indispensável.

4.3.1 Falta de propriedade da indenização punitiva

Uma das mais suscitadas críticas relativas aos *punitive damages* reside na tradicional dicotomia entre o direito público e o privado. Tal entendimento perpassa pela idéia de que a Responsabilidade Civil se destina exclusivamente à reparação dos prejuízos causados pelo ilícito, seja ele material ou moral. Já ao direito público compete a função pedagógica ou sancionadora. Assim, a censura ao ato ilícito se limitaria à responsabilidade penal. Porém, a evolução das relações sociais resultou no reconhecimento de uma maior tutela à pessoa humana. O antigo viés patrimonialista burguês se alterou e o princípio da Dignidade Humana foi erigido como valor supremo do ordenamento (RESEDÁ, 2009, p. 270).

A falta de propriedade da indenização punitiva decorreria da clássica dicotomia público-privada, que restringe a responsabilidade civil a uma função meramente reparatória do dano sofrido pela vítima. Tal concepção remonta ao Direito Romano, que distinguia as penas entre públicas e privadas. Essa se voltava à tutela dos direitos privados (*delicta*), que eram ilícitos contra a pessoa ou seu

patrimônio. Já os delitos públicos (*crimen*) consistiam nas infrações ao Estado e à paz do reino. Distinguiam-se, no direito clássico, duas vias sancionadoras: a punitiva e a ressarcitória (MOREIRA ALVES apud COSTA e PANGENDLER, 2006, p. 17).

Tal separação, entretanto, se mostra bastante fragilizada hodiernamente após a mudança paradigmática da responsabilidade civil trazida pela Constituição Federal de 1988. Com o advento *Lex Fundamentallis*, houve uma publicização do direito privado, que passou a reestruturar as searas público e privada até então estanques e apartadas. Diante do novo enfoque voltado à tutela dos direitos da personalidade, novas funções foram atribuídas ao regime da responsabilização, além da reparatória, conforme tratado anteriormente. Passou-se a atribuir uma função preventiva-pedagógica aos danos morais, que deixaram de se limitar ao caráter exclusivamente satisfatório.

Nesse sentido, Francisco Amaral (2003, p. 558) aduz que a responsabilidade civil é uma sanção indireta, de função preventiva e restauradora. Indireta, pois, em decorrência da impossibilidade de se retornar ao status quo ante, a lei determina a reparação do prejuízo causado. Sua função preventiva se revela no seu fim de garantir o respeito à lei, como toda sanção; por fim, é restauradora na medida em que configurado o dano, e violada a norma jurídica, surge o dever de indenização por parte do infrator ao lesado. É, portanto, e simultaneamente, uma sanção e uma garantia de ressarcimento.

Caroline Vaz (2009, p. 83) explana que, apesar de nominalmente próximos, os fins punitivo e preventivo, no âmbito da responsabilidade penal e civil, demonstram-se ontológica e juridicamente distintos. Assim, não há óbice à incidência da punição na seara civil, que inclusive, se mostra necessária sempre o caráter meramente reparatório não se mostra capaz de prevenir eventuais reiterações do ilícito.

Ademais, várias são as hipóteses elencadas no ordenamento brasileiro que denotam uma função punitiva da responsabilidade civil, a exemplo da previsão do art. 940 do Código Civil Brasileiro de 2002, ao determinar que quem demandar uma dívida já paga fica obrigado a pagar em dobro ao devedor; ou ainda, o art. 416 do referido diploma legal, que aduz que o credor não precisa

provar um prejuízo para pedir e obter pagamento de uma cláusula penal. Nas palavras de Vitor Gonçalves (2005, p. 83/84), trata-se de exceções, plenamente aceitas, à regra de que a indenização mede-se pela extensão danosa. Tais hipóteses ilustram o caráter preventivo-sancionatório da responsabilidade civil. Logo, não merece prosperar a contrariedade em epígrafe, pois se contradiz em seus próprios fundamentos.

4.3.2 A Prévia Cominação Legal

Uma das principais críticas relativas à aplicação do instituto no Brasil se refere à ausência de expressa previsão legal no ordenamento jurídico interno, que, portanto, não comportaria uma indenização punitiva. A crítica em epígrafe se fundamenta no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 944 do Código Civil brasileiro de 2002, que prevê que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Esse dispositivo ilustra a clássica responsabilidade civil, que se volta para a figura da vítima e deve se limitar ao montante necessário à reparação dos prejuízos sofridos. Já a previsão constitucional traz o princípio da legalidade estrita no âmbito penal, consubstanciado no brocardo latino do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, ou seja, veda a instituição de pena sem prévia cominação legal.

O princípio da anterioridade da lei penal vincula as possibilidades de punição de alguém à existência de lei em vigor, prévia ao ato praticado, que lhe comine uma sanção. Assim, apenas a lei, *stricto sensu*, pode tipificar condutas criminosas de forma clara e precisa, vedando-se a existência de tipos penais genéricos ou imprecisos.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e outros (2009, p. 285), a intervenção penal retrata a forma mais drástica de reação estatal diante de um delito, portanto, deve ser fragmentária e subsidiária. Tal característica consubstancia o princípio da intervenção mínima vinculado ao Direito Penal mínimo. Os outros ramos do Direito também protegem os bens jurídicos, como o civil, administrativo, trabalhista, etc. Logo, reserva-se à tutela penal apenas para aquilo que efetivamente perturba o convívio social, ou seja, ao estritamente necessário.

Sabe-se que a gravidade dos ilícitos cíveis, bem como a respectiva função punitiva, não se confunde com as sanções penais, regidas pela máxima da *ultima ratio*. Resedá (2009, p. 275) aduz que, naqueles, o lesante provoca uma instabilidade social, porém, que não se equipara à infração criminosa. Assim, apesar de aproximar-se da seara penal muito mais do que outros institutos civilistas, os *punitives damages* não podem ser acobertados pelo princípio em questão.

Diante dessa previsão constitucional, Theodoro Júnior (2007, p. 81) defende que o juiz só poderia transmudar o julgamento da ação de responsabilidade civil num instrumento de aplicação de pena ao infrator, se houvesse expressa previsão legal o autorizando a tanto, uma vez que apenas a lei pode instituir pena aplicável ao agente de ato ilícito. Na ausência de norma legal que institua uma pena ao ato lesivo, o juiz civil se limita à imposição indenizatória ao agente para ressarcir os prejuízos causados à vítima, restrita à extensão do dano.

Sabe-se, contudo, que a legalidade penal não se confunde com a civil, à qual não se perfaz com a rígida noção de tipicidade. A ilicitude prevista nesta seara é uma cláusula aberta geral de ilicitude, ao passo que no âmbito criminalista, a tipicidade deve ser clara e específica. Além disso, a regra do art. 944, do CC/02, que limita o *quantum* indenizatório à extensão do dano se vincula aos prejuízos materiais, uma vez que o dano moral não pode ser objetivamente aferível em pecúnia.

À essa esteira argumentativa, soma-se mais um fundamento: o parágrafo único do referido artigo prevê que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. O dispositivo retrata a preocupação do legislador em vincular o *quantum* indenizatório à intensidade da culpa do agressor, flexibilizando a teoria clássica, de modo a possibilitar ao magistrado o ajuste da indenização fora dos limites do dano quando esse se mostrar necessário à efetivação de justiça no caso concreto. Eduardo de Andrade Loiola (2013, p. 27) sustenta que o texto desse dispositivo legal foi invertido para ser aplicado quando a culpa é grave e também nos casos de dolo.

Não parece, data vênia, ser este o fundamento para a aplicação da teoria do desestímulo em solo pátrio, mas sim os próprios axiomas basilares do sistema jurídico nacional. O princípio da dignidade humana, da igualdade bem como os direitos da personalidade previstos constitucionalmente não só legitima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica necessária contra o ataque a tais direitos. Diante deles, o legislador criou alguns instrumentos legais para a tutela de certas categorias de contratantes que se encontram em situação de vulnerabilidade, como os consumidores, em relação aos fornecedores e os trabalhadores, nas suas relações com os seus empregadores.

Nesse diapasão, firmou-se o entendimento na IV Jornada de Direito Civil, através do Enunciado nº. 379, que o referido artigo não é suficiente para determinar a inadmissão da fixação de indenizações com caráter punitivo no ordenamento jurídico pátrio. *In verbis*: "O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil".

André Gustavo Correia (2009, p. 251) sustenta que a aplicabilidade do instituto no país se fundamenta no princípio constitucional da dignidade humana e nos direitos fundamentais do trabalhador. Desse modo, a ausência de previsão legal expressa não constitui óbice à sua aplicação no Brasil. Acrescenta (ibidem, p. 253) que os *punitive damages* consistem não apenas em reação legítima e eficaz contra lesão ou ameaça de lesão a princípios constitucionais basilares, mas também como meio necessário à tutela desses valores.

Diante da restrita tipicidade penal, não é possível prever todos os fatos causadores de danos injustos, razão pela qual diversas violações à dignidade humana e aos direitos fundamentais escapam da competência da justiça penal. Tais circunstâncias denotam uma significativa repercussão social do ilícito, e portanto, demandam uma punição mais severa por parte do Estado. Neste contexto, torna-se essencial a criação de instrumentos legítimos que garantam a efetividade dos valores que regem o sistema.

4.3.3 A liberdade do julgador na definição do *quantum indenizatório*

A crítica em epígrafe se baseia nas famosas decisões americanas proferidas pelo tribunal do júri, com condenações milionárias, marcadas por um julgamento completamente aleatório. Contudo, no âmbito recursal, tais montantes estratosféricos eram reduzidos drasticamente pelos órgãos judiciais, tecnicamente habilitados a aferir a proporcionalidade no caso concreto.

Consoante explanação de Maria Celina de Moraes (2007, p. 233), nos Estados Unidos, a aferição do montante relativo aos *punitive damages* não é regulada por parâmetros estritamente jurídicos, mas tem se baseado na lógica de mercado. Tal lógica se deve ao fato de que os jurados americanos não recebem instruções jurídicas prévias, a exemplo de critérios técnicos para a fixação das indenizações. Diante da ausência de parâmetros objetivos para guiar a atividade do júri e assegurar julgamentos imparciais, não raro, tais montantes ultrapassam os limites do razoável.

No Brasil, a Teoria do Desestímulo não seria objeto de decisão popular, uma vez que não cabe ao povo julgar os casos relativos à responsabilidade civil, conseqüentemente, não lhe compete fixar valores indenizatórios à título de danos morais. O art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal de 1988 delimita a competência do tribunal do júri exclusivamente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Aqui, a competência é exclusiva do Judiciário, que detém o conhecimento técnico necessário à complexidade do julgamento, considerando os princípios jurídicos e anseios sociais pertinentes. A quantificação do prejuízo extrapatrimonial é marcada por um intenso subjetivismo, não há parâmetros objetivos e matemáticos para embasar a atividade jurisdicional na tarefa de definir um *quantum debeat* justo e adequado. Contudo, há não se trata de medida aleatória, ao mero alvedrio do magistrado.

André Gustavo de Andrade (2009, p. 167) traz alguns parâmetros criados pela doutrina para tanto, a começar pelas funções compensatória, punitiva e dissuasiva; aquela visa reparar os prejuízos suportados pela vítima; já o caráter punitivo, busca sancionar o ofensor e conseqüentemente desestimulá-lo à

reiteração do ato danoso. Outros fatores a serem considerados são: a capacidade sócio-econômica das partes, a extensão do dano, o grau de culpa ou dolo do ofensor, bem como a relevância jurídico-social do bem ofendido. Atrelado a tais critérios, deve o magistrado se balizar nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para definir um montante adequado.

Logo, a preocupação com a liberdade conferida ao julgador na definição do valor indenizatório não merece prosperar haja vista que sufraga em seus próprios fundamentos. Salomão Resedá (2009, p.282) advoga que a pessoa mais qualificada a determinar a aplicação do ideal de justiça é o juiz togado. Ademais, diante do duplo grau de jurisdição é possível retificar qualquer decisão considerada abusiva.

4.3.4 Dupla condenação pelo mesmo fato

Em alguns casos, é possível que uma mesma conduta gere a incidência da responsabilidade cível e penal. Com isso, se alega que a aplicação do instituto representaria flagrante violação ao princípio do *ne bis in idem*, que veda a dupla punição do ofensor pelo mesmo fato, dado que, incidiria sobre ele a pena criminal e a civil. É o que sustenta Maria Celina de Moraes (2007, p. 260), *in verbis*: "É de se ressaltar ainda que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime. 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 idem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal".

Contudo, o princípio da independência de instâncias é expressamente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na seara penal, previsto no art. 91, I do Código Penal; e no direito privado, no art. 935 do Código Civil de 2002 que determina que "a responsabilidade civil é independente da criminal".

Nessa seara, o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) aduz que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade

sujeito às cominações do referido diploma legal, sem incorrer em *bis in idem*. Nesse diapasão, se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso de habeas corpus, abaixo transcrito:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA ELEITORAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO E AÇÃO PENAL. IMPROVIMENTO.

(...) 3. O tema envolve a relativa independência das instâncias (civil e criminal), não sendo matéria desconhecida no Direito brasileiro. De acordo com o sistema jurídico brasileiro, é possível que de um mesmo fato (aí incluída a conduta humana) possa decorrer efeitos jurídicos diversos, inclusive em setores distintos do universo jurídico. Logo, um comportamento pode ser, simultaneamente, considerado ilícito civil, penal e administrativo, mas também pode repercutir em apenas uma das instâncias, daí a relativa independência.

4. No caso concreto, houve propositura de ação de impugnação de mandato eletivo em face do paciente e de outras pessoas, sendo que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo considerou o acervo probatório insuficiente para demonstração inequívoca dos fatos afirmados.

5. Somente haveria impossibilidade de questionamento em outra instância caso o juízo criminal houvesse deliberado categoricamente a respeito da inexistência do fato ou acerca da negativa de autoria (ou participação), o que evidencia a relativa independência das instâncias (Código Civil, art. 935). No caso em tela, a improcedência do pedido deduzido na ação de impugnação de mandato eletivo se relaciona à responsabilidade administrativo-eleitoral e, conseqüentemente, se equipara à idéia de responsabilidade civil, a demonstrar a incorreção da tese levantada no habeas corpus impetrado (STF - RHC: 91110 SP, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 05/08/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00356).

Deve-se ressaltar que os fundamentos e finalidades da tutela jurídica no âmbito civil e criminal são distintos. Resedá (2009, p. 40) sustenta que as regras penais têm um viés subjetivista e visam a assegurar a defesa da sociedade por meio da aplicação da pena, seja como fator intimidativo ou repressivo, ou como forma de readaptar o infrator à vida social. Assim, a responsabilidade penal trata essencialmente do resultado coletivo da agressão, não lhe competindo, em regra, a compensação dos prejuízos particulares, os quais seriam destinados à seara civil.

Um questionamento se faz necessário: seria possível a condenação concomitante de distintas sanções punitivas a um mesmo ilícito, ainda que essas apresentem a mesma estrutura? Um exemplo seria a imposição dos *punitive damages* pelo direito privado e, de pena de multa, na seara criminal, ambas detentoras da mesma estrutura de prestação pecuniária. Há um celeuma

doutrinário sobre o tema, alguns defendem tal possibilidade e outros, entendem que tal possibilidade resultaria em violação à máxima do *ne bis in idem*.

Parece-nos razoável a tese de André Gustavo de Andrade (2006, p. 315), que defende a possibilidade de cumulação de duas sanções punitivas, desde que apresentem estruturas distintas. Ressalva o autor, a possibilidade de eventual previsão pelo ordenamento, em outras searas, da imposição de uma sanção punitiva de estrutura pecuniária, tal como a sanção administrativa de “multa simples” ao poluidor, prevista no art. 3º, II, do Decreto nº 6.514/2008. Nesses casos em que o ilícito é apto a configurar a responsabilidade em distintos ramos jurídicos, a quantificação da indenização punitiva deve considerar a possibilidade do ofensor vir a ser condenado em ambas as searas.

Diante de tais hipóteses, faz-se necessário ao julgador considerar eventual condenação prévia imposta ao mesmo caso concreto, de modo a fixar razoavelmente a indenização punitiva.

Conforme explanado, o cunho sancionatório não é exclusivo do âmbito penal, mas também se aplica aos instrumentos cíveis, sendo possível a cumulação das respectivas sanções sem incorrer em *bis in idem*, uma vez que os bens jurídicos tutelados são distintos. Isso pois, a natureza punitiva não tem o condão converter a responsabilidade civil em penal, não havendo que se falar em dupla punição pelo mesmo fato. Contudo, ressaltamos a exigência do magistrado balizar o seu julgamento, na imposição de indenizações punitivas, nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como meio de evitar a imposição de onerosidade excessiva ao lesante.

4.3.5 Enriquecimento sem causa do ofendido

Um último fundamento contrário à Teoria do Desestímulo reside na alegação de que a quantificação da indenização além dos limites do prejuízo sofrido representaria a obtenção de enriquecimento sem causa à vítima. O argumento decorre das milionárias indenizações aplicadas nos Estados Unidos que transformavam o Judiciário em verdadeira loteria às vítimas, emergindo a chamada indústria do dano moral. O próprio Judiciário americano, entretanto, já

vem corrigindo tais distorções impostas, principalmente, pelo tribunal do júri. Conforme tratado previamente, a sistemática nacional não atribui ao júri tal função, o que reduz significativamente a possibilidade de tal desvirtuação.

Parte da doutrina brasileira, a exemplo de Vitor Fernandes Gonçalves (2005, p. 249) sustenta que havendo prévia cominação legal, restaria legitimada a aplicação do instituto, não havendo que se cogitar o enriquecimento sem causa. Diante da ausência legal, contudo, seria indevida a condenação *in casu*. Outros, a exemplo de André Gustavo de Andrade (2006, p. 293), defendem que a referida legalidade se perfaz com a própria decisão judicial condenatória, desde que devidamente fundamentada. Assim, não haveria enriquecimento sem causa uma vez que a transferência patrimonial estaria consubstanciada em determinação estatal para reparar o ilícito.

A referida tese, data vênia, é criticável, posto que a legitimação da indenização punitiva não se fundamenta exclusivamente na sentença judicial. Isso pois, não compete ao magistrado decidir aleatoriamente, ao seu alvedrio, acerca das sanções a serem aplicadas a cada caso. Mas, sabendo-se que o fundamento da sua decisão está pautada nos princípios e regras que regem o sistema, cujo intuito é tutelar bens jurídicos fundamentais, dentro dos limites da razoabilidade, não se mostra plausível a crítica.

Nas palavras de Resedá (2009, p. 253), ao tratar da temática:

A idéia do enriquecimento sem causa ataca diretamente a possibilidade de majorar o valor em razão do ofensor. Para os seus defensores, pensar a partir do viés da capacidade econômica do sujeito ativo desaguará, numa quantidade considerável de casos, no pagamento de um valor muito maior do que o que a vítima dispõe ordinariamente para viver. Com isso, estar-se-ia chancelando o enriquecimento sem causa do ofendido, e, por conseqüência, instaurando uma “loteria judicial”.

É incontestável que todos aqueles passíveis de sofrerem um dano devem ser indenizados ou ressarcidos. Porém, como garantir que não haja a repetição do ato danoso? Ademais, se o enriquecimento sem causa apresentar-se como uma barreira intransponível, como garantir que os mais humildes não sejam alvos constantes de um comportamento ilícito já que suas indenizações certamente serão menores do que aquelas conferidas aos mais afortunados?

Diante de tais argumentos, sustenta-se que a destinação do montante condenatório à título de *exemplary damages* deve ser voltada para um fundo público de proteção aos direitos violados. Essa parece ser a melhor solução, em analogia à previsão do artigo 13 da Lei 7.347/85, que regulamenta as ações de

responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens específicos, *in verbis*:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho federal ou por Conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados.

Considerando a lesividade social da conduta, a destinação da indenização punitiva ao Estado harmoniza-se aos desígnios da justiça social e evita o enriquecimento sem causa do ofendido. Tal reversibilidade repararia a sociedade como um todo de forma mais satisfatória.

Frise-se que a destinação pública do referido montante deve estar vinculada à tutela dos interesses fundamentais descumpridos, sendo direcionada em sua integralidade a um fundo específico. O tema, entretanto, será objeto de estudo em tópico próprio.

4.4 INTERESSES A SEREM PROTEGIDOS

Frente aos argumentos supracitados, as críticas contrárias à aplicação da teoria se mostram frágeis e não merecem prosperar. É notória a demanda por novas perspectivas no campo da Responsabilidade Civil. O exercício da jurisdição tem passado por um processo de renovação com a adoção de novos paradigmas que visem a resguardar a pessoa humana e reforçar o princípio da solidariedade instituído pela Constituição Federal.

Nesse diapasão, André Gustavo Andrade (2009, p. 29), ao defender a aplicação do instituto, fundamenta que a proteção e promoção do princípio da dignidade humana impõem não apenas o emprego dos instrumentos jurídicos previstos legalmente, mas em valores e princípios constitucionais que informam todo o sistema. Ou seja, cabe ao aplicador do direito no caso concreto recorrer a todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato.

Logo, os *punitive damages* podem servir como uma medida eficaz a evitar lesão ou ameaça de lesão a direitos erigidos como fundamentais pelo ordenamento. A ofensa a direitos da personalidade de alguém não se restringe exclusivamente à esfera individual, mas repercute na sociedade como um todo. Tal concepção

passou a ser difundida a partir da máxima da função social, com a publicização dos direitos até então exclusivamente privados na busca pelo bem estar social.

O clássico individualismo liberal cedeu lugar ao Estado social, e a uma nova forma de encarar a sociedade. Ao tratar sobre o tema, Guilherme Calmon Gama e Felipe Ciudad (2007, p.3) aduzem que o sentido da expressão função social deve considerar a pessoa humana não apenas na sua dimensão individual, mas também coletiva. A doutrina da função social emerge, portanto, como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo liberal para atender aos ditames do interesse coletivo de modo a conceder igualdade material aos sujeitos de direito. Nesse novo contexto social, torna-se dever de todos prezar pelo bem comum, e o exercício dos direitos privados passa a se legitimar a partir de cumprimento desse ideal. Surge então a Teoria do Desestímulo como um instrumento de proteção do coletivo e uma sanção imposta pelo Estado em razão dos abusos perpetrados contra o ser humano e a coletividade.

4.5 CRÍTICAS À TESE DE UM GENÉRICO CARÁTER PUNITIVO

O fato da Teoria do Desestímulo encontrar solo mais fértil no país para a proteção dos direitos fundamentais tem gerado uma generalização da função punitiva no bojo das condenações por danos morais.

Hodiernamente, a doutrina e jurisprudência pátrias têm advogado o caráter dúplice da indenização pelo dano moral: compensatório - com o fim de atenuar as aflições sofridas pela vítima em decorrência do dano injusto - e punitivo, visando a impor uma sanção exemplar ao ofensor, de modo a transferir parcela do patrimônio desse para a vítima.

Nesse diapasão, a indenização punitiva vem sendo admitida no Brasil como parte adicional da indenização por dano moral, em único montante engloba-se o cunho compensatório e punitivo. Entretanto, tal unificação deturpa o modelo anglo-americano que distingue os *punitive e compensatory damages*, uma vez que impossibilita ao condenado conhecer o *quantum* compensatório do dano e o *quantum* punitivo, dificultando o efeito dissuasivo do instituto (SCHREIBER, 2013, p. 211/213).

Tal entendimento é defendido pela chamada tese mista funcional do dano moral, amplamente difundida no Brasil, tendo sido, inclusive adotada pelas cortes nacionais sob a chancela do STJ. A tese sustenta a dúplici função da reparação por danos morais: a punição do agressor por ter ofendido bem jurídico de outrem e a indenização à vítima em montante suficiente para lhe amenizar os efeitos danosos da ofensa. Com base nesse entendimento, o instituto tem sido aplicado no país, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIAS VEXATÓRIAS E SENSACIONALISTAS EM SITE DA INTERNET. 1. O Tribunal de origem, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, constatou a conduta ilícita do jornalista e reconheceu o seu dever de indenizar a agravada pelos danos morais sofridos. 2. Diante da falta de parâmetros objetivos para fixar o valor indenizatório, foram observados os seguintes elementos: gravidade e extensão do dano, reincidência do ofensor, posição profissional e social do ofendido, e condição financeira do ofensor e da vítima. 3. Portanto, os danos morais fixados pelo Tribunal de origem em quantia irrisória, foram majorados por esta Corte Superior, com vistas a que o valor da indenização por danos morais atendessem ao binômio "valor de desestímulo" e "valor compensatório". AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/05/2011, T4 - QUARTA TURMA)

Essa tese, contudo, se equivoca ao considerar que as funções compensatória e punitiva são ínsitas ao dano moral. A distinção se faz necessária, uma vez que o caráter sancionatório somente se legitima em situações excepcionais, quando a conduta do ofensor se mostrar especialmente reprovável. Sabe-se que nem todas as condutas causadoras de dano moral são passíveis de punição. Nos casos de deflagração da responsabilidade objetiva, por exemplo, ausente a culpa do ofensor, não seria razoável imputar-lhe uma sanção. Tampouco o seria na responsabilidade subjetiva decorrente da culpa simples do ofensor.

Contudo, a unificação das funções punitiva, compensatória e dissuasiva no bojo da indenização por danos morais é contrária ao interesse social, haja vista que desvirtua a finalidade do instituto, impossibilitando a aferição do montante atribuído à gravidade da conduta, e conseqüentemente, impede que a sociedade e o ofensor tenham consciência do seu grau de reprovabilidade.

Nesse sentido, Judith Martins Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 23) sustentam que há uma nítida distinção entre indenizar e punir, cujas finalidades

são bem distintas, pelo que se impossibilita decorrer do mesmo instituto, como têm feito os tribunais brasileiros no que se refere ao dano moral.

5. APLICAÇÃO DO PUNITIVE DAMAGE NO ÂMBITO TRABALHISTA

Sabe-se que a responsabilidade civil se encontra cada vez mais presente nesse ramo jurídico, tanto para a reparação de danos materiais como morais. As relações de trabalho no Brasil estão marcadas pelo inadimplemento dos direitos do trabalhador. Eduardo Tenório da Cunha (2014, p. 543) conclui que o significativo número de pleitos interpostos perante a Justiça laboral, revela o proveito econômico no descumprimento da legislação protetiva.

Conforme explanado no tópico de responsabilidade civil no direito laboral, a legislação brasileira, desde sua origem, reconheceu que a infração empresarial aos direitos fundamentais de seus funcionários, não apenas implica no dever reparatório, mas também produz punições a serem revertidas para o Estado. A grave violação aos direitos dos trabalhadores impõe ao transgressor não apenas o dever de ressarcimento do empregado, mas também, a imposição de sanções pecuniárias em benefício do Estado.

Tal penalização se torna necessária uma vez que, o mero ressarcimento, em muitos casos, acaba por beneficiar o empregador delinqüente, que passa a vislumbrar, no descumprimento legal, um meio de incremento de seus lucros. Ademais, em razão da relevância social do labor humano, os danos causados por essa relação ultrapassam os liames individuais, exigindo uma reprimenda mais rigorosa do Estado.

A gravidade no descumprimento da legislação trabalhista reside no fato de que seu objeto é a tutela de direitos fundamentais e de natureza alimentar. Diante das reiteradas violações mencionadas, não é difícil concluir que mudanças são imprescindíveis para reverter esse quadro e garantir a eficácia das normas protetivas. Nesse contexto, surge a Teoria do Desestímulo em solo nacional como um dos instrumentos voltados a se combater tais infortúnios.

Há de se ressaltar, todavia, a excepcionalidade do instituto, cuja consecução se limita aos casos de grave reprovabilidade da conduta ilícita. Logo, a sua incidência se vincula às hipóteses de responsabilidade subjetiva, haja visto a necessidade de se avaliar subjetivamente a conduta do agente e a sua

censurabilidade. A presença do elemento subjetivo é, portanto, condição *sine qua non* para a sua aplicação.

5.1 A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

Durante muitos séculos, o trabalho foi visto de forma depreciativa. Em breve síntese acerca da sua evolução social, Arnaldo Lopes Sussekind e outros (2005, p. 30) afirmam que, no sistema escravista, o trabalhador era visto como uma mera mercadoria, destituído de própria sua condição humana; no regime servil, o indivíduo, apesar de não ter a condição jurídica do escravo, na realidade não dispunha de sua liberdade; e a partir das Corporações, inicia-se uma mudança no sistema econômico, onde se começou a declinar a economia doméstica e a surgir os grupos profissionais, a partir da força e união dos homens. Contudo, somente no final do século XVIII, com a Revolução Política e a Revolução Industrial é que o Direito do Trabalho começou a sedimentar seus contornos.

As conseqüências da revolução industrial foram desastrosas para os trabalhadores, submetidos a condições degradantes de trabalho. Alice Monteiro de Barros (2009, p. 64) afirma que nesse contexto, Marx desenvolve o princípio da depauperação progressiva do proletariado no intuito de combater os excessos capitalistas na acumulação de capital. Sua doutrina despertou nos trabalhadores a sua consciência coletiva, passando exigir do poder público uma solução para a flagrante exploração e precarização da mão de obra humana.

As constantes revoltas dos trabalhadores também foram objeto de debate pela doutrina social da Igreja Católica, sob o comando do Papa Leão XIII, que criou um dos marcos relativos ao surgimento dos direitos trabalhistas: a encíclica “*Rerum Novarum*”, de 1891. O documento foi uma forma de conter os ânimos da classe emergente e alcançar uma convivência harmônica entre o capital e o trabalho, e trazia direitos e obrigações tanto para o empregador, quanto para o empregado (ibidem, p. 64).

A criação da OIT representa um outro marco na valorização do trabalho humano, ao estabelecer no preâmbulo de sua Constituição que “o descontentamento que decorre das condições de trabalho desumanas põe em perigo a paz e harmonia

universais”. A sua primeira Conferência, em 1919, já trouxe diversos avanços à dignificação dos obreiros na legislação internacional, a exemplo da limitação de horas de trabalho na indústria, desemprego, proteção da maternidade, idade mínima e vedação do trabalho noturno aos menores na indústria (Stuchi, 2009, p. 90).

A partir de então, a inserção dos direitos sociais trabalhistas em diversas Constituições, a exemplo do México (1917) e de Weimar (1919) erigiu os direitos fundamentais dos trabalhadores ao *status* de normas constitucionais de máxima relevância para os Estados sociais. A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a trazer em seu bojo a tutela dos direitos trabalhistas, incorporando tal valorização do trabalho humano.

A Constituição Federal de 1988 instituiu os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado brasileiro¹² e os direitos sociais dos trabalhadores ao status de direitos fundamentais da pessoa humana (arts. 6/11, da CRFB/88). A singular valorização do trabalho humano pela Lei Maior também se consubstancia no caput do art. 170¹³, bem como no seu art. 193¹⁴.

Percebe-se que foi destinada especial proteção ao labor humano pela CRFB/88, que não pode ser visto como simples meio de produção, mas como um instrumento de realização e satisfação pessoal. Nesse diapasão, Manoel Jorge e Silva Neto (2001, p.96) o define como verdadeira “fonte de realização material, moral e espiritual do trabalhador”.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros (2009, p.54), o trabalho é um “meio de subsistência, de acesso à propriedade, e cumpre um conjunto de funções sociais. Em conseqüência, representa um ponto de reflexão singularmente característico pela sua transcendência social.”

¹² CRFB/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

¹³ CRFB/88, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...

¹⁴ CRFB/88, Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Logo, é notório que o descumprimento às normas de tutela à dignidade do obreiro, ainda que apenas se refira a um único sujeito, traz um dano social, afetando a sociedade como um todo. Na lição de Rodrigo Trindade de Souza (2011, p.583), o dano social se forma “pelo somatório de danos individuais que atingem resultados macrossignificativos às realidades dos indivíduos lesionados”.

Cumprir esclarecer quais são os direitos fundamentais dos trabalhadores, ou seja, aqueles indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia, mesmo em sede coletiva. Arion Sayão Romita (2007, p. 45) enumera os seguintes: direitos da personalidade, liberdade ideológica, liberdade de expressão e de informação, igualdade de oportunidades e de tratamento, não discriminação, idade mínima de admissão no emprego, salário mínimo, saúde e segurança do trabalho, proteção contra a despedida injustificada, direito ao repouso (intervalos, limitação da jornada, repouso semanal remunerado e férias), direito de sindicalização, direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa, direito à negociação coletiva, direito à greve, direito ao ambiente de trabalho saudável.

Diante da complexidade da relação empregatícia, foi visto que os seus efeitos ultrapassam o liame intersubjetivo e, muitas vezes, acabam por atingir um número indeterminado de pessoas, repercutindo em toda a sociedade. A tutela e efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, portanto, é matéria que enseja verdadeiro interesse público.

Nesse contexto, as reiteradas violações aos direitos essenciais dos trabalhadores demonstram a total desvalorização do labor humano e devem ser eficazmente reprimidas pelo Estado. A teoria do desestímulo surge como um meio necessário à garantia do cumprimento das normas protetivas dos obreiros.

5.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS PARA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO NA SEARA TRABALHISTA

As relações trabalhistas abarcam elementos e situações jurídicas complexas e plurisignificativas. Diante da relevância dada ao labor humano, estruturado como um dos pilares da ordem econômica e social, bem como dos altos índices de

violação às regras protetivas vigentes, é essencial que se conceba instrumentos que assegurem o cumprimento legal.

Resedá (2009, p. 267-268) também sustenta a necessidade de adoção da Teoria do Desestímulo pela jurisprudência pátria para a efetiva tutela dos direitos da personalidade, como um novo meio de encarar a indenização em razão de danos morais. Entende se tratar de instrumento para assegurar a eficácia dos valores imateriais erigidos como fundamentais pelo nosso ordenamento jurídico. Acrescenta que, no caso de ofensa a direitos fundamentais, a condenação em valores meramente satisfatórios não consegue prevenir a reiteração das condutas lesivas.

No contexto de grave e reiterado descumprimento às normas trabalhistas por parte dos empregadores, os danos não se reservam à seara empresarial, mas se espraiam para uma coletividade indeterminada, haja vista a sua natureza difusa.

Para aclarar a complexidade das relações laborais e da socialização dos seus efeitos, Rodrigo Trindade de Souza (2011, p. 586) traz a seguinte hipótese: uma empresa delinquente suprime diversos direitos de seus funcionários, o que reflete na redução de preços de seus produtos. O efeito colateral disso é a perda de mercados pelos seus concorrentes, que se vêem obrigados a demitir ou, igualmente, precarizar as relações trabalhistas.

O exemplo dado retrata as práticas recorrentes no âmbito trabalhista nacional. Tais relações estão permeadas por reiterados inadimplementos aos direitos do trabalhador. Incontáveis são as fraudes à legislação trabalhistas, calculadas meticulosamente para aferir eventuais benefícios decorrentes do descumprimento legal. Muitas empresas ignoram as regras protetivas deliberada e reiteradamente, por verificar que as sanções impostas pelo ordenamento são ínfimas se comparadas aos benefícios auferidos com a violação. Ou seja, o lucro obtido sobrepuja eventuais indenizações decorrentes de ações judiciais propostas por seus trabalhadores.

Souto maior (2007, p.7) expõe que muitos são os fatores que desestimulam os trabalhadores a pleitear os seus direitos em juízo: pode decorrer da pequena repercussão econômica da lesão, do receio de ser marginalizado no mercado de

trabalho pela prestação jurisdicional. O fato é que os empregadores são beneficiados com tal abstenção, e também com a prescrição parcial de cinco anos, a mora processual e a possibilidade de acordos, nos quais acabam pagando valores bem menores do que os efetivamente devidos.

Ante a todo o exposto, não é de se admirar que a efetividade das normas laborais seja tão baixa, visto que a prática tem mostrado que o “ilícito compensa”. Ao tratar da ineficácia das normas jurídicas, Norberto Bobbio (1992, p.25) expõe que não se trata de um problema filosófico, mas jurídico e político. Acrescenta que tampouco é necessário se indagar quais são esses direitos e qual é a natureza de seu fundamento, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Nesse sentido, Dallegrave Neto (2015, p. 21) aduz que, apesar de vivos e profícuos os valores e princípios constitucionais vigentes, nunca o Brasil precisou tanto que sua Carta Política fosse efetivamente cumprida. Os princípios constitucionais de proteção ao trabalhador e do primado ao trabalho, associado à cláusula geral da função social do contrato, devem ser de uso imprescindível ao operador jurídico.

As constantes infringências aos direitos fundamentais do trabalhador, com lesão à integridade moral da sociedade e afronta à dignidade humana e ao valor social do trabalho, reclamam uma tutela diferenciada.

Dessa forma, a aplicação dos *punitive damages* para dissuadir tais violações e assegurar a tutela constitucionalmente instituída aos trabalhadores se mostra como um instrumento efetivo para vincular os agentes econômicos, favorecendo, portanto, a observância da ordem jurídica.

Tal é o entendimento sustentado por Luis Roberto Barroso (2011, p.6), ao tratar de ativismo judicial, afirmando que o Poder Judiciário está autorizado a aplicar diretamente a Constituição, sempre que houver violação a direitos fundamentais ou regras do processo democrático, ainda que diante da inexistência de lei ordinária razoável regendo a matéria.

Conforme explanado previamente, a legislação brasileira, desde a sua origem, reconheceu que a grave violação aos direitos dos trabalhadores impõe ao

transgressor não apenas o dever de ressarcimento do empregado, mas também, sanções pecuniárias em benefício do Estado.

Tal penalização se torna necessária haja vista que, o mero ressarcimento, em muitos casos, pode se mostrar inócuo para coibir a reincidência da conduta ofensiva, acabando por beneficiar o empregador delinquente. Consoante conclusão de Eduardo Maia Cunha (2014, p.553), o desvalor de normas de tamanha relevância importa na erosão normativa dos demais direitos elencados infraconstitucionalmente.

Como visto, a evolução da responsabilidade civil trouxe a sua função pedagógico-punitiva, instrumentalizada por meio da teoria em questão, no intuito de assegurar a efetividade ao cumprimento dos comandos legais. A responsabilidade civil do empregador, em regra subjetiva – conforme explanado previamente -, também impõe as referidas funções.

Desse modo, os parâmetros de aplicação do instituto são os mesmos previstos para o âmbito cível, abordados no capítulo anterior, quais sejam, a razoabilidade, a proporcionalidade, a extensão e gravidade do dano, o grau da culpa, e a capacidade financeira do ofensor, bem como a obtenção de lucro com o ilícito.

Os requisitos para a adoção da referida teoria também se aplicam igualmente na seara laboral. Logo, diante da ocorrência de dano extrapatrimonial e da gravidade da culpa do ofensor, se legitima o uso do instituto, tanto em relação aos direitos difusos e coletivos, bem como nas reclamações individuais, sempre que a gravidade do ilícito ensejar o interesse público. Nesse diapasão, entendeu o TST, no recurso de revista nº 88100-08.2009.5.04.0121, que a lesão a bem imaterial revela interesse público, na medida em que encontra ressonância no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵.

¹⁵ DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. PARÂMETROS RELEVANTES PARA AFERIÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. SISTEMA ABERTO. DOSIMETRIA DO -QUANTUM- INDENIZATÓRIO. CONFIGURAÇÃO. 5.1. O contexto fático descrito no acórdão evidencia a caracterização do dano moral, e a consequente obrigação de indenizar. 5.2. Dano moral consiste em lesão a atributos íntimos da pessoa, de modo a atingir valores juridicamente tutelados, cuja mensuração econômica envolve critérios objetivos e subjetivos. 5.3. A indenização por dano moral revela conteúdo de interesse público, na medida em que encontra ressonância no princípio da dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária (CF, arts. 1º, III, e 3º, I). 5.4. A dosimetria do -quantum- indenizatório guarda relação direta com a existência e a extensão do dano sofrido, o grau de culpa e a perspectiva econômica do autor e da vítima, razão pela qual a

No que tange à adoção da teoria do desestímulo no âmbito de tutelas individuais, merece transcrição o acórdão do TRT da 23ª Região, que decidiu sobre o recurso ordinário nº 0002470-67.2013.5.23.0071, de 19/09/2014. Trata-se de reclamatória individual, que impugna a contratação de menor para desempenhar labor em condições perigosas. Na decisão, a relatora trata expressamente da necessidade de utilização do instituto em questão como meio de dissuadir a reiteração da conduta lesiva, haja vista a violação de norma de ordem pública.

In verbis:

QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RECURSO DA RÉ E AUTOR.

"Quanto ao dano moral, a ré pugna pelo sua minoração e o autor pela sua majoração, pois o juízo deixou de considerar a extensão do dano, o grau de culpa da ré, capacidade econômica das partes, além do critério da razoabilidade.

Sem razão.

Acerca da quantificação da indenização, destaca-se que possui o intuito de compensar os dissabores causados pelo dano moral, o qual é fixado por arbitramento, na forma dos art. 944 e seguintes do Código Civil, questão já pacificada na doutrina e jurisprudência em razão da falta de um parâmetro mínimo e máximo estipulado em lei. O arbitramento do quantum debeatur, portanto, é parte intrínseca da essência da quantificação do dano moral, mas alguns critérios não de ser observados como, por exemplo, a posição social do ofendido, a situação econômica do ofensor, a culpa do ofensor/ofendido na ocorrência do evento, iniciativas do ofensor em minimizar os efeitos do dano, o efeito pedagógico, dentre outros, a fim de que não fique inteiramente ao alvedrio do julgador.

A definição do valor guarda estreita relação com o bom senso do magistrado, devendo este buscar a solução que melhor traduza o sentimento de justiça no espírito do ofendido e da sociedade, não deixando de observar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse passo, não se pode descuidar que a contratação de trabalho de menor para desempenhar labor em condições perigosas infringiu norma de ordem pública (art. 7º, inc. XXXIII, CF/88), além infringir a Convenção nº 138 da OIT da qual o Brasil é signatário.

No caso, é preciso aplicar, também, a teoria do valor do desestímulo, utilizada como referência pelo sistema americano, conhecido como punitive damages ou exemplary damage, no sentido de a sua imposição importar em exemplo para a não reincidência pelo causador do dano, senão também para prevenir a ocorrência de futuros casos de lesão."

atuação dolosa do agente reclama reparação econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda. 5.5. Assim, à luz do sistema aberto, cabe ao julgador, atento aos parâmetros relevantes para aferição do valor da indenização por dano moral, fixar o -quantum- indenizatório com prudência, bom senso e razoabilidade, sob pena de afronta ao princípio da restauração justa e proporcional. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 22/08/2012, 3ª Turma).

Em diversas outras hipóteses de reclamações trabalhistas individuais, é possível se vislumbrar a necessidade de imposição da indenização punitiva, a exemplo de grave assédio moral no trabalho; do trabalho análogo à condição de escravo; de contínuas retenções salariais; da violação reiterada às normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador, entre outros.

Em todos os supracitados exemplos, pode-se verificar que a gravidade da ofensa acaba por repercutir nos valores essenciais do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, na sociedade como um todo. Logo, tais ilícitos devem ser especialmente reprimidos pelo Estado enquanto garantidor da ordem pública e dos valores fundamentais dos trabalhadores.

Ademais, não raro, se verifica a multiplicação de reclamações individuais contra um mesmo empregador. A repetição do ilícito pode ilustrar a deliberada conduta violadora da empresa, que deve ser averiguado com cautela pelo julgador, podendo legitimar a aplicação da teoria do desestímulo.

Por seu turno, ainda mais evidente é a legitimação do instituto diante de ações que envolvem direitos difusos e coletivos. Diversas são as decisões das Cortes trabalhistas pátrias que tem recorrido à teoria para assegurar o cumprimento das regras protetivas dos trabalhadores. Nesse sentido, o TRT da 10ª Região tratou do tema no julgamento do recurso ordinário nº 847201001110003, em sede de ação civil pública impetrada pelo Ministério Público do Trabalho. O voto do relator advogou pela imposição dos *punitive damages* como fundamento para a exacerbação da indenização pelos danos morais coletivos, com o fim de sancionar eficazmente o lesante e desestimular a sociedade para novas investidas do gênero¹⁶.

¹⁶ 1. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Na presente ação, o parquet alegou que a reclamada encontra-se irregular, ante o ordenamento jurídico trabalhista, quanto à jornada de trabalho dos trabalhadores e a terceirização ilícita de atividade-fim. Assim, postulou a condenação da ré a obrigações de fazer/não fazer, bem como ao pagamento de dano moral coletivo. Inafastável, assim, o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a proposição de ação civil pública, porquanto se cogita da proteção de interesses coletivos e difusos tutelados juridicamente, que, uma vez desrespeitados, podem ensejar a violação aos direitos do ser coletivo. 2. DANO MORAL COLETIVO. INDENIZAÇÃO. Há dano moral coletivo, susceptível de reparação mediante indenização, quando comprovada conduta altamente lesiva aos interesses de um segmento social, perfeitamente identificável, que reclama reparação enérgica. As lesões também poderão ser de natureza difusa, pois outros trabalhadores, não passíveis de identificação, poderiam ser vítimas do procedimento reprovável demonstrado nos autos que, por si só, representa reiterada e injustificável ofensa ao próprio delineamento constitucionalmente objetivado, bem como às normas protetivas cogentes que

Diante de todo exposto, a adoção da teoria do desestímulo na seara laboral representa não apenas um meio eficaz para o alcance da mencionada finalidade, mas também um instrumento necessário à realização de justiça, tanto na seara individual quanto na coletiva.

5.3 PRÁTICAS ABUSIVAS E *DUMPING SOCIAL*

O progresso tecnológico trazido pela Revolução Industrial transformou os meios de produção, que se aperfeiçoam continuamente e têm se tornado cada vez mais sofisticados. Os anseios capitalistas pela incessante busca de lucros se tornaram a mola propulsora para o desenvolvimento de novos meios produtivos, em detrimento da própria saúde e segurança do trabalhador, que era submetido a condições degradantes no exercício de seu labor.

Gustavo Filipe Garcia (2015, p.31) expõe que nesse período, em razão das péssimas condições de trabalho, excessivas jornadas e exploração de mulheres e menores, os obreiros passam a se reunir para reivindicar melhorias. O Estado, até então absenteísta, passa a intervir nas relações trabalhistas para proteger o trabalhador, impondo restrições à autonomia de vontade das partes, de modo a reduzir as desigualdades sociais e econômicas. Surgem então, os direitos fundamentais de segunda dimensão: direitos sociais, econômicos e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada para minimizar os problemas sociais trazidos pela Revolução Industrial.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, emerge o constitucionalismo social e a inclusão, por diversos Estados, de normas para a defesa dos direitos sociais nas suas respectivas Constituições, dentre os quais se incluem os direitos trabalhistas.

O intenso intervencionismo do *Welfare State* e o endividamento público para custear as mais diversas prestações sociais trouxeram a crise desse modelo, que tinha uma forte conotação protetiva ao trabalhador enquanto ser humano. Alice Monteiro de Barros (2009, p. 86) afirma que, tais mudanças se iniciam a

integram o ordenamento juslaboral. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TRT-10, Relator: Desembargador Brasilino Santos Ramos, Data de Julgamento: 08/02/2012, 2ª Turma)

partir da década de 60, culminando com a política neoliberal que marcou a década de 1990. Essa política econômica privilegiou os grandes grupos econômicos em detrimento das pequenas e médias empresas, muitas delas quebraram em razão disso.

Uma outra consequência trazida pelo neoliberalismo foi a flexibilização¹⁷ aos direitos sociais outrora conquistados. Ricardo Antunes (2011, p. 39) relata que:

Privatização, desregulamentação, fluxo livre de capitais, financeirização, terceirização e precarização do trabalho, desemprego estrutural, trabalho temporário, parcial, aumento da miserabilidade, todas essas prerrogativas da barbárie neoliberal e de sua reestruturação produtiva passaram a caracterizar o cotidiano do mundo do trabalho. Com um processo de tal intensidade, não foram poucas as consequências nefastas à classe trabalhadora, que sofreu inúmeras mutações e metamorfoses.

Além das distorções neoliberais, Ari Beltran (1998, p. 83), aduz que um relevante fator a ser considerado ao se discutir o impacto da integração econômica sobre as relações de trabalho é o chamado *dumping* social. O instituto se refere às graves violações de direitos sociais, principalmente no aviltamento salarial efetuado por parte de algumas empresas como meio de redução de custos, e maximização dos lucros.

Na definição de Leandro Fernandez (2014, p.85):

Dumping social pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na comercialização de mercadorias ou serviços a preços inferiores aos praticados no mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão de obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais.

No âmbito trabalhista, o TST relaciona o *dumping social* às agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas.

¹⁷ Importante distinguir os institutos da flexibilização, desregulamentação e flexissegurança no âmbito laboral. Arion Sayão Romita (2008, p. 9) explica que a flexibilização das normas trabalhistas decorreu do movimento de ideias que caracterizam a adaptação da rígida legislação trabalhista às novas exigências da economia e da revolução tecnológica, permanecendo, portanto, a regulamentação legal. Já a desregulamentação pressupõe a ausência do Estado (Estado mínimo), revogação de direitos impostos pela lei, retirada total da proteção legislativa, permitindo a livre manifestação de vontade, logo, a autonomia privada passa a regular a relação de trabalho. Por fim, a flexissegurança é uma nova forma de se tentar harmonizar dois valores antagônicos: a flexibilização do mercado e a segurança dos trabalhadores, baseada na observação de que a globalização e o progresso tecnológico acarretam uma rápida evolução das necessidades dos trabalhadores e das empresas (Ibidem, p.81).

A insaciável busca por lucros dos empreendedores, tão estimulada no mundo capitalista atual, resulta na precarização das relações laborais e degradação dos trabalhadores, infringindo os seus direitos mais essenciais. No Brasil, o combate a tal prática tem levado muitas cortes trabalhistas à concessão de indenizações, de cunho punitivo, para a tutela dos direitos sociais violados.

Um caso de *dumping social* foi devidamente avaliado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário nº 00866-2009-063-03-00-3. O julgado constatou que a prática empresarial de precarizar os mais elementares direitos trabalhistas gerou uma situação de concorrência desleal dentro de certa comunidade, configurando o dano social. Eis a ementa:

REPARAÇÃO EM PECÚNIA – CARÁTER PEDAGÓGICO – *DUMPING SOCIAL* – CARACTERIZAÇÃO – Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização de mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificáveis do denominado *dumping social*, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. ‘As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘dumping social’ (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 4). Nessa ordem de idéias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. ‘Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem deriva da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza (LAFER, Celso – ‘Dumping Social’ in Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir – ainda que pedagogicamente – a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir – evitando práticas nefastas futuras – o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana.

Além dos dispositivos legais mencionados no julgado acima, parte da doutrina, a exemplo de Rodrigo Trindade de Souza (2011, p.585), tem fundamentado a aplicação da teoria do desestímulo seara laboral com base na aplicação subsidiária do parágrafo único, do art. 404, do CCB/02. Tal dispositivo prevê que, diante da constatação da insuficiência da condenação restitutiva, possibilita-se

ao juiz a fixação de indenização suplementar, que, não necessariamente, precisa ser em benefício do ofendido.

A mencionada previsão normativa demonstra o cuidado do legislador em autorizar um incremento condenatório com vistas à adequada atuação do direito positivo, tal como se pretende a teoria do desestímulo. Tal entendimento tem sido adotado por parte da jurisprudência nacional, conforme será analisado em tópico específico.

5.4 QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESESTÍMULO NA SEARA TRABALHISTA

Há diversas referências à teoria do desestímulo nas cortes trabalhistas brasileiras, contudo, elas ainda não respondem à teoria do desestímulo de forma uníssona. Uma parte da jurisprudência refuta a sua aplicação por entender que a aplicação do instituto não se coaduna ao sistema brasileiro; outra parcela defende não apenas a sua compatibilização ao ordenamento, mas também a necessidade de sua aplicação para o alcance dos postulados mais basilares do Estado.

A jurisprudência do TST já fez referência à teoria *in casu* como fundamento a diversas condenações proferidas. No recurso de revista nº 1148/2004-021-03-00.8 defendeu a necessidade de imposição dos *punitive damages*, uma vez que o montante arbitrado a título de indenização por danos morais tem por escopo não apenas a compensação dos dissabores causados ao trabalhador, mas também a punição do empregador que abusou do seu poder diretivo e provocou danos a outrem. Segue a transcrição da ementa do julgado:

HORAS EXTRAS. REUNIÕES NA EMPRESA. ACORDO COLETIVO. VENDEDOR EXTERNO.[...] **VALOR DO DANO MORAL.** I - É sabido que se deve levar em conta a gravidade da ofensa e a capacidade econômica do ofensor, tanto quanto o objetivo dissuasório de práticas assim malsãs, pelo que se mostram razoáveis os parâmetros adotados pelo relator tendo em vista a proporcionalidade de vezes em que a prática ocorreu. II - O art. 1.538 do Código Civil de 1916, invocado pela recorrente, refere-se à indenização por dano à saúde física, sendo impertinente aos autos. Da mesma forma, são inespecíficos os artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa e Código Brasileiro de Telecomunicações. III - Recurso não conhecido. (RR 1148/2004-021-03-00.8, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagem. Quarta turma. DJ 25/08/2006)

Atualmente, a maioria dos tribunais trabalhistas brasileiros já reconhece a possibilidade de aplicação do instituto, contudo, há duas questões a serem analisadas nesse cenário: a possibilidade de condenação *ex officio* pelo magistrado e a generalização do instituto, conforme será examinado a seguir.

5.4.1 Condenação *ex officio* pelo magistrado

Atualmente, há uma celeuma doutrinária e jurisprudencial no país acerca da possibilidade de fixação de ofício, pelo magistrado, das indenizações punitivas. O debate se intensificou ainda mais com a publicação do Enunciado nº 4, da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), na 1ª Jornada de Direito Material e Processual, realizada em 2007, que passou a prever a possibilidade de o magistrado fixar indenização punitiva, inclusive *ex officio*, no intuito de prevenir a reiteração dos danos sociais trabalhistas. *In verbis*:

4. "DUMPING SOCIAL". DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido "dumping social", motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, "d", e 832, § 1º, da CLT.

O dispositivo sofreu fortes críticas sob o argumento de que a condenação concedida de ofício pelo magistrado *a quo* extrapola os limites objetivos da lide. Em que pese o Enunciado se referir apenas às hipóteses de dumping social, os defensores da tese em epígrafe – a exemplo de Jorge Luiz Souto Maior (2007, p. 1.317) - sustentam que, quando se tratar de matéria de ordem pública, estando presentes os requisitos legitimadores da teoria do desestímulo, é possível a sua imposição de ofício.

O supramencionado autor (ibidem, p. 1.317-1.323), um dos maiores defensores da tese em epígrafe, extrai tal autorização do parágrafo único do art. 404, do

Código Civil¹⁸, cuja aplicação subsidiária à seara trabalhista é prevista no parágrafo único do art. 8º, da CLT¹⁹. O referido dispositivo civilista possibilita ao magistrado fixar, de ofício, uma indenização suplementar ao ofensor, se entender que a simples restituição não é suficiente para reparar o bem lesado.

Assim, a possibilidade de o juiz agir de ofício para preservar a autoridade do ordenamento jurídico foi agasalhada pelo direito processual. No que concerne ao Direito do Trabalho constitui até mesmo um dever, pois o descumprimento intencional dos preceitos trabalhistas fere os próprios fins de desenvolvimento do modelo capitalista em bases sustentáveis e com verdadeira responsabilidade social. Ademais, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não foi alheia ao fenômeno, atribuindo ao juiz amplos poderes instrutórios, consoante previsão do art. 765, do referido diploma legal (MAIOR, p.1.317/1.323).

Eduardo Maia da Cunha (2014, p. 552) refuta tal previsão baseados nos seguintes argumentos: por se tratar de matéria privada, exige-se o impulso das partes, a quem se deve atribuir o juízo acerca da necessidade da condenação; o instituto não deve exercer a mesma função já prevista para as astreintes; por fim, a indenização civil é não é assunto de interesse público, limitando-se, portanto, ao princípio do dispositivo.

A fixação de ofício dos *exemplary damages* não parece razoável, contudo, sob um outro fundamento mais relevante: fere os postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Não é possível a imposição de uma condenação sem se assegurar às partes o direito prévio à defesa plena sob pena de violação ao art. 5º, incisos LIV²⁰ e LV²¹ da Constituição Federal de 1988. Contudo, diante da lesão a interesses fundamentais, o interesse público se faz presente na medida em que encontra ressonância no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁸ CC/02, art. 404 - Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e, não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

¹⁹ CLT, Art. 8º - Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

²⁰ Art. 5º, CRFB/88: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²¹ Art. 5º, CRFB/88: LIV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nesse diapasão se manifestou o TST, no recurso de revista nº 11900-32.2009.5.04.0291, ao afirmar que a condenação à indenização suplementar de ofício por dumping social extrapola os limites objetivos da demanda, bem como a Lei Maior. *In verbis*:

RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS J.M. EMPREENDIMENTOS E COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV. IDENTIDADE DE MATÉRIAS. ANÁLISE CONJUNTA. INDENIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. JULGAMENTO -EXTRA PETITA-. 1. Em decorrência do princípio da estabilização da demanda e dos limites legais da atuação judicial, preconizados nos arts. 128 e 460 do CPC, é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. 2. Na hipótese, o Tribunal Regional manteve a sentença em que se julgou improcedente o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício e seus consectários, condenando, de ofício, as reclamadas ao pagamento de indenização por -dumping social-, não obstante a ausência de pedido nesse sentido. A condenação extrapola os limites objetivos da demanda, violando, portanto, os arts. 128 e 460 do CPC, 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Recursos de revista conhecidos, nesse particular, e providos.
(TST, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 21/08/2012, 1ª Turma)

De fato, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa impedem a condenação de ofício do ofensor. Ademais, os arts. 141 e 492, do NCPD, vedam tal possibilidade, pois estabelecem, respectivamente, que o juiz decidirá a lide nos limites em que fora proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte; ou proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior, ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Logo, a previsão em epígrafe não merece prosperar.

5.4.2 Generalização do instituto na seara laboral

A tese mista da indenização por dano moral, tal como adotada pela jurisprudência pátria, sustenta que as funções compensatória e punitiva sempre estarão presentes. Mas, como visto, a teoria do desestímulo apenas se legitima quando os ilícitos causadores de dano moral são especialmente reprováveis, tal como defende Mariana Pargendler e Judith Martins Costa (2005, p. 23).

Assim, o modo de aplicação da teoria em análise pelas cortes brasileiras tem desvirtuado a essência do instituto, conforme explanado previamente. A generalização da função pedagógico-punitiva no bojo da indenização por dano moral acaba por obstar o alcance dos objetivos sociais propostos pela teoria. Tal unificação indenizatória impossibilita a aferição do valor atribuído a título de *exemplary damages*, impossibilitando ao ofensor e a terceiros uma exata noção do grau de reprovabilidade de conduta violadora.

A adoção do instituto pela Justiça do Trabalho tem seguido os mesmos parâmetros das demais cortes pátrias, englobando, em único montante indenizatório, os valores relativos aos *exemplary damages* e à compensação dos danos.

No julgamento do recurso ordinário nº 0000448-25.2011.5.03.0051, do TRT da 3ª Região, há expressa menção à teoria em epígrafe, como fundamento para a elevação da indenização por danos morais. A decisão pondera a ineficácia da indenização meramente compensatória para evitar a reiteração da conduta ilícita. De fato, a teoria deve ser aplicada à hipótese, contudo, dissociada da reparação pelos prejuízos imateriais sofridos pelo ofendido. Segue a ementa:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DO TRABALHO CAUSADO POR TRANSPORTE PRECÁRIO FORNECIDO PELO EMPREGADOR. APLICAÇÃO DA TEORIA DA "PUNITIVE DAMAGES". Concretizada a gravidade da conduta ilícita, não se deve apenas ter por viável a concepção compensatória da indenização, pois esta, por vezes, apesar de buscar reparação completa dos prejuízos, se mostra ineficaz. O ofensor, mesmo depois de lhe ser imposto o pagamento compensatório, não raras vezes se mostra indiferente ao ocorrido, pois normalmente pode pagar o preço, gerando-lhe ganhos, tendo por consequência enriquecimento ilícito com a persistência da prática, a morosidade da prestação da justiça, uma vez que se protela o momento da quitação, tendo por prejudicado não só o ofendido, mas toda a sociedade. Constatando-se que a indenização fixada no juízo primevo deixou de levar em conta o caráter punitivo-pedagógico, mister elevar-se o valor fixado, de modo a punir o ofensor, fazê-lo perceber o caráter odioso de sua conduta e, assim, desestimulá-lo da prática da ilicitude, no futuro.

(TRT-3 - RO: 0000448-25.2011.5.03.0051, Relator: Convocada Ana Maria Amorim Rebouças, Décima Turma, Data de Publicação: 08/03/2012. DEJT. Página 123.)

Em outro julgado, o TRT da 1ª Região, também se refere expressamente ao instituto, como um dos critérios balizadores da aferição do *quantum* indenizatório. Mais uma vez, a aplicação da teoria do desestímulo se deu de

forma generalizada, dentro do montante devido à título de danos morais. *In verbis*:

DANO MORAL. REPARAÇÃO. - Para a reparação do dano moral, devem ser considerados, como orienta Enoque Ribeiro dos Santos, in artigo publicado - Revista de Direito do Trabalho - RT - abril - junho 2004 - Contribuições à fixação da indenização do dano moral trabalhista; a tese da aplicação dos *exemplary* ou *punitive damages*, as condições econômicas, sociais e culturais de quem cometeu o dano e principalmente de quem o sofreu; a intensidade do sofrimento do ofendido; a gravidade da repercussão da ofensa; a posição do ofendido na sociedade; a intensidade do dolo ou a gradação da culpa do responsável; um possível arrependimento evidenciado por fatos concretos; uma possível retratação espontânea e cabal; a equidade; as máximas da experiência e do bom senso; a situação econômica do país e dos litigantes e o discernimento de quem sofreu e de quem provocou o dano.

(TRT-1 - RO: 8599220115010061 RJ, Relator: Gloria Regina Ferreira Mello, Data de Julgamento: 02/09/2013, Terceira Turma, Data de Publicação: 14-10-2013)

Como se pode vislumbrar, há expressa menção à teoria em epígrafe em ambos os julgados, no intuito de reprimir eficazmente os respectivos ilícitos, diante da insuficiência da função compensatória, quando exclusivamente considerada. Entretanto, o *quantum* indenizatório não distinguiu especificamente cada parcela, o que acaba por dificultar a sua função dissuasiva, posto que impossibilita ao empregador e à sociedade a aferição do grau de reprovação do ilícito.

Diante do exposto, torna-se necessária a distinção clara entre o instituto dos *punitive damages* e a mencionada função mista da indenização por danos morais. O alcance pleno dos objetivos propostos pelo instituto perpassa pela sua correta aplicação, especialmente com a individualização do montante a título de indenização punitiva e o valor arbitrado, que deve ser desestimulante.

5.4.3 Destinação da verba indenizatória

Cumprido analisar, nesse tópico, a destinação final do montante indenizatório, indicando, dentre as opções regulativas, aquela que melhor conduz a um tratamento legal mais justo e eficiente. Pedro Ricardo Serpa (2011, p. 286) traz as seguintes opções: a quantia paga a título de *exemplary damages* pode ser destinada ao próprio lesado; a um fundo, público ou privado, cuja finalidade seja o custeio de melhorias sociais; ou pode ser partilhada entre eles.

A destinação integral do valor à vítima se inspira no modelo anglo-saxão, e é defendida, entre outros, por Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 383) sob o fundamento de que se deve recompensar aquele que atuou, embora por interesse próprio, com múnus público, agindo em benefício da sociedade.

O argumento supra não parece prosperar ao ser confrontado com a crítica do enriquecimento sem causa do ofendido. Esse deve ser plenamente reparado por todos os danos sofridos por meio da indenização por danos morais e materiais, logo, não é possível se vislumbrar a destinação de mais um montante condenatório sem incorrer no seu enriquecimento ilícito.

O entendimento se coaduna à tese da professora Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 331) que afirma que o valor a ser pago “punitivamente” não deve ser destinado ao lesado, mas sim a fundos previamente determinados, de modo a beneficiar um número amplo de pessoas.

Pedro Ricardo Serpa (2011, p. 289) ressalta que na responsabilidade civil vigente nos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, a parte vencedora da demanda costuma arcar com todos os custos processuais, inclusive honorários advocatícios. Tal sistemática, como visto, funciona como um verdadeiro desestímulo à demanda jurisdicional quando o prejuízo suportado pelo lesado seja inferior aos custos para acessar o Judiciário. Nesse cenário, a perspectiva de recompensa a título de *punitive damages* funciona como uma correção a essa distorção.

Em solo nacional, entretanto, a regra é bem distinta. Aqueles que não podem arcar com as custas judiciais têm o direito à assistência gratuita, de modo que possam ter assegurado o pleno acesso à Justiça. Face aos argumentos mencionados, sustenta-se que a destinação integral do montante indenizatório ao lesado certamente influenciaria na sua minoração por parte dos julgadores, no intuito de evitar o enriquecimento injustificado da vítima. Assim, a função preventiva do instituto restaria sensivelmente afetada.

Outra possibilidade é a destinação do quantum punitivo a um fundo, público ou privado, voltado ao financiamento de programas sociais, posição essa defendida por grande parte da doutrina nacional, a exemplo de Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 331).

Sustenta-se que o referido montante deve ser reservado previamente a um fundo público que trate dos interesses dos trabalhadores, qual seja, o FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador. Inicialmente, tal reserva inibirá eventuais demandas de cunho prioritariamente lucrativo, frustrando qualquer expectativa de ganhos vultosos. Um segundo fundamento reside na liberdade dos julgadores na aferição do *quantum* necessário ao cumprimento das funções pedagógica e punitiva almejadas pela teoria, sem receio de incorrer em enriquecimento injustificado. Por fim, não se vislumbra razão para tal destinação ao ofendido, posto que esse tem meios próprios de ser compensado de todos os danos que lhes foram causados.

Pedro Ricardo Serpa (2011, p. 298) traz ainda uma terceira solução para o impasse: a repartição dos valores decorrentes da indenização punitiva entre a vítima e um fundo público ou uma entidade beneficente. O autor pondera que tal opção busca conjugar as soluções antagônicas: de um lado, recompensar a vítima pelo *múnus* público exercido, em prol da coletividade, de outro, colocar autores de ilícitos como financiadores de fundos para a recomposição dos interesses lesados.

A princípio, a última solução parece ser ideal, na medida em que traria os benefícios das duas primeiras. Contudo, um estudo mais detalhado demonstra que os riscos atrelados à destinação do valor integral ao ofendido também se aplicam nesse caso, apenas em proporção menor. Ademais, diante da plena reparação indenizatória moral e material da vítima por meios próprios, não resta razão para se defender tal destinação, ainda que parcial.

6 CONCLUSÃO

Diante das ponderações desenvolvidas ao longo desse trabalho, podem-se elencar as seguintes conclusões:

- As mudanças sociais da contemporaneidade fizeram emergir novas missões à responsabilidade civil, além do tradicional viés reparatório, no intuito de conservar a sua eficácia. Diante de condutas que, deliberadamente, violem os valores jurídicos fundamentais de uma sociedade, a função exclusivamente reparatória tornou-se inócua para dissuadir a reiteração do ilícito. Essa responsabilização clássica vigeu satisfatoriamente enquanto as relações jurídicas eram, basicamente, interindividuais. Atualmente, o amplo campo dos conflitos sociais e danos atemporais e globais, passou a exigir uma ordem jurídica pautada também pela prevenção, sem a qual se tornaria injusta.
- Nesse cenário, surge a necessidade de se incorporar novas funções ao instituto, quais sejam, a pedagógica e repressiva. O efeito repressivo decorre da consequência lógico-jurídica das condutas que ignoram o dever de cautela imposto pelo Estado no intuito de evitar a sua reiteração. Já o caráter preventivo denota uma perspectiva proativa da responsabilização, que passou a tutelar danos potenciais, no intuito de evitar consequências desastrosas, e muitas vezes, irreparáveis.
- O clássico viés da neutralidade axiológica da responsabilidade civil, tão característico dos países de origem romano-germânica, não permitia qualquer graduação relativa ao desvalor da conduta ofensiva, o que impossibilitava a efetivação da justiça em diversas situações. No intuito de se buscar novos instrumentos legais para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, adaptando o direito aos anseios sociais emergentes, a doutrina e jurisprudência pátrias passam a recorrer ao estudo da teoria anglo-saxônica dos *punitive damages* ou *exemplary damages* ou mesmo teoria do desestímulo, no Brasil.
- Os *punitive damages* consistem no montante pecuniário variável, autônomo em relação aos danos reparatórios, a ser imposto sempre que o dano decorre de um comportamento lesivo marcado por grave culpa do ofensor. Se a conduta do agente, embora culposa, não for particularmente reprovável, tal imposição

mostra-se imprópria. Foi visto que a sua adoção apenas se legitima nos casos de maior gravidade do dolo ou culpa do agente, como quando há obtenção de lucro com o ilícito ou ainda na reiteração da conduta violadora.

- Em que pese a aplicação do instituto no Brasil ainda não ser uníssona na nossa doutrina e jurisprudência, as cortes superiores do país têm se utilizado da teoria em epígrafe nos casos em que há uma especial reprovação do ilícito cível. A sua aplicação em solo nacional tem ocorrido como fundamento para incremento da indenização por danos morais, em montante único.
- Tal *modus operandi* interno, contudo, acaba por desvirtuar a essência do instituto. O arbitramento de uma indenização uma para a compensação à vítima e simultaneamente, para desestimular a reiteração do ilícito, obsta o alcance dos objetivos sociais propostos pela teoria. Tal unificação impossibilita a aferição do valor atribuído à título pedagógico-punitivo, impossibilitando ao ofensor e à sociedade uma exata noção do grau de reprovabilidade de conduta violadora.
- As críticas à aplicação do instituto em solo nacional foram analisadas uma a uma, quais sejam, a falta de propriedade da indenização punitiva; a ausência de prévia cominação legal; a liberdade do julgador na definição do *quantum* indenizatório; a dupla condenação pelo mesmo fato e o enriquecimento sem causa do ofendido.
- A primeira crítica decorre da clássica dicotomia público-privada, quando a responsabilidade civil apresentava viés exclusivamente reparatório do dano sofrido pela vítima. A função pedagógica ou sancionadora competia ao direito público. Tal distinção, contudo, foi bastante flexibilizada, e atualmente, várias são as hipóteses elencadas no ordenamento nacional que denotam uma função punitiva do instituto.
- Já a ausência de expressa previsão legal no ordenamento jurídico interno tampouco merece prosperar. O fundamento jurídico que não apenas legitima, mas também impõe a utilização da teoria do desestímulo, subsiste no próprio princípio da dignidade humana, da igualdade, bem como dos direitos da personalidade previstos constitucionalmente.
- A crítica relativa à liberdade do julgador remonta aos milionários julgamentos do júri estadunidense, a quem se atribui o julgamento da matéria em questão.

Em solo nacional, entretanto, tal competência é exclusiva do Judiciário, que detém o conhecimento técnico necessário à complexidade do julgamento, considerando os princípios jurídicos e anseios sociais pertinentes. Ademais, a doutrina já consolidou parâmetros claros para a aferição justa do *quantum debeat*.

- No que tange à dupla condenação pelo mesmo fato, foi visto que o caráter sancionatório não é exclusividade penal, podendo-se aplicar também civilmente. O próprio ordenamento jurídico institui que, diante de um ilícito que repercute nas searas cível e penal, as respectivas sanções podem ser cumuladas. Não há que se falar em *bis in idem*, uma vez que os bens jurídicos tutelados são distintos. Ressalte-se, entretanto, que faz-se necessário ao julgador considerar eventual condenação imposta ao mesmo caso concreto, de modo a fixar razoavelmente a indenização punitiva.
- Em relação à última crítica, como meio de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido, sustenta-se que a destinação do respectivo montante condenatório deve ser feita a um fundo público de proteção aos direitos violados.
- No âmbito trabalhista, ressaltou-se a alta relevância dada ao labor humano pela Carta Política, que o erigiu a verdadeiro pilar da ordem econômica e social. Tal previsão normativa, entretanto, tem se mostrado inócua em algumas situações, especialmente quando se está diante de empregador com grande poderio econômico. Nesse contexto, torna-se essencial que se conceba instrumentos que assegurem a efetividade das normas protetivas vigentes.
- As fraudes à legislação trabalhistas, calculadas meticulosamente para aferir eventuais benefícios decorrentes do descumprimento legal, tem sido constantes. Muitas empresas preferem ignorar as regras protetivas, deliberada e reiteradamente, ao concluir que as sanções impostas por eventuais condenações são ínfimas quando comparadas aos benefícios auferidos com a violação. Diante da ineficácia dos meios legais para alcançar os fins propostos, os empregadores são “estimulados” à reiteração da conduta, vige a idéia de que o ilícito compensa. Ademais, eles se beneficiam de diversos fatores que desestimulam os trabalhadores a pleitear os seus direitos em juízo.

- Tal dinâmica reflete na precarização das relações laborais e degradação dos trabalhadores, que, muitas vezes, são privados dos seus direitos mais essenciais. Nesse cenário, a teoria do desestímulo surge como um meio necessário e eficaz para a correção de tais distorções.
- Na seara laboral, incidem os mesmos requisitos que legitimam a adoção do instituto no âmbito cível: a ocorrência de dano extrapatrimonial e a gravidade da culpa do ofensor. A sua aplicação pode voltar-se à tutela dos direitos difusos e coletivos, bem como das reclamações individuais, sempre que a gravidade do ilícito ensejar o interesse público que justifique a repreensão.
- Quanto à imposição da indenização punitiva de ofício, advoga-se pela sua impossibilidade, sob pena de se infringir os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ademais, os arts. 141 e 492, do NCPC, também vedam tal possibilidade.
- Como visto, a adoção do instituto pela Justiça do Trabalho tem seguido os mesmos parâmetros das demais cortes pátrias, englobando, em único montante indenizatório, os valores relativos aos *exemplary damages* e à compensação dos danos. Tal prática exige um aperfeiçoamento, a imposição da teoria do desestímulo deve ser feita apartada da indenização por danos morais, distinguindo-se cada parcela. Tal generalização acaba por obstar a função dissuasiva da teoria, posto que impossibilita ao empregador e a terceiros a exata noção do grau de reprovação do ilícito.
- Em face a todo o exposto, conclui-se que a aplicação da teoria do desestímulo consiste em instrumento legítimo e profícuo para se realizar os princípios constitucionais fundamentais relativos à igualdade, à dignidade humana, à valorização social do trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de e SEVERO, Valdete Souto. **Direito do trabalho: avesso da precarização**. Volume I. São Paulo: LTr, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em:
<http://www.tj.rj.gov.br/dgcon/doutrina_artigos_juridicos/indenizacao_punitiva.doc>. Acesso em 01 de maio de 2015.

ANTUNES, Ricardo. **O continente do labor**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

AUSNESS, Richard C., **Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation**. 74 Ky. L.J. 1 (1985). Disponível em:<http://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1185&context=law_facpub>. Acesso em 25/08/2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social, in Novos estudos e pareceres do direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática** (2012). Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 31/10/2015

BELTRAN, Ari Posidônio. **Os impactos da integração econômica no direito dos trabalhadores, globalização e direitos sociais**. São Paulo: Ltr, 1998.

_____. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. rev e ampl. - São Paulo: LTr, 2009.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 05 de maio de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 de maio de 2015.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 01 de maio de 2015.

_____. **Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992**. Lei de Improbidade Administrativa. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104. ed. São Paulo: Atlas, 2000. Coletânea de Legislação.

_____. **IV Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2013**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/ivjornada.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, RHC: 91110/ SP, Relator: Ellen Gracie, Julgamento em 05/08/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma – STF. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2506908>> Acesso em: 15 de agosto de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 788459/ BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Julgamento em 08/11/2005, Órgão Julgador: Quarta Turma – STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=788459&b=ACOR &thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 20 de julho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 839923/ MG. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Julgamento em 21/05/2012, Órgão Julgador: Quarta Turma – STJ. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21809069/recurso-especial-resp-839923-mg-2006-0038486-2-stj>> Acesso em 28 de julho de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1072844/ SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Julgamento em: 17/05/2011, Órgão Julgador: Quarta Turma – STJ. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085910/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1072844-sc-2008-0147768-0>> Acesso em 03 de agosto de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-1746-86.2011.5.10.0009. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Julgamento em: 22/08/2012, Órgão Julgador: Terceira Turma - TST. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24349681/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-17468620115100009-1746-8620115100009-tst/inteiro-teor-112011982>> Acesso em 21 de agosto de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR-1148/2004-021-03-00.8. Relator: Min. Antônio José de Barros Levenhagen, Julgamento em: 09/08/2006. Órgão Julgador: Quarta Turma - TST. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1393685/recurso-de-revista-rr-1148003320045030021-114800-3320045030021/inteiro-teor-9816013>> Acesso em 28 de agosto de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 119003220095040291 11900-32.2009.5.04.0291. Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 21/08/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma - TST. Disponível em:< <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22187785/recurso-de-revista-rr-119003220095040291-11900-3220095040291-tst>> Acesso em 20 de setembro de 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Recurso Ordinário – Proc. 0002470-67.2013.5.23.0071. Relator: Des. Eliney Bezerra Veloso. Data da Publicação: 29/04/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/140523865/processo-n-0002470-6720135230071-do-trt-23>> Acesso em 28 de agosto de 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário – Proc. 00847-2010-011-10-00-3. Relator: Des. Brasilino Santos Ramos, Data da Publicação: 26/06/2012. Disponível em:< <http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24386432/recurso-ordinario-ro-847201001110003-df-00847-2010-011-10-00-3-ro-trt-10/inteiro-teor-24386433>> Acesso em 03 de setembro de 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário – Proc. 00866-2009-063-03-00-3. Relator: Desembargador Júlio Bernardo do Carmo. Data da Publicação: 31/08/2009. Disponível

em:<<https://www.trt3.jus.br/download/boletim/bol309.pdf>> Acesso em 15 de setembro de 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário – Proc.: 8599220115010061. Relator: Desembargadora Glória Regina Ferreira Mello. Data da Publicação: 14/10/2013, Terceira Turma. Disponível em:<<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24956839/recurso-ordinario-ro-8599220115010061-rj-trt-1>> Acesso em 26 de setembro de 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA, Eduardo Maia Tenório da. **A responsabilidade civil trabalhista e a doutrina dos punitive damages na Justiça do Trabalho brasileira**. Revista LTr, São Paulo, Vol.78, nº 5, p. 542-553, 2014.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Responsabilidade civil nas relações de trabalho : reflexões atuais: homenagem ao professor José Affonso Dallegrave Neto / Rodrigo Fortunato Goulart, Marco Antônio Villatore, coordenadores**. – São Paulo: LTr, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELLIS JR., Dorsey (1982, p. 25). **Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages**. *Southern California Law Review*, vol. 56, 1982.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 171-218.

FERNANDEZ, Leandro. **Dumping social**. 1 ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Breves notas históricas da função social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo, 2014.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil – A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KEETON, William Page. **Prosser and Keeton on Torts**. Saint Paul, Minnesota: West Group, 2001.

LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. A responsabilidade civil por danos ambientais na sociedade de risco. In: **Sociedade de risco e direito privado**. São Paulo, Atlas, 2013.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

LOIOLA, Eduardo de Andrade Corlett. **A doutrina dos punitive damages e sua aplicabilidade nas indenizações por danos morais decorrentes das relações de trabalho**. 2013. Monografia (Curso de Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho), Faculdade de Direito - Juspodium, Salvador.

_____. A aplicabilidade dos Punitive Damages no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Cadernos de Iniciação Científica n. 05/2012.1, p. 65-91. Faculdade Baiana de Direito, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o direito brasileiro**. Revista CEJ. Brasília, v. 28, jan./mar. 2005.

MENEZES CORDEIRO, António. **A responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais**. Lisboa: Lex, 1997. Teoria geral do direito civil, 2 ed., rev., atual. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, v.1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. 3 ed. São Paulo: Renovar. 2007.

OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em 05 de novembro de 2015.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **A Responsabilidade Civil por Dano Moral e seu Caráter Desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

OWEN, David G. *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*. *Villanova Law Review*, vol. 39, 1994.

PEREIRA, Caio Mário de. **Responsabilidade Civil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWARTZ, Gary T. ***Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment***. *Southern California Law Review*, vol. 56, 1982.

SEBOK, Anthony J., **Punitive Damages: From Myth to Theory**. *Iowa Law Review*, Vol. 92, 2007; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper Nº. 59. Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 06-015. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=894380>>. Acesso em 05/08/2015.

_____. **Punitive Damages in the United States**. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Alemanha: Springer-Verlag/Wien, p. 155-196, 2009.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de Mestrado. 2011. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rômulo Limeira Grutes da. ***Punitive damages e Dano Moral Punitivo: um Estudo Comparado com o Modelo Norteamericano***. Trabalho de Conclusão (Pós Graduação Lato Sensu) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O dano social e sua reparação**. Núcleo Trabalhista Calvet, Rio de Janeiro, 2007.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: Adequação das Condenações Punitivas para a Necessária Repressão da Delinquência Patronal**. Revista LTr , São Paulo, Vol. 75, nº 5, p. 572-587, Maio de 2011.

STRENGER, Irineu. **A responsabilidade civil no direito interno e internacional**. LTr, 2000.

STUCHI, Victor Hugo Nazário. **Trabalho Decente**. Trabalho de Conclusão (Pós Graduação Stricto Sensu) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099268.pdf>>. Acesso em 05 de novembro de 2015.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 5. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

VARELA, João Matos de Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 1994, v. 1.

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.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. **Ressarcimiento de daños**. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.