



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO DANIEL PASSOS

**A VANTAGEM ECONÔMICA DO OFENSOR ENQUANTO
ELEMENTO DO SUPORTE FÁTICO GERADOR DE
PUNITIVE DAMAGES NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Salvador
2013

JOÃO DANIEL PASSOS

**A VANTAGEM ECONÔMICA DO OFENSOR ENQUANTO
ELEMENTO DO SUPORTE FÁTICO GERADOR DE
PUNITIVE DAMAGES NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

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. Thiago Carvalho Borges

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO DANIEL PASSOS

**A VANTAGEM ECONÔMICA DO OFENSOR ENQUANTO
ELEMENTO DO SUPORTE FÁTICO GERADOR DE
PUNITIVE DAMAGES NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

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

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

AGRADECIMENTOS

À minha família, representada pela minha mãe, Heloisa, minha avó, Miriam, meus irmãos, tios e primos.

Aos meus amigos, representados pelo meu irmão, Frederico, e minha grande amiga, Juliana.

Ao meu orientador, professor e amigo, Thiago Carvalho Borges.

E, por fim, ao meu mestre no Direito e na vida, Antônio Alberto Balazeiro.

RESUMO

Os *punitive damages* são um instituto contido na teoria da responsabilidade civil, que tem como finalidade a punição do agente ofensor e a prevenção da repetição da conduta, seja pelo punido, seja por terceiro. Por ser uma tese relativamente recente no direito brasileiro, as conclusões doutrinárias específicas sobre o tema ainda são insuficientes, o que justifica a necessidade de produção científica sobre o tema. Em razão da (imprescindível) alta margem de discricionariedade que os *punitive damages* conferem ao magistrado, faz-se necessária a criação de um balizamento tanto do *quantum debeatur*, quanto do fato gerador desse acréscimo da indenização, a fim de coibir práticas arbitrárias. Este balizamento, à mingua de dispositivos legais sobre o tema, deve ser feito pela doutrina e jurisprudência, a partir da análise das regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais da jurisdição brasileira, de maneira sistemática. Nesse contexto, este trabalho busca estabelecer o objeto dos *punitive damages* em sua experiência brasileira, para, a partir daí, traçar os requisitos necessários para a sua correta aplicação, a fim de que ela aconteça em consonância com a Constituição Federal brasileira. O fundamento encontrado para a aplicação dos *punitive damages* deve ser, então, de origem constitucional, de modo que a majoração da indenização com o fito punitivo se mostre legítima. Nos pontos que seguem, passou-se a analisar a vantagem econômica do ofensor, a fim de concluir se este item seria requisito indispensável à aplicação dos *punitive damages*, ou um mero elemento accidental do suporte fático gerador dos *punitive damages*, sendo prescindível a sua presença.

Palavras-chave: *Punitive damages*; Responsabilidade civil; Teoria do desestímulo; Direito civil; dano moral.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
STJ	Superior Tribunal de Justiça
s.s.	<i>Stricto sensu</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ATO ILÍCITO	11
2.1 ATO JURÍDICO	11
2.1.1 Ato ilícito como espécie autônoma de fato jurídico	15
2.1.2 Ato ilícito como espécie de ato jurídico <i>stricto sensu</i>	16
2.2 ASPECTOS GERAIS DO ATO ILÍCITO	17
2.3 DANO ILÍCITO	18
2.3.1 Classificação quanto à natureza do bem maculado	21
2.3.1.1 Dano Patrimonial	21
2.3.1.2 Dano Extrapatrimonial	24
2.3.1.3 Críticas à classificação clássica: dano moral x dano material	27
2.3.2 A questão da culpa como requisito do dano ilícito	27
2.3.3 Abuso de Direito	29
2.3.4 Consequências	30
3 SANÇÃO	32
3.1 SANÇÃO CIVIL	32
3.1.1 Fundamento restitutivo: reparação do dano material ou compensação do dano moral	33
3.1.1.1 Função preventiva da sanção civil	34
3.2 SANÇÃO PENAL	37
3.2.1 Fundamento coercitivo	37
3.2.1.1 Dissuasão da prática do ato ilícito	38
3.2.1.2 Retribuição pela conduta praticada	39
4 RESPONSABILIDADE CIVIL	41
4.1 ASPECTOS GERAIS	41
4.2 BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA	42
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE PENAL	44
4.4 ESCOPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	45
4.5 RESPONSABILIDADE CIVIL: <i>CIVIL LAW X COMMON LAW</i>	46
4.6 FATO GERADOR	47
4.6.1 Dano Ilícito Indenizante	48

4.6.1.1 Dano Lícito	49
4.6.2 Conduta	50
4.6.3 Nexo de Causalidade	50
4.6.4 Culpa	52
4.7 INDENIZAÇÃO	52
4.7.1 Restituição enquanto fim	52
4.7.2 Excepcionalidade do caráter punitivo da indenização	53
4.8 LIMITE DO VALOR ARBITRADO PELO MAGISTRADO	56
4.8.1 Critérios de ordem legal: a extensão do dano	56
4.8.2 Grau de culpabilidade	58
4.8.3 Razoabilidade e proporcionalidade	59
4.9 INTROITO AOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	61
5 <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	62
5.1 ASPECTOS GERAIS	62
5.1.1 Nomenclatura	63
5.2 CARACTERÍSTICAS	64
5.2.1 Finalidade Punitiva	64
5.2.2 Finalidade Dissuasiva	65
5.2.3 Majoração do poder do magistrado	66
5.3 DISTINÇÃO ENTRE <i>PUNITIVE</i> E <i>COMPENSATORY DAMAGES</i>	67
5.4 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA EXPERIÊNCIA ANGLO-SAXÃ	68
5.4.1 Origem Histórica	68
5.4.2 Aspectos Processuais	72
5.5 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO DIREITO BRASILEIRO	73
5.5.1 Posicionamento da jurisprudência	73
5.5.1.1 Questões processuais – breves comentários sobre ampla defesa, contraditório e devido processo legal	77
5.5.2 Adequação ao <i>Civil Law</i>	78
5.5.2.1 Pontos convergentes	78
5.5.2.2 Pontos divergentes – adaptações necessárias	80
5.5.3 Requisitos	81
5.5.3.1 Probabilidade de repetição da conduta	82
5.5.3.2 Existência de dano moral	84

5.5.3.3 Dolo ou culpa grave	84
5.5.4 Fundamento constitucional	85
5.5.4.1 A união social da propriedade e a vantagem econômica do ofensor	86
6 CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

O dano punitivo – termo pátrio que deriva dos *punitive damages*, de origem inglesa – é um instituto jurídico contido na teoria da responsabilidade civil trazido à voga com frequência pela doutrina. Os *punitive damages* são alvo comum de discussões, em razão da sua dissonância do caráter meramente compensatório da indenização por dano moral presente nos sistemas de *civil law*, o que gera uma série de questões controversas sobre o tema.

A aplicação do dano moral punitivo no direito brasileiro é recorrente, e a jurisprudência sobre o tema é elástica, inclusive em tribunais superiores. Sua finalidade é inibir a prática reiterada do ato lesivo, majorando a indenização a fim de tornar esta prática não vantajosa.

O presente trabalho tem por escopo abordar os requisitos básicos para a aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, e, ao fim, analisar a hipótese na qual o agente ofensor age dolosamente com o fim de auferir lucro ilícito a partir de prática de conduta ilícita.

Para tanto, foram listados diversos institutos de direito civil, além de outros, ainda que *en passant*, de teoria do direito, com o intuito de demonstrar o embasamento técnico-jurídico da inserção dos *punitive damages* no ordenamento pátrio.

Buscou-se, ainda, traçar as características dos *punitive damages*, buscando entender a sua finalidade e preceitos. Então, fora trazido o entendimento da doutrina e jurisprudência nacional, visando adaptar o instituto ao sistema brasileiro de *civil law*.

Nos sistemas de *common law* anglo-saxões, a problemática dos *punitive damages* gira em torno da delimitação do *quantum* arbitrado pelos júris. Lá, não é raro o surgimento de julgados que arbitram valores abusivos a título de *punitive damages*, além da flagrante imprevisibilidade dos julgamentos, já que as decisões não seguem um critério lógico, sendo assaz variadas e desproporcionais.

Já no Brasil, o instituto ainda é embrionário, pendendo inúmeros problemas. Os aspectos processuais dos *punitive damages*, por exemplo, carecem de uma melhor definição.

Entretanto, a problemática abordada nesta pesquisa foi a da necessidade do delineamento de um objeto próprio, a fim de legitimar a aplicação dos *punitive damages* na experiência brasileira, conferindo-lhe uma aplicação em conformidade com a Constituição Federal, sem que se atente contra o sistema normativo brasileiro, evitando arbitrariedades.

Nesse sentido, foram indicados os requisitos indispensáveis para a utilização dos *punitive damages*, mediante análise de doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira.

A carência de análise do instituto em pauta na doutrina nacional reforça a necessidade da produção científica nesse sentido, o que, aliado à sua aplicabilidade prática, fez com que esse tema fosse eleito para ser o foco desta pesquisa.

Com efeito, definição desses requisitos se mostra necessária, a fim de regular o âmbito de aplicação dos *punitive damages* na jurisprudência pátria. Hoje, a jurisprudência é vacilante, e muitas vezes imputa *punitive damages* a condutas onde a majoração da indenização seria flagrantemente indevida.

A partir dessa imprescindível definição, enfrentou-se o problema proposto. Fora discutida, então, a hipótese da conduta ilícita na qual a vantagem econômica do ofensor figura como elemento do suporte fático gerador dos *punitive damages*.

Alguns doutrinadores entendem ser a vantagem econômica do ofensor um requisito indispensável para a aplicação dos *punitive damages*. Outros, entendem ser tão somente um elemento acidental, prescindível. Há, por fim, quem entenda a vantagem econômica do ofensor como item bastante à aplicação dos *punitive damages*, portanto, estando ele presente, nenhum outro requisito se faria necessário.

A fim de demonstrar qual o tratamento deve ser conferido a essa hipótese, foram traçados os fundamentos constitucionais que balizam os *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

Optou-se, na pesquisa, pela utilização tanto dos termos em inglês – *punitive, vindictive ou exemplary damages* –, quanto dos termos em português – dano moral punitivo, posto que ambos se mostram corretos, como será visto no tópico que trata especificamente da nomenclatura do instituto.

2 ATO ILÍCITO

A teoria do ato ilícito, ponto essencial para o entendimento desta pesquisa, é um ramo do direito civil ainda carente de sistematização teórica satisfatória. Por essa razão, o intuito deste capítulo é oferecer apenas uma introdução sobre o instituto, sem a pretensão de esgotar por completo o assunto.

2.1 ATO JURÍDICO

A exórdio, antes de adentrarmos no conceito específico de ato ilícito, cumpre abordar, ainda que sem a profundidade que exige o tema, os aspectos atinentes ao instituto do ato jurídico.

Ato jurídico é o termo cunhado para designar um conjunto de ações humanas associadas entre si por características comuns. Para compreender suas especificidades, faz-se necessária a análise da teoria do fato jurídico, que será explanada abaixo.

O mundo da vida é composto por diversos fatos. Alguns desses, socialmente relevantes, motivo pelo qual recebem tutela jurídica. Ou seja, o Direito confere a estes fatos alguma consequência em razão da importância que eles carregam perante a sociedade.

Assim, tem-se a diferenciação entre o fato do mundo da vida, que seria todo e qualquer fato que ocorre no mundo real, e os fatos jurídicos, que compreendem uma parcela daqueles.

Uma folha derrubada pelo vento, sem maiores implicações, consiste em fato do mundo da vida, não sendo, contudo, fato jurídico. Um vendaval que destrua uma residência, *a contrario sensu*, traz consequências relevantes para a sociedade, sendo, assim, considerado fato jurídico: o ordenamento dá importância a este fato, regulando seus efeitos.

Marcos Bernardes de Mello (2012, pp. 39 e 40) ensina que o fato jurídico é aquele fato do mundo da vida ao qual o Direito conferiu regulamentação, em razão do

mesmo ser dotado de relevância social, tornando-o fato produtor de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ou qualquer efeito jurídico distinto. Exclui-se, segundo o mesmo autor, dos fatos jurídicos, por exemplo, a relação de cortesia entre vizinhos: a despeito da carga axiológica presente na conduta (comissiva ou omissiva) de ser cortês com um vizinho, esta não gera, nem ao sujeito passivo nem ao ativo, qualquer efeito jurídico, não sendo um obrigado a cumprimentar o outro, nem cabendo a este o direito de exigir daquele o cumprimento. É, destarte, fato do mundo da vida sem qualquer importância jurídica.

O fato jurídico (*lato sensu*) é um gênero, que contém as espécies fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico e ato jurídico *lato sensu*, a saber.

Consiste, o fato jurídico em sentido estrito, nos acontecimentos da natureza independente das ações humanas. Importa frisar que se trata de independência, não de ausência necessária de ato humano. É que, acidentalmente, o ato humano pode compor a origem do fato jurídico sem que se altere a sua natureza. (MELLO, 2012, p. 165).

Com efeito, o que distingue o fato jurídico *stricto sensu* das demais subespécies de fato jurídico *lato sensu* é a ausência da necessidade do ato humano para que haja a sua materialização. Com clareza ímpar, Marcos Bernardes de Mello (2012, p. 165) define:

Pode acontecer que algumas vezes o *evento* suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* esteja ligado a um ato humano, como ocorre com o nascimento do ser humano que tem sua origem na concepção. Outras vezes, até, o fato pode resultar de ato humano intencional, como na morte por assassinio ou por suicídio, ou como na *confusão* quando feita pelo homem. Isso, entretanto, não altera a natureza do fato jurídico, uma vez que a circunstância de haver um ato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui seu suporte fático. A morte não deixa de ser evento da natureza se provocada por ato humano; do mesmo modo o nascimento não perde sua característica de fato natural porque houve um ato que lhe deu origem.

Perceptível, portanto, que a existência do ato humano é admissível como integrante de um evento caracterizado como fato jurídico. Todavia, este ato humano será sempre acidental e dispensável, sob pena de desnaturar o fato jurídico, atribuindo-lhe outra natureza.

É o exemplo do nascimento do ser humano, que tem origem na concepção. Este evento, embora tenha em sua cadeia de acontecimentos um ato humano, independe

deste para ser caracterizado, já que a concepção consiste em evento da natureza, independente da ação humana.

A caracterização do ato-fato jurídico, por sua vez, impõe maiores dificuldades para a sua definição, sendo este instituto alvo de severas divergências em sede de doutrina.

O ato-fato jurídico é aquele evento cuja existência depende da conduta humana, lhe sendo abstraído, entretanto, qualquer elemento volitivo. A vontade do agente, no ato-fato jurídico, é irrelevante, devendo ser considerada tão somente a conduta humana praticada. O que vale, aqui, é o fato que decorre do ato realizado pelo ser humano, sendo este mero instrumento para a materialização daquele. (MELLO, 2012, p. 168).

Tem-se, assim, evento que decorre do ato humano, e que, por lhe ser abstraída a vontade como elemento necessário, pode ser praticado por qualquer ser humano, ainda que incapaz.

Como exemplo de ato-fato, escande-se a descoberta de um tesouro, a pesca, dentre outros. Assim sendo, independente de ser praticada por menor absolutamente incapaz, a pesca confere a este os mesmos efeitos jurídicos que conferiria a qualquer outro, posto ser totalmente dispensável a vontade do agente em pescar ou não: relevante, repise-se, é o fato (consecução do peixe) decorrente do ato (pesca).

In fine, o ato jurídico *lato sensu*, última subespécie analisada, tem como cerne a vontade do agente. Na hipótese de incidência do ato jurídico, sempre haverá exteriorização da vontade como pressuposto de existência.

Divide-se o ato jurídico em sentido amplo em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

O ato jurídico em sentido *stricto* é aquela ação (ou omissão) voluntária cujos efeitos estão previstos em lei. Pode-se citar como exemplo de ato jurídico a aquisição de propriedade imobiliária. No momento em que o agente adquire um imóvel, produz suporte fático que preenche a hipótese normativa de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, gerando a obrigação de pagar tributo ao município no qual se localiza o imóvel.

Percebe-se, assim, que os efeitos do ato jurídico são *ex lege*, não havendo margem de modulação desses efeitos por parte daquele que pratica o ato. Cabe ao agente, a partir da sua vontade, tão somente adequar-se à hipótese normativa ou não. Havendo adequação, produzem-se os efeitos.

Já o negócio jurídico é um instituto que prestigia ainda mais a *voluntas* humana. Além da necessidade de manifestação de vontade para concretizar o ato, é facultado aos agentes modelar, voluntariamente, os efeitos deste ato - embora haja algumas restrições de ordem pública decorrentes da legislação.

Mário de Figueiredo Barbosa (2006/2007, p. 91) leciona que o negócio jurídico é o ato voluntário que gera direitos e obrigações pretendidos pelas partes. Difere-se do ato jurídico em sentido estrito na medida em que, embora ambos sejam atos de vontade, apenas o negócio jurídico tem seus efeitos escolhidos pelas partes celebrantes.

Ainda segundo o autor em comento, não se pode confundir o ato com seus efeitos. A existência do ato jurídico, seja ele ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico, sempre dependerá da vontade, ao contrário, por exemplo, do ato-fato, onde a vontade é irrelevante. Suas consequências, entretanto, nem sempre serão adstritas às vontades. Serão voluntárias as consequências do negócio, mas não do ato jurídico s.s.

Caio Mario da Silva Pereira (2013, p. 399-401) distingue o ato jurídico do negócio jurídico na medida em que o segundo seria a declaração de vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos desejados pelas partes; ao passo que o primeiro seria manifestações volitivas cujos efeitos seriam impostos por lei.

Nesse esteio, temos o negócio jurídico como elemento imprescindível na sociedade capitalista de trocas voluntárias, à qual estamos submetidos. Desde as rotinas mais corriqueiras, como adquirir uma passagem em transporte público, às mais vultosas transações internacionais, todas as permutas volitivas com efeitos regulados *inter partes* se enquadram no conceito de negócio jurídico.

A abordagem dos institutos ora escandidos tem relevo fundamental na análise do ato ilícito, conforme restará demonstrado abaixo.

Existem duas correntes doutrinárias que entendem o ato ilícito de maneiras distintas. Para a primeira, o ato ilícito seria uma espécie de fato jurídico em sentido amplo.

Neste caso, o fato jurídico *lato sensu* seria dividido em fato jurídico *stricto sensu*, ato jurídico *lato sensu*, ato-fato jurídico e ato ilícito.

Já a outra corrente entende que o ato ilícito seria uma espécie de ato jurídico *stricto sensu*, porquanto carrega a mesma natureza e regime jurídicos, diferindo apenas no aspecto axiológico: o ato ilícito seria a prática de um ato antijurídico (ou seja, um ato jurídico repellido pelo ordenamento), que traria consequências (*ex lege*) teoricamente indesejadas.

2.1.1 Ato ilícito como espécie autônoma de fato jurídico

Na visão desta corrente doutrinária, o ato ilícito seria uma espécie autônoma de fato jurídico.

Seriam, portanto, quatro as subespécies do fato jurídico *lato sensu*: *i*) Fato jurídico em sentido estrito; *ii*) ato-fato jurídico; *iii*) ato jurídico (lícito); e *iv*) ato (jurídico) ilícito.

Dentre os autores que se filiam a esta corrente, merece destaque o posicionamento de Sergio Cavalieri Filho.

Segundo o referido autor (2012, p. 13), o ato ilícito seria uma conduta voluntária e antijurídica, praticada, portanto, em desacordo com o Direito. O fato de discrimen em relação aos demais fatos jurídicos seria a antijuridicidade.

Anderson Schreiber (2013, p. 161-162) entende que a ilicitude teria dois componentes: a antijuridicidade e a culpabilidade. A antijuridicidade seria a contrariedade da conduta à norma, e a culpabilidade a possibilidade de se imputar ao agente ofensor o caráter psicológico daquela conduta (culpa ou dolo).

Seria, portanto, a antijuridicidade, a faceta objetiva do ato ilícito, e a culpabilidade o viés subjetivo, cuja presença nem sempre será exigida.

Trata, nesse esteio, o ato ilícito como espécie autônoma de fato jurídico, porquanto dotado de regime jurídico próprio.

Diferir-se-ia, assim, o ato ilícito do ato jurídico por seus elementos axiológicos. Embora ambos consistam na prática de uma conduta voluntária com efeitos *ex lege*, no primeiro esta conduta seria necessariamente contrária aos princípios do sistema

jurídico ao qual está inserida, enquanto o segundo seria favorável a estes princípios, ou, ao menos, não lhes seria ofensiva.

2.1.2 Ato ilícito como ato jurídico *stricto sensu*

Por fim, temos aqueles que entendem que o ato ilícito teria natureza jurídica de ato jurídico *stricto sensu*.

Para analisar essa questão, temos que buscar os elementos necessários à caracterização do ato jurídico. Conforme já visto, o ato jurídico é caracterizado pela *conduta humana, pela vontade, e pelos efeitos ex lege*.

Ora, quando se comete um ato ilícito, como a batida de um carro, tem-se uma conduta humana volitiva que produz efeitos *ex lege*, qual seja, o dever de reparar, não se diferindo, por natureza, do ato jurídico.

Maurício Bunazar (2012, p. 122) define o ilícito como uma conduta e/ou resultado pré-definido abstratamente pelo ordenamento, que, quando identificada no mundo real, ensejará uma consequência negativa ao agente, a fim de estimulá-lo a não praticar a conduta.

O que se quer dizer com isso é que o ordenamento define a *fattispécie* genérica e hipotética (hipótese normativa), e a ela atribui uma consequência supostamente não pretendida. Ou seja, preenchido o suporte fático da norma continente do ilícito, desencadeia-se a sanção.

Marcos Bernardes de Mello (2012, p. 199) leciona o seguinte:

No ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas inalteráveis pela vontade, e invariáveis.

Nessa esteira, não há distinção ontológica entre o ato ilícito e o ato jurídico *stricto sensu*, sendo aquele apenas uma parcela mais restrita deste, posto ser vislumbrado tão somente nas hipóteses de atos jurídicos contrários aos princípios do ordenamento. Possuem, ambos, natureza e regime jurídicos idênticos.

Posto isso, mostra-se mais técnica a teoria segundo a qual o ato ilícito nada mais é do que um ato jurídico, cujos efeitos – naturalmente regulados por lei – têm natureza

sancionatória, ou seja, a consequência jurídica imputada é abstratamente não pretendida.

Vistas as teorias do enquadramento do ato ilícito na teoria do fato jurídico, analisemos, doravante, o instituto em suas especificidades.

2.2 ASPECTOS GERAIS DO ATO ILÍCITO

O ato ilícito é todo aquele que não se adequa ao ordenamento. É externado, portanto, mediante conduta antijurídica. Assim sendo, o ato ilícito recebe uma regulamentação especial, que visa desincentivar a sua prática.

Parte da doutrina, a exemplo do doutrinador Américo Luís Martins da Silva (2012, p. 28), entende que o ato ilícito tem como pressupostos a lesão de um direito personalíssimo, de um direito real, e/ou a violação de um preceito legal de tutela de certos interesses.

Importa ressaltar que o estudo do ato ilícito abarca diversos institutos além da responsabilidade civil, razão pela qual deve ser estudado em apartado, como instituto autônomo.

Do contrário, caso analisado apenas sob um dos seus condões – o de gerar responsabilidade civil –, o espectro de abrangência do ato ilícito seria reduzido sobremaneira.

Nessa esteira, merece destaque os dizeres de Felipe Peixoto Braga Netto (2003, p. 15):

Não há fundamento teórico para tratar, de forma indistinta, ilícitos e responsabilidade civil. Seria, *mutatis mutandis*, o mesmo que confundir uma fábrica, produtora de um largo espectro de produtos, com apenas uma de suas produções. A nosso sentir, tal postura empobrece, inexplicavelmente, o contexto dos ilícitos, *reduzindo o gênero do estudo dos efeitos a uma de suas espécies*.

Compreende-se, assim, que o estudo do ato ilícito perpassa por institutos diversos de teoria do direito, uma vez que seu objeto tem vasta gama de consequências.

O ilícito pode ser civil ou penal. Será civil o ilícito que contrariar norma ou princípio de natureza civil, ou afrontar um negócio jurídico ou uma regra geral de convívio. Por

outro lado, o ato ilícito que malferir norma penal, será ilícito penal. (SEBASTIÃO, 2012, p. 61)

Cumprido ressaltar, ainda, que o mesmo ato pode originar um ilícito civil e penal. É o caso do agente que comete lesão corporal contra um indivíduo. Comete ilícito penal, pois incorreu nas iras do art. 129 do Código Penal, e ilícito civil, pois causou dano a terceiro, exsurgindo o dever de indenizar. (SEBASTIÃO, 2012, p. 61)

2.3 DANO ILÍCITO

Para bem definir o dano ilícito, cumpre introduzir, de antemão, o conceito de dano.

Durante muito tempo, o conceito de dano era ligado ao de prejuízo material, sendo, pois, caracterizado como o decréscimo patrimonial experimentado por alguém.

Destarte, o dano seria restrito à sua faceta material, como a perda de uma safra, a deterioração de um objeto e a perda de valor de um bem. Essa visão decorria da maior facilidade de se vislumbrar o dano material frente ao moral. É mais simples, uma vez que mais palpável, perceber a mácula a um bem material, como um veículo ou uma residência, ao passo que o dano sofrido no âmbito moral demanda um esforço e uma abstração muito maior tanto para a sua visualização quanto para mensurar a sua dimensão.

Sustentava, a corrente doutrinária contrária à existência do dano extrapatrimonial, que oito fatores seriam objetar a sua reparabilidade. São eles: *i)* a falta de um efeito penoso durável; *ii)* a incerteza, nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; *iii)* a dificuldade de descobrir a existência do dano; *iv)* a indeterminação do número de pessoas lesadas; *v)* a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; *vi)* a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; *vii)* o ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz para efetivar esta reparação; e *viii)* a impossibilidade jurídica de admitir tal reparação. (Zulmira Pires de Lima *apud* SEVERO, 1996, p. 61).

Não convém analisar pontualmente a inaplicabilidade de cada uma destas objeções, mencionados *in casu* tão somente por curiosidade histórica, posto que já superados pela doutrina hodierna.

Três outras doutrinas negativistas da reparabilidade do dano moral entendiam, ainda, que: *i)* estes só seriam cabíveis nos casos em que causassem efetivos danos materiais; *ii)* só seriam admitidos quando decorrentes de delito criminoso; ou *iii)* seriam admitidos apenas quando ofendessem determinados interesses. (SEVERO, 1996, p. 69)

Esta visão foi superada, tornando-se pacífico o entendimento da existência do dano extrapatrimonial.

Assim sendo, a hoje dominante corrente afirmativa da ressarcibilidade do dano moral passou a ganhar destaque no século XX, tendo como um dos seus defensores Clóvis Beviláqua, responsável pela edição do Código Civil de 1916. A defesa dos interesses extrapatrimoniais tem perfeita consonância com os novéis entendimentos não só do nosso ordenamento, como da fase em que vive a humanidade desde o século passado, onde os aspectos transcendentais estão ganhando cada vez mais relevo. (SEVERO, 1996, p. 72)

A proteção dos direitos imateriais guarda relação umbilical, ainda, com a nossa Carta Magna de 1988, onde consta a dignidade da pessoa humana como seu princípio teleológico, norteador de todo o nosso ordenamento recente.

Assim sendo, um sistema que reserva à dignidade do homem papel de destaque, conferindo-lhe o *status* de princípio *mater*, não poderia passar ao largo dessa teoria, uma vez que a tutela do direito moral traduz a tutela dos direitos mais intrínsecos do ser humano, sendo, se não a maior, uma das maiores expressões do homem enquanto *ser*.

Este entendimento acima esposado se encontra referendado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 37: “Súmula nº 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”; pelo Código Civil de 2002, em seu art. 186, que prevê: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (; pela Constituição Federal de 1988, como cláusula pétrea, em seu art. 5º, V: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”; além de infindável número de doutrinadores, jurisprudência e diplomas legislativos.

Nesse diapasão, como bem pontua Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 88), a discussão sobre a indenizabilidade do dano moral resta superada na doutrina hodierna, dando lugar a discussões que derivam de outras questões, como: o que é, de fato, o dano moral; como quantificá-lo; e o que trataremos aqui, que é o limite da sua indenização e o seu escopo.

Superado este entendimento, passemos a analisar o dano cometido de maneira ilícita.

Entender a distinção entre dano lícito e ilícito é fundamental para compreensão do instituto analisado nessa pesquisa, já que, embora haja exceções, na maioria das vezes, apenas o dano ilícito gera responsabilidade, sendo, portanto, punível, conforme veremos mais à frente no tópico destinado a este fim.

Um sujeito pode praticar uma conduta danosa de maneira lícita ou ilícita. A princípio, macular bem jurídico de outrem sem justificativa consiste em ato ilícito. Ou seja: via de regra, o dano causado a terceiro será ilícito.

Todavia, nosso ordenamento admite situações onde será lícito causar dano a alguém, a exemplo da montadora de automóveis que, ao lançar versão mais atual de um veículo, retira parte do valor daqueles modelos com versão antiga. São, portanto, danos admissíveis socialmente.

A princípio, danos lícitos não dão azo à responsabilização civil do agente que os comete, já que toleráveis socialmente.

No entanto, existem casos nos quais, pontua Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 62-63), ainda que a lei entenda como lícita certa conduta, em razão da grande potencialidade de ofensa a direito alheio dela, aquele que assume o risco de praticá-la deve arcar com eventuais danos que venha ocasionar a terceiro em razão desta prática.

Essa disposição decorre de opção legislativa, prevista em nosso ordenamento no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Opção esta que visa socializar os danos decorrentes de condutas que, embora não devam, a rigor, ser desestimuladas, requerem uma carga de atenção e de responsabilidade (em seu sentido popular, e não técnico) daquele que a opta por praticá-las. A responsabilização visa, nesse contexto, forçar o agente a conduzir o ato de maneira mais cuidadosa.

Cumprido frisar que a responsabilidade por ato lícito é uma exceção no nosso sistema jurídico, sendo a regra a responsabilidade decorrente do ato ilícito. Só será responsabilizado por ato lícito aquele que incorrer em uma das hipóteses expressamente previstas na legislação, pelo que se pode dizer que o fato gerador da responsabilidade civil é, em verdade, o ato ilícito, fazendo-lhe às vezes o ato lícito apenas excepcionalmente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 9).

Por fim, conclui-se que será ilícito o dano causado em desconformidade com o sistema jurídico ao qual está inserido. Não é apenas a desconformidade com uma regra, e sim uma oposição axiológica entre ação ou omissão praticada e o ordenamento jurídico, compreendendo valores, princípios e regras (BRAGA NETTO, 2003, p. 125-128).

2.3.1 Classificação quanto à natureza do bem maculado

O dano ilícito, considerado juridicamente, tradicionalmente é catalogado quanto à natureza do bem atingido.

Distingue-se, com essa classificação, o dano causado aos bens patrimoniais dos danos causados aos bens extrapatrimoniais.

Conforme explicação mais elaborada a ser vista, o dano patrimonial é aquele que atinge os bens cujo valor é mensurável em pecúnia. Já os danos extrapatrimoniais, ao contrário, são aqueles cujos bens atingidos não têm valor pecuniário, sendo esses mais abstratos.

2.3.1.1 Dano Patrimonial

Como adiantado supra, o dano patrimonial é aquele que atinge os bens jurídicos de alguém, bens esses quantificáveis em moeda. Restringe-se, portanto, aos bens materiais. Todavia, não se confundem, necessariamente, com bens físicos, senão vejamos.

Nas lições de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 78), bem jurídico patrimonial seria:

[...] o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão **conjunto das relações jurídicas**, vale dizer, abrange não só as **coisas corpóreas**, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também coisas incorpóreas, como o título de crédito.

Assim sendo, um título de crédito civil, uma posição contratual, um crédito salarial, dentre outros direitos, compõem o patrimônio de alguém, sendo, portanto, um bem material. Isso ocorre porque podem ser quantificados em dinheiro. São passíveis de alienação as ações de uma empresa, ou um direito de preferência de qualquer espécie, pois seu valor é auferível em moeda.

Américo Luis Martins da Silva (2012, p. 31) elucida, ainda, que para se afigurar patrimônio, não basta que haja o patrimônio jurídico, que é o direito apreciável em dinheiro, seja ele de propriedade ou qualquer outro. É necessário, ainda, que exista o patrimônio econômico, que consiste no conjunto de bens econômicos. Unindo esses dois entendimentos, percebemos que o direito a uma certa coisa só tem razão de ser se houver o poder de disposição sobre ela, encarado sob a perspectiva fática. Esses bens têm que ter representação jurídica, ou seja, algum valor de troca na sociedade. Não constitui patrimônio a propriedade exercida sobre o ar, posto ser este bem irrelevante economicamente. Sendo o patrimônio dotado das características presentes nessas duas concepções, teremos, então, que o instituto se caracteriza, em verdade, por ser “a totalidade de bens economicamente úteis encontrados no poder de disposição de uma pessoa”.

Entendida a ideia de patrimônio, pode-se visualizar com mais facilidade o conceito de dano patrimonial. Nas palavras de Sérgio Severo (1996, p. 40):

Dano patrimonial é aquele que repercute, direta ou indiretamente, sobre o patrimônio da vítima, reduzindo-o de forma determinável, gerando uma *menos-valia*, que deve ser indenizada para que se reconduza o patrimônio ao seu *status quo ante*, seja por uma reposição *in natura* ou por equivalente pecuniário.

Dessarte, o dano patrimonial é aquele que recai sobre o patrimônio da vítima, gerando neste uma diminuição de valor. A finalidade da dissuasão do dano material ilícito é, portanto, a manutenção do direito à propriedade.

Felipe Peixoto Braga Netto (2008, p. 105) encampa essa ideia, defendendo a existência do princípio da preocupação prioritária com a vítima, segundo o qual o

foco mais relevante da responsabilidade seria a restauração da vítima, assegurando-lhe o direito à propriedade.

No mesmo sentido, a ideia de dano patrimonial pela *teoria diferencial* reforça a noção aqui trazida, pois considera, através do *critério diferencial*, que o dano patrimonial é a diferença negativa entre o patrimônio efetivamente existente, e o patrimônio que possivelmente existiria caso não houvesse tal dano (José de Aguiar Dias *apud* DA SILVA, 2012, p. 32).

A doutrina sobredita, de maneira acertada, aponta um método de aferição eficaz do dano produzido, que contempla não só o dano emergente, como também o lucro cessante, a saber.

O dano emergente é a desvalorização patrimonial experimentada pelo sujeito passivo, desvalorização essa imediatamente decorrente do ato lesivo.

É, portanto, o dano mais evidente, prontamente decorrente da lesão. Exemplo de dano emergente seria o valor de um livro quando este é totalmente destruído, ou a desvalorização decorrente de um dano parcial.

Por sua vez, o lucro cessante consiste naquilo que o sujeito passivo – assim entendido aquele que sofreu o dano – deixou de acrescer ao seu patrimônio em razão do evento danoso.

É o caso do taxista que fica impossibilitado de realizar seu trabalho em razão de uma batida. O dano sofrido não se restringe àquele experimentado pelo carro (dano emergente), mas abarca, também, o valor que ele deixou de perceber por não poder realizar sua atividade (lucro cessante).

Saliente-se, ainda, que não basta uma mera possibilidade, por parte do sujeito passivo, de ter auferido lucro caso não houvesse o evento danoso: para que seja caracterizado como lucro cessante, este valor deve ser razoavelmente esperado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79).

Por fim, convém tratar – ainda que brevemente, visto não se tratar do tema aqui proposto –, da perda de uma chance.

Em apertada síntese, podemos definir que a conduta geradora da perda de uma chance é aquela que consiste “na destruição de uma possibilidade de ganho, a qual,

embora incerta, apresenta contornos de razoabilidade” (BRAGA NETTO, 2008, p. 59).

O tema suscita uma série de questões e controvérsias, todavia, não nos cabe analisá-las nesta pesquisa.

Perceptível, pelo quanto exposto, que, além de mais visível, o dano patrimonial pode ser mais facilmente reduzido em pecúnia, o que torna a mensuração da sua indenização mais simples de atingir. (SEVERO, 1996, p. 39).

2.3.1.2 Dano Extrapatrimonial

A análise do dano extrapatrimonial, ou dano moral, revela-se fulcral para o andamento desta pesquisa. É que o cerne do nosso tema, o dano moral punitivo, é, antes de qualquer coisa, dano moral.

Em verdade, a expressão ‘dano moral punitivo’ consiste em uma hipálage, visto que o caráter punitivo, por óbvio, não é do dano moral, e sim do arbitramento quantitativo da sua indenização.

Esclarecido isso, pode-se perceber que o estudo do dano extrapatrimonial, na correta aceção do termo, é essencial para o estudo dos *punitive damages*, uma vez que aqueles são pressupostos deste. É ilógico imaginar indenização punitiva por danos morais sem que haja, primeiro, dano moral.

A conceituação da moral é um terreno bastante traiçoeiro, devendo ser trabalhada com cautela, sem que se deixe levar pelo subjetivismo.

É que, como bem alerta Marcius Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 27-28), a moral, enquanto conjunto de valores, pode ser analisada do ponto de vista social e do ponto de vista individual. Analisada a partir da concepção individual de cada cidadão, a moral terá uma vastidão incatalogável, variando drasticamente de pessoa para pessoa.

Por outro lado, pode, o ordenamento, objetivar os valores de uma sociedade, ponderando, a partir dos fatos sociais, o que de fato tem relevância ou não para aquela sociedade.

Especialmente num país de dimensões continentais, como o caso do nosso, essa objetivação faz-se necessária, mas como uma regulamentação-piso. Ou seja, embora um núcleo duro de princípios deva ser conservado a nível nacional, é evidente que a variação cultural de uma região para outra implicará em variação do resguardo de um direito ou outro, ou da prevalência abstrata de um princípio sobre outro.

Assim sendo, cabe ao legislador federal definir quais princípios, como a vida, a integridade física, a liberdade religiosa, e alguns outros são fundamentos da república brasileira. Entretanto, essa definição deve ser subsidiária, cabendo às regionalidades definir, por costume e com base em sua moral própria, qual princípio deve prevalecer no caso concreto, ou qual outro princípio anteriormente não elencado merece tutela.

É cediço na doutrina e jurisprudência atual que o dano moral é aquele que atinge direito da personalidade, conforme ensina Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 77 e 78):

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente do prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita do seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas.

No mesmo sentido, Marcius Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 70), compilando vasta doutrina, deixa clara a posição maciça dos autores brasileiros, e outros estrangeiros, de que o dano moral consiste em mácula a direito da personalidade, razão pela qual conferir ao dano moral caráter de ato ilícito, passível de punição e responsabilização, é dar ao ser humano lugar de destaque no direito civil. É proteger o ser humano em sua essência, e essa é, de fato, uma das mudanças trazidas pela mentalidade da Lei Civil de 2002.

Na sua obra “Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais”, Maria Celina Bodin de Moraes dá ao seu segundo tópico a denominação: “Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda”,

deixando clara sua adoção a esse entendimento, que será reforçado em diversas passagens, como a que segue (2007, p. 73-74):

A proteção da pessoa humana, em substituição à tutela da liberdade individual (*rectius*, autonomia privada), é o postulado a partir do qual se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e, principalmente, na consciência moral da sociedade.

[...]

Para a adequada e coerente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas.

Percebemos, assim, que a previsão no ordenamento do ilícito extrapatrimonial efetiva o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, princípio teleológico da Carta Magna.

Nesse esteio, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 33-34) leciona que desde a Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade ganharam importância, não mais sendo restritos à sua faceta patrimonial, e passando a tutelar a situações jurídicas subjetivas existenciais. Reforça, ainda, que, dada a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana recebeu no texto constitucional, esses direitos que tutelam o homem enquanto pessoa deveriam prevalecer em face daqueles que tutelam meramente o patrimônio. Propõe, assim, uma valoração abstrata entre princípios.

Prossegue, o autor escandido acima, dizendo que os direitos da personalidade, desde 1988, têm a função de proteger o livre desenvolvimento da personalidade, e não mais um sujeito de direito, entendido de maneira abstrata. Por essa razão, tal classe de direitos deve ser entendida em *numerus apertus*, visto ser incessante a sua demanda por mudança, já que o ser humano, a cada dia, desenvolve-se mais, adquirindo novos interesses existenciais.

2.3.1.3 Críticas à classificação clássica: dano moral x dano material

Hodiernamente, a doutrina tem se debruçado sobre as novas espécies de danos ressarcíveis. Diversas obras monográficas vêm sendo editadas sobre o tema, que é um dos mais discutidos atualmente no campo da responsabilidade civil.

É que a evolução do pensamento social gera, não raro, mudança de valores dentro de uma sociedade. Isso faz com que se passe a admitir (ou inadmitir) certos direitos outrora ignorados.

Em face desse fenômeno, no Brasil, tanto a legislação quanto a jurisprudência e doutrina vêm admitindo a existência de responsabilidade civil (e, portanto, a indenizabilidade) por dano outrora ignorado juridicamente.

Récio Cappelari (2011, p. 125) critica a terminologia 'dano moral', adotada no intuito de abranger todos os danos à pessoa.

Entende, o referido autor (p. 126-128), que, malgrado seja latente a evolução do legislador constituinte ao prever a indenizabilidade do dano moral – previsão outrora inexistente –, esse instituto já não é mais suficiente para abarcar todas as modalidades e possibilidades de dano, posto que novas espécies de dano surgem velozmente com o passar do tempo. Entende que com o avanço da ciência e das técnicas, emergem danos que maculam bens jurídicos antes ocultos.

Assim sendo, não caberia mais utilizar a terminologia dicotômica 'dano moral e dano material', posto que insuficientes em face da atual problemática social do dano.

Apenas para ilustrar, destacam-se entre os novos danos o dano sexual, consistente no dano sofrido pelo indivíduo cujas relações sexuais foram obstadas em razão de dano causado ao seu companheiro; o dano por filho indesejado, oriundo de cirurgia de esterilização falha; dano por *bullying*, etc. (SCHREIBER, 2013, p. 93-95).

Conclui, esta corrente doutrinária, no sentido da existência dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo esse segundo possuidor de subespécies incatalogáveis, pois altamente mutáveis com o passar do tempo. Dentre os danos extrapatrimoniais incluem-se o dano moral, o dano sexual, o dano estético, e inúmeros outros.

2.3.2 A questão da culpa como requisito do dano

Caio Almeida (2012, p. 37) demonstra que o dolo seria a ação consciente dirigida a um fim específico, enquanto a culpa seria a negligência e omissão de precauções elementares, a despreocupação e o menosprezo, além da imprudência.

A diferença axiológica entre os conceitos é evidente, já que no dolo existe a real intenção de gerar o efeito.

Historicamente, a culpa era tida como *conditio sine qua non* para a ocorrência do ilícito. Ainda hoje, o estudo da culpa se faz presente na maioria das teses dedicadas a entender o ato ilícito, visto sua inequívoca importância nesta seara.

A doutrina clássica entende a culpa como inerente à incidência do ato ilícito. Por essa visão, sem a culpa, não haveria ato ilícito.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 629) arrola a conduta, o nexo causal, o dano e a culpa como elementos indispensáveis ao surgimento da obrigação de indenizar.

Entretanto, não se pode ignorar a galopante inserção de hipóteses de responsabilidade objetiva no nosso ordenamento. Hoje existe, em lei, previsão genérica de aplicação de responsabilidade objetiva, tal como se faz com a subjetiva, *ex vi* do art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Não há como ignorar a responsabilidade objetiva como realidade no nosso ordenamento, sendo esta tão relevante quanto a própria responsabilidade subjetiva. Vê-se, assim, que a culpa não deve mais ser incluída na hipótese de incidência do ato ilícito, uma vez que, embora existam atos ilícitos que demandem a culpa no seu suporte fático, tantos outros não fazem essa exigência.

Logo, a culpa não integra o ilícito, percebido ontologicamente, senão, vale o pleonasma, nos ilícitos culposos, assim compreendidos aqueles que exigem o elemento psicológico (culpabilidade) para serem aferidos (BRAGA NETTO, 2003, p. 90-91).

Merece relevo, *in fine*, a abordagem dada pelo professor Anderson Schreiber sobre as novas delineações da culpa no ilícito civil gerador de responsabilidade.

Para Schreiber (2013, p. 50-51), a culpa vem perdendo seu papel de filtro da responsabilização. Com o significativo crescimento da responsabilidade objetiva; da presunção de culpa; e com a objetivação da própria noção de culpa, que deixou de ser um critério ético para se tornar um desvio à conduta esperada do “homem médio”, o instituto em comento, que outrora consistia em requisito fundamental para que se pudesse imputar responsabilidade ao agente, chegando a ser definida por Ihering através da máxima “sem culpa, nenhuma reparação”, tem sua importância diminuída no estudo do tema trazido à baila neste capítulo.

Ainda assim, o autor supra entende que a culpa consiste em elemento fundamental do ato ilícito. Isso decorre da classificação terminológica adotada pelo doutrinador: conduta antijurídica – contrária ao direito – seria toda aquela que violasse dever jurídico ou direito de terceiro. Já o ato ilícito, além de antijurídico, seria composto, também, por uma conduta culpável. Dessarte, antijurídico seria o que entendemos por ilícito objetivo, e ato ilícito seria o ilícito subjetivo. (2013, p. 161-162).

Já Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 11) divide o ato ilícito em *lato sensu* e *stricto sensu*. O ato ilícito em sentido amplo seria o ato antijurídico, que se contrapõe ao Direito. Por sua vez, o ato ilícito em sentido estrito seria aquele que exige a presença da culpa, sendo, portanto, subjetivo.

O segundo entendimento parece ser mais acertado. Não se deve tratar o ato ilícito objetivo e o subjetivo como elementos de institutos diferentes. Trata-se de figuras afins, com a mesma origem, natureza e regramento. Diferem-se apenas em um ponto: a necessidade da culpa para sua incidência.

Destarte, a culpa não compõe elemento essencial para a aferição do ato ilícito, senão o (ato ilícito) subjetivo, que é apenas uma espécie daquele.

A despeito desse entendimento, não se pode perder de vista a visceral relevância da culpa na teoria do ato ilícito e da responsabilidade civil, principalmente em se tratando de quantificação da indenização, e de tutela repressiva, a exemplo do *punitive damages* – *telos* desta pesquisa –, que será visto mais à frente.

2.3.3 Abuso de Direito

Originariamente, o abuso de direito não era reconhecido como prática de ato antijurídico. Atribui-se ao jurisconsulto romano Gaio a máxima “*nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*”, que significa “não se reputa agir com dolo quem usa de seu direito”. Isso quer dizer que, em tempos remotos, o exercício do direito era ilimitado. Portanto, aquele que estivesse em gozo de direito não poderia ter sua atividade restringida (PEREIRA, 2013, p. 562).

A vedação ao abuso de direito remonta à França do século XX, tendo origem em caso de abuso do exercício de direito de propriedade – via de regra, o mais comum. Num conceito simples, o abuso de direito, ou de exercício de direito, é um ilícito

através do qual o agente ofensor se vale de uma faculdade que lhe cabe, conferindo-lhe uso abusivo, vindo a prejudicar interesse alheio (PÁDUA, 2004, p. 70).

Inevitável, em tempos modernos, a aplicação do instituto em comento. Numa sociedade onde os sujeitos se inter-relacionam com frequência ímpar como a contemporânea, autorizar aquele que detém um direito a dar-lhe o uso que bem entender, sem qualquer observância aos interesses de terceiros, é adentrar num (E)estado caótico, totalmente incondizente com princípios basilares do direito civil pátrio, como a função social e a boa-fé.

Nesse contexto, aquele que age dolosamente, praticando ato ilícito com a finalidade de obter lucro, abusa do direito de propriedade. A aquisição de patrimônio – o enriquecimento – deve se dar em atenção à função social da propriedade. Deve ser praticado, assim, em atenção ao bem estar social e ao bom convívio entre os indivíduos, sob pena de malferir o princípio constitucional em comento.

2.3.4 Consequências

Conforme sobredito, o ilícito pode trazer consigo infindável gama de consequências.

Contudo, dada a necessidade de catalogá-las, parece acertada a classificação trazida por Felipe Peixoto Braga Netto (2003, p. 101), que discrimina os atos ilícitos pelas suas consequências como *i)* Ilícito indenizante, que seria todo aquele que gera efeito de indenizar, reparar; *ii)* Ilícito caducificante, assim compreendido aquele que da viação a perda de direitos; *iii)* Ilícito invalidante, qual seja, aquele torna inválido um ato praticado; e *iv)* Ilícito autorizante, que é aquele que autoriza a parte prejudicada a praticar atos, via de regra em detrimento do ofensor.

Ao que parece, existe também a categoria dos ilícitos punitivos, que seriam aqueles que teriam como efeito a imputação de uma sanção punitiva, seja ela criminal ou cível.

No campo da responsabilidade civil, o ilícito indenizante figura em destaque, já que compreende o cerne do instituto.

Por essa razão, pode-se dizer, como regra, que o ato ilícito dentro da teoria da responsabilidade civil tem como consequência a indenização.

3 SANÇÃO

O conceito de sanção consiste na consequência imposta por lei, supostamente não pretendida, a um ato contrário ao direito (antijurídico).

Não se confunde com a pena, visto que a sanção pode ser ou não punitiva. A nulidade contratual, por exemplo, é uma sanção (civil), que pode decorrer da desobediência dos contratantes a uma norma cogente: geralmente consequência do cometimento de ilícitos invalidantes, consoante classificação *susceptível* esposada. Não é, no entanto, uma pena.

Hans Kelsen (2009, p. 121) bem define a distinção entre sanção e pena. Segundo o autor, sanções seriam os atos coercitivos definidos contra ação ou omissão predeterminada pelo ordenamento jurídico.

As sanções, prossegue Kelsen (2009, p.121-122), dividem-se em pena e execução. Tanto a pena quanto a execução consistem na realização compulsória de um mal, ou na privação forçada de um bem. Entretanto, diferem-se na medida em que a pena tem como finalidade precípua a coerção, e a execução é “levada a efeito para compensar (indenizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual esta sanção é dirigida como reação”.

3.1 SANÇÃO CIVIL

A sanção civil é, via de regra, o desencadeamento lógico da responsabilização daquele que comete ato ilícito civil, ou seja, transgredir norma constante na legislação civil.

Visa, assim, impor consequências àqueles atos antijurídicos praticados nas relações civis.

Comumente, as sanções civis são aplicadas a transgressões de menor lesividade, sendo resguardando a defesa dos valores mais relevantes do ordenamento à esfera penal.

Como visto, a sanção civil visa manter em bom funcionamento as relações interindividuais, materializar os princípios civis do nosso ordenamento (como a boa-fé e a manutenção do negócio jurídico), e regulamentar atos dos jurisdicionados, quando se sanciona, por exemplo, um ato viciado com a invalidade.

Trataremos, aqui, da sanção decorrente da responsabilidade civil, que deve se originar sempre que houver dano injusto a terceiro.

Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 542) ensina que a sanção (resposta) ao ilícito ocorrido no campo privado visa preponderantemente a recomposição patrimonial. O dogma da recomposição, entretanto, tem sofrido modificações. Contemporaneamente, outras finalidades passam a figurar na sanção civil, a exemplo da punição.

Nesse contexto, destacam-se as hipóteses de sanção punitiva civil, como a presente no art. 608 do Código Civil¹. Vê-se com clareza que a preocupação não é com o dano sofrido, e sim com a força coercitiva da norma, visando exemplaridade. O ilícito previsto no art. 608 da Lei Civil seria, portanto, um ilícito punitivo.

Exemplo de ilícito invalidante pode ser encontrado no art. 171 do Código Civil², que prevê as hipóteses de nulidade do negócio jurídico.

Destarte, vê-se que as sanções civis não se restringem à indenização pelo dano causado, havendo previsões com diversas outras finalidades. Entretanto, a regra é que o fim da sanção civil seja a reparação, e é sobre essa finalidade que trataremos neste capítulo.

3.1.1 Fundamento restitutivo

A restituição é, historicamente, o fim da responsabilidade civil. Fim este alcançado a partir da sanção imposta, que é a reparação do dano material ou a compensação do dano moral.

¹ Art. 608 – Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos.

² Art. 171 - Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

Com o passar dos anos, a sanção civil veio adquirindo com cada vez mais força essa função reparatória, culminando nos dizeres de José de Aguiar Dias (*apud* MARANHÃO, 2009): “a ideia do ressarcimento prima sobre a da responsabilidade”.

Assim sendo, a responsabilização do agente passa a ser instrumental, tendo, com efeito, a finalidade pura do ressarcimento.

Essa primazia absoluta da reparação, malgrado recente, perde um pouco da sua exclusividade no final do século XX e início do século XXI.

Não que a reparação tenha sido deixada de lado. Absolutamente. Cada vez mais ela se torna importante, tendo em vista o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Em nome da reparação, e isso evidencia a sua importância, filtros tradicionais da responsabilidade, como a culpa e o nexo de causalidade, foram relativizados ou até abandonado em certas circunstâncias, dando azo, por exemplo, ao surgimento da responsabilidade objetiva (MARANHÃO, 2009, p. 170-171).

O que ocorre é que, cada vez mais, a finalidade dissuasiva da responsabilidade civil, sob a égide da teoria do desestímulo promovida pelos *punitive damages*, vem ganhando espaço na doutrina nacional, mediante importação do direito anglo-saxão.

Essa ideia de dissuasão acaba por dividir espaço com a finalidade reparatória. A dissuasão passa a ser, também, um norte da responsabilidade civil.

Frise-se que a dissuasão nunca deixou de ser um efeito necessário, pretenda-se ou não, da sanção civil. Qualquer sanção, pela sua mera previsão, dissuade, abstratamente, os jurisdicionados a ela sujeitos.

É que, por mais que se fite o retorno ao *status quo ante* e a proteção do ofendido, mediante restituição, ao redigir norma legislativa como a presente no art. 927 do nosso Código Civil, uma vez que o efeito desse dispositivo importará em redução do patrimônio ao agente ofensor, inequívoca é a dissuasão decorrente da sua previsão.

3.1.1.1 Função preventiva da sanção civil

Como bem aponta Ney Stany Morais Maranhão (2009, p. 169-170), a partir da humanização do raciocínio da reparação civil, esta passou a não mais restringir sua

ocupação ao ressarcimento da vítima, passando a fitar-se, também, no lado preventivo.

Nem toda doutrina adota este entendimento. Como exemplo, Marcius Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 63 e 64) entende com severas ressalvas o que ele chama de “punição imposta como ordem social”.

Giza, o autor suso escandido, que a majoração dos danos morais com intuito pedagógico não faz sentido em nosso ordenamento, devendo ser adstrito aos países de *common law*, cuja responsabilidade civil, ou *tort law*, compatibiliza-se com este ideal.

Como fundamento, utiliza a necessidade de prévia lei para aplicação de sanção punitiva no direito brasileiro. Previsão essa inexistente e nossa legislação.

Por fim, até admite em abstrato a aplicação dos *punitive damages*, embora entenda que essa majoração de indenização não possa ser destinada à vítima, e sim à sociedade. Seria o caso, por exemplo, de reverter esse valor majorado aos cofres públicos.

Entretanto, a corrente afirmativa da existência da fundamentalidade do caráter dissuasivo da responsabilidade civil é maciçamente predominante em nosso ordenamento.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 106-108) dedica um capítulo do seu manual ao “dano moral punitivo”. Aponta que, em certas situações, a busca pela indenização tem a finalidade predominantemente punitiva, como o caso dos indivíduos com exposição midiática que ingressam com ação de indenização em face de veículo de imprensa que os expõe em suas vidas íntimas.

Sustenta, ainda, o cabimento do dano moral punitivo nas hipóteses onde houver lucro decorrente de ato ilícito e reiteração da conduta, molde defendido nessa pesquisa.

Em sede de jurisprudência, vale frisar o *decisum* que segue:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PAD. MAGISTRADO. SEGREDO DE JUSTIÇA. DANOS MORAIS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. A alegação de que “trata-se de qualificação jurídica de fatos, e não reexame destes” não procede, uma vez que, para verificar a existência de

nexo causal e critérios de razoabilidade e proporcionalidade, alegados no recurso especial, e chegar a conclusão diversa, para afastar a obrigatoriedade de indenizar por danos morais sofridos pelo agravado, necessariamente passaria pela análise de matéria fático-probatória, conforme disposto na decisão monocrática.

2. Quanto ao valor fixado a título de indenização por danos morais, o Tribunal de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, analisou os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, ao assentar que a quantia fixada está em consonância com a extensão do dano causado.

3. A revisão do valor a ser indenizado somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa in casu, uma vez que o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não é exorbitante.

4. O argumento, de que o "Tribunal a quo parece admitir que todo e qualquer processo judicial que verse sobre PAD deve ser mantido em segredo de justiça", também não procede, uma vez que ao PAD 62/92 foi decretado segredo de justiça, e seu acesso decorreu da negligência da agravante ao permitir que terceiros não autorizados tomassem conhecimento de seu teor, afrontando disposição expressa da LOMAN, que dispõe que "todo o processo censório contra Magistrado, inclusive decisão final, está sujeito ao manto do segredo de justiça".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag no REsp nº 246.096/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013).

Em seu voto, às fls. 275 e 276, o Relator Min. Humberto Martins conclui:

"No que diz respeito à quantificação do dano moral, a indenização deve levar em consideração as circunstâncias e peculiaridades do caso, as condições econômicas das partes, a menor ou maior compreensão do ilícito, a repercussão do fato e a eventual participação do ofendido para configuração do evento danoso. **Assume ainda, o caráter pedagógico, devendo ser arbitrada em valor que represente punição ao infrator, suficiente a desestimulá-lo à prática de novas condutas ilícitas. Por outro lado, deve observar certa moderação, a fim de evitar a perspectiva de lucro fácil.**

Nesse sentido, o arbitramento da indenização advinda de danos morais, o julgador deve se valer do bom senso e razoabilidade, atendendo às peculiaridades do caso, não podendo ser fixado quantum que torne irrisória a condenação e nem tampouco valor vultoso que traduza o enriquecimento ilícito. Deve-se, então, agir com cautela, fazendo com que o valor, de certa forma, amenize as nefastas conseqüências sofridas pela vítima, punindo na medida certa aquele responsável pelo dano. Assim, tendo em vista as peculiaridades da presente demanda, mantenho a indenização conforme fixada na sentença, por ter sido arbitrada em valor razoável e condizente com o caso concreto."

(Negrito não original)

Vê-se, pelo quanto exposto, já ser pacífico o entendimento pela possibilidade de aplicação dos *punitive damages* em nosso ordenamento, sendo esmagada minoria aqueles que defendem o contrário.

Hoje, a problemática gira em torno dos critérios de aplicação, já que, sem os mesmos, corre-se o risco de banalizar o instituto – o que, de fato, vem ocorrendo –, trazendo graves consequências.

A aceitação do referido instituto traduz a inequívoca tendência da nossa doutrina em aceitar a prevenção como uma das finalidades da responsabilidade civil.

Não se pode olvidar, entretanto, haja vista o próprio histórico do instituto, que este escopo (preventivo) é coadjuvante. Deve-se observar, antes de tudo, a reparação, pois este é o mister principal da responsabilidade civil nos sistemas de *civil law*.

3.2 SANÇÃO PENAL

O tema da sanção penal, malgrado importante para que se faça uma distinção com seu análogo civil, não é, por óbvio, objeto desta pesquisa, pelo que não lhe será dedicado muito espaço.

Cumpre, entretanto, tratar, ainda que *en passant*, de alguns conceitos deste instituto, traçando comparativos com a sanção civil.

3.2.1 Fundamento Coercitivo

A sanção penal – enquanto sanção decorrente do direito penal, e não meramente uma sanção punitiva, que pode se originar do direito civil –, é uma reação de *ultima ratio* do Estado, que visa salvaguardar os valores mais relevantes dentro de uma sociedade. É elemento de controle social indispensável, através do qual o Estado aplica as mais violentas retribuições que lhe são autorizadas: privação de liberdade, de direitos, de patrimônio e, em alguns ordenamentos, da vida. (COSTA, 2001, p. 30).

Para Miguel Reale (2002, p. 71-72), a coação seria a arma utilizada pelo Direito para garantir o seu próprio cumprimento. Seria inerente, pois, a toda norma cogente.

Na seara penal, esse intuito coercitivo da sanção é precípua, sendo a pena instituída com a finalidade de salvaguardar os valores e princípios mais relevantes de uma sociedade.

A sanção penal teria, também, a função de “fazer justiça” – tese com mais aceitação pela doutrina mais antiga. Para Kant, a pena seria a retribuição moral. A pena não teria uma finalidade utilitarista, de dissuasão ou ressocialização. Visaria apenas a Justiça, decorrente da transgressão à lei, que seria um Imperativo Categórico (SÁ, 2013, p. 5).

Ainda sobre a noção kantiana de pena, entendia-se que aquele que não cumprisse as disposições legais não seria digno a usufruir do Direito, ou seja, seria marginalizado face à sociedade. Dado isso, seria dever precípua do chefe de Estado soberano punir exemplar e impiedosamente aqueles que transgredissem as normas estatais, posto serem essas, como já dito, imperativos categóricos, ou seja, um dever-ser autônomo, cuja finalidade seria seu próprio cumprimento. (BITENCOURT, 2013, p 135-136).

Na Era Contemporânea, passou-se a atribuir à pena o fito de ressocialização do apenado. No Brasil, esta tese ganhou muita força na década de 70, sob a égide da teoria da Nova Defesa Social, de Marc Ancel, que culminou na lei 6.416/77, alterando o Código Penal e de Processo Penal, lhes inserindo esse viés (COSTA, 2001, p. 72)

Não será abordada em específico a finalidade ressocializadora da pena nesta pesquisa, posto que, embora seja este um dos nortes fundamentais da sanção penal, sua análise não guarda qualquer conexão com tema ora proposto.

3.2.1.1 Dissuasão da prática do ato ilícito

Vê-se, portanto, pela gravidade da sanção penal, que a mesma é um efetivo meio de coerção social, cujo principal escopo é o de dissuadir o indivíduo da prática criminosa.

Como dito acima, ao contrário da sanção civil, a sanção penal traz em sua essência a dissuasão (prevenção) e a retribuição (punição). Aqui, esses elementos não são acidentais, e sim precípuos.

A prevenção, inclusive, é uma das razões do surgimento da sanção penal. É que, a partir do momento em que o ser humano passou a habitar em sociedade, surgiu a necessidade de impor regras de convivência entre os coabitantes.

Nesse contexto, para forçar os indivíduos a obedecer a essas regras, torna-se imprescindível a imposição de uma sanção penal, visando, por meio da violência, coagir os jurisdicionados para que cumpram o quanto determinado, possibilitando a convivência mútua.

Entretanto, essas sanções mais violentas só devem ser aplicadas como consequência de uma transgressão a norma mais gravosa, e não a qualquer regra do ordenamento, sob pena de arbitrariedade e abuso do poder Estatal.

Por isso, como repetido exaustivamente, dentro da sanção civil, não pode o magistrado se guiar pela dissuasão e retribuição – pois elementos acidentais e secundários –, visto ser esta a missão da sanção penal.

Se assim não fosse, reiterados seriam os casos de excesso de punição, onde uma conduta tipificada como crime e como ilícito civil teria como consequência uma punição oriunda da legislação penal, e outra punição prevista na legislação civil.

3.2.1.2 Retribuição pela conduta praticada

Além de Kant, já citado, muitos filósofos entendiam (e ainda entendem) a pena como forma de retribuição social.

Hegel, por exemplo, entendia que o crime seria a negação do Direito, e a pena a negação do crime, e, por conseguinte, a reafirmação do Direito.

A pena fitaria o restabelecimento da “vontade geral”, contida na ordem jurídica, cujos preceitos foram negados pelo delinquente. Assim sendo, punir o delinquente seria reafirmar o Direito, e, por conseguinte, a vontade geral (BITENCOURT, 2013, p. 138-139).

O intuito retributivo da pena, embora existente, tem cada vez menos espaço dentro da teoria da sanção penal, que se ocupa cada vez mais com sua instrumentalização, buscando a pacificação social e a reinserção do indivíduo na sociedade.

Contudo, essa característica não se perdeu por completo. Muito diploma legislativo é criado com base na retribuição, na justa punição do indivíduo que age de maneira criminosa.

Em razão disso, esse caráter retributivo deve ser adstrito às normas penais, que cuidam do assunto. É nessa seara, onde são desenvolvidas as teorias acerca da justa retribuição, que devem ser elaboradas e quantificadas as consequências que serão imputadas àquele que desvia do modelo de conduta estabelecido pela sociedade.

Assim sendo, se a retribuição for fundamento da sanção civil, não serão raros os casos onde o indivíduo que cometer certo delito será punido de maneira exacerbada. Até porque no processo civil não é conferido ao réu as garantias necessárias à ampla defesa (em seu sentido mais elástico), como ocorre no processo penal, que trata de direitos individuais do ser humano.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 ASPECTOS GERAIS

A responsabilidade, enquanto instituto de Teoria do Direito, consiste no dever imputado a um sujeito que viola uma obrigação originária. Assim sendo, não há responsabilidade sem que haja conduta humana lesiva, mediante a qual é violada obrigação pré-existente, seja ela decorrente de contrato, lei, ou qualquer outra fonte.

Diáfana, portanto, a distinção entre obrigação e responsabilidade. A primeira será sempre um dever jurídico primário, originário, enquanto a segunda será um dever jurídico secundário, sucessivo, que tem vez, via de regra, a partir do descumprimento da obrigação. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2)

Ex positis, admitida a diferença entre os dois institutos, é possível vislumbrar hipóteses onde o sujeito possui responsabilidade sem obrigação, como o recorrente exemplo do fiador, responsável pela dívida de terceiro; bem como hipóteses de obrigação sem responsabilidade, materializada no devedor de obrigação natural, que deve, mas não pode ser responsabilizado pelo descumprimento desta obrigação.

Nesta senda, tem-se, em suma, que a responsabilidade é o dever jurídico que decorre do descumprimento de uma obrigação anterior.

Num aspecto ontológico, pode-se dizer que a responsabilidade tem “o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir” (GONÇALVES, 2011, p. 50).

Com igual louvor, define Rui Stoco (2011, p. 132) que a responsabilidade, no plano jurídico, revela a obrigação de todos pelos atos que praticam. Fulcra-se, portanto, a responsabilidade, na ideia de que se deve compensar o bem da vida maculado pelo agente que causou este dano.

Na língua inglesa, *responsability* (responsabilidade, no sentido popular) é a conjugação dos vocábulos *response* e *ability*, ou seja, habilidade de resposta. Importa, assim, a necessidade dos jurisdicionados de responder por aquilo que pratica.

4.2 BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

O instituto da responsabilidade tem íntima ligação com a origem das civilizações. Desde que o homem passou a se agrupar com seus pares, adveio a necessidade regular as suas relações, a fim de salvaguardar uma sociedade de tolerância mútua.

Na Roma antiga, as responsabilidades civil e penal eram, a princípio, indistintas. Desde a imputação de penas privativas de liberdade à obrigação legal de restituir, tudo era tido como pena imputada ao delinquente. A esfera pública abrangia todo o instituto da sanção. Nesse contexto, foi a *Lex Aquilia* o primeiro diploma a propor uma leve distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, ao entender que a indenização pecuniária seria a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos. (GONÇALVES, 2011, p. 50).

A partir de então, com o passar dos anos, as civilizações foram observando a inexorável distinção entre as condutas ilícitas que maculam a ordem pública, e as que dizem respeito somente às partes.

Visto isso, a doutrina jurídica passou a elaborar definições cada vez mais distintas entre o regramento jurídico do que hoje se conhece como responsabilidade civil e responsabilidade penal.

Foi no período moderno que às sanções punitivas intimidativas fora adicionado o intuito preventivo, demonstrando nova perspectiva da responsabilidade penal. Da repressão, entendia-se que o povo seria dissuadido da prática da conduta tipificada. Este entendimento, contudo, fora temporariamente afastado a partir do advento das monarquias absolutistas, onde as penas voltaram a exercer o papel de vingança pública, muitas vezes com argumentos religiosos (VILLAS BÔAS, 2009, p. 441-442).

Já na contemporaneidade, como resposta às grandes atrocidades do período monarquista, emergem as garantias individuais, que tem como marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, visando exterminar a vingança pública e prever a imputação de penas proporcionais aos delitos cometidos, fundamento suficiente para solidificar a divisão entre responsabilidade penal, com fito dissuasivo e repressivo, cabível ao Estado; e responsabilidade civil,

de interesse das partes, visando a recomposição do *status quo ante* e do direito de propriedade, que logrou *status* de relevância ímpar quando da ascensão da burguesia. (VILLAS BÔAS, 2009, p. 442)

Deste sintético resumo histórico, extrai-se que a divisão das responsabilidades civil e penal se deu a partir do momento em que o homem passou a entender que certas condutas, mais gravosas, fariam jus à repressão estatal, sob o principal fundamento da dissuasão da prática criminosa, sendo os seus agentes responsabilizados penalmente; enquanto outras, menos gravosas e sem alcance social – tão somente parcial (*inter partes*) – dariam azo somente à reparação daquele que teve bem maculado, cabendo somente à parte interessada pleiteá-la, afastando a legitimidade de agir do Estado.

Entretanto, tendo em vista a origem comum dos institutos, essas duas facetas da responsabilidade trazem consigo aspectos afins.

É verdade que o papel fundamental da responsabilidade penal é a dissuasão da conduta, mas não se pode excluir do seu mister a ideia de justa retribuição, ou recomposição social. É a já citada ideia hegeliana de justiça, segundo a qual o crime seria a negação do Direito, e a sanção a negação do crime, logo, a recomposição do Direito.

Perceptível, nesse esteio, que essa ideia de recomposição, mais marcante na responsabilidade civil, também se encontra presente no âmbito criminal.

Por outro lado, repise-se, em razão do ancestral comum dos dois institutos, também na responsabilidade civil são encontradas características tipicamente penais: a repressão e a dissuasão.

Assim, Jurandir Sebastião (2012, p. 203) elenca, num mesmo patamar, a compensação, a punição e a exemplaridade como finalidades “concomitantes e indissociáveis” da responsabilidade civil.

Embora inequívoca a presença desses elementos no seio da responsabilidade civil, parece exagerado colocá-las em pé de igualdade, visto que a própria origem do instituto remete à ideia d a reparação como finalidade motriz.

Destarte, ao que parece, embora presentes, a punição, a exemplaridade, e, acrescente-se, o desestímulo são elementos acessórios da responsabilidade civil, jamais podendo ser igualados ao intuito reparativo.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL X RESPONSABILIDADE PENAL

Faz-se mister, ainda a título introdutório, distinguir as responsabilidades civil e penal, conforme os prolegômenos do tópico acima.

Ambas decorrem do cometimento de ato ilícito, ou seja, de uma conduta do agente ofensor. Diferem-se, todavia, nos dizeres de Rui Stoco (2011, p. 140):

O ilícito penal, enquanto ofensa a toda a coletividade, porque conduta que contraria as regras de comportamento e de convivência perante a sociedade, conduz à imposição de pena de natureza afliativa, inclusive com possibilidade de privação de liberdade do autor do delito. O ilícito extrapenal ou civil impõe ao autor do dano a obrigação de reparar a própria vítima.

Assim, percebemos que, aprioristicamente, a responsabilidade penal tem a função precípua de punir o agente, culminando na justa retribuição pela conduta praticada e, mais ainda, na dissuasão da futura prática da conduta.

Já a responsabilidade civil tem como base primordialmente a restituição do dano injustamente causado, e destina-se à vítima, à sua justa recomposição patrimonial, como se depreende do art. 927, somado aos arts. 186 e 187 da Lei Civil pátria:

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

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No plano fático, simples é compreender a razão da diferença entre os princípios norteadores das responsabilidades civil e penal, senão vejamos.

O direito penal volta-se para o ato ilícito com a finalidade de reprimi-lo. É o instrumento mais invasivo do Estado quando este visa modelar a conduta dos sujeitos componentes da sociedade.

Sendo assim, a responsabilidade decorrente da prática de ilícito penal deve trazer consequências mais gravosas ao agente ofensor, para que, desta forma, seja efetiva na sua finalidade, qual seja, a dissuasão.

Já a responsabilidade civil tem como norte outros fundamentos, que serão analisados no tópico específico que segue.

4.4 ESCOPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem proposta diversa da penal, demandando regras, princípios e regulamentação distinta.

Fulcra-se, o instituto em voga, na premissa positivada no art. 927 do Código Civil, já supra escandido, segundo o qual aquele que causar dano ilícito a alguém deverá restituí-lo.

Aqui, a responsabilidade decorre de uma obrigação negativa, de origem legal, que obriga os seus jurisdicionados a se absterem de causar dano ilícito a outrem.

Diante desta realidade, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 14-15) ensina que a responsabilidade civil caracteriza-se pela sua finalidade repositiva. Isso quer dizer que o intuito principal da responsabilização civil de um sujeito é obrigá-lo a compensar a vítima do dano.

Nesse contexto, vige o princípio do *restitutio in integrum*, que nada mais é do que a ideia de que a restituição deve ser, sempre que possível, plena. Busca-se o retorno ao *status quo ante*.

A obrigação de reparar é o que José de Aguiar Dias (1954, p. 18-19) define como desfazimento do desequilíbrio experimentado pela vítima.

A despeito do mister basilar exercido pela finalidade reparatória da responsabilidade civil, cabe demonstrar, para bom entendimento desta pesquisa, a sua finalidade dissuasiva: acessória, mas relevante, já que inerente à própria noção de Direito.

Não há como negar que a inibição do dano ilícito é um dos escopos da responsabilidade civil.

Ora, quando o legislador define uma sanção – uma estipulação prévia de consequência que se pressupõe negativa àquele que pratica certo ato – está, mesmo que acessoriamente, desestimulando o agente a materializar aquela conduta.

Conforme já mencionado, a restituição ocupa papel principal no conceito da responsabilidade civil. Tendo isso em vista, ao analisar o dano moral punitivo de maneira isolada, pode-se compreender o seu caráter excepcional frente à responsabilidade civil, não podendo sua aplicação, portanto, ser indiscriminada: deve-se pautar em critérios rígidos e específicos.

4.5 RESPONSABILIDADE CIVIL: *CIVIL LAW X COMMON LAW*

É sabido que o Direito no ocidente é dividido, basicamente, em dois grandes sistemas: *civil e common law*.

Embora haja diversas variações, esses sistemas são, alternativamente, a base do Direito nos países do lado oeste do globo.

Uma vez que o dano moral punitivo, tema desta pesquisa, foi gestado no sistema de *common law*, ao qual o Brasil não se filia em termos gerais, faz-se necessária a análise comparativa, ainda que breve, dessas duas grandes correntes, a fim de demonstrar ser adequado (ou não) a aplicação do instituto em comento no nosso ordenamento.

A base do Direito no *common law* é o precedente. Assim sendo, as normas são criadas de maneira endógena pelo Poder Judiciário, ao que se denomina *judge-made law*. *A contrario sensu*, no *civil law*, as normas advém mormente de fontes exógenas, notadamente o poder legislativo. A esse fenômeno dá-se o nome de *statue law*. (ANDRADE, 2009, p. 169-170).

Frise-se, ainda, que o *tort law*, como é conhecida a responsabilidade civil nos ordenamentos de *common law* anglo-saxões, resguardam de forma pura o já citado *judge-made law*, num esforço contrário ao movimento do tempo, que é, como dito alhures, o de desnaturar esses dois grandes sistemas, gerando ordenamentos híbridos. (ANDRADE, 2009, p. 170-171).

Nesses sistemas, vige a ideia de que o *tort* também tem a função precípua de desestimular a reiteração da conduta ilícita. Isso difere bastante do nosso sistema, que tem o desestímulo como função acessória, conforme já fora dito repetidas vezes.

Ainda assim, esse conceito vem se aproximando cada vez mais do nosso ordenamento. O que outrora seria tido como teratologia, hoje já é lugar-comum, a exemplo da indenização punitiva por dano moral.

Deve-se ressaltar que, embora haja essa gradativa aproximação, desnaturaria a responsabilidade civil pátria atribuir à dissuasão o papel de protagonista quando da fixação da indenização por dano moral.

Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 258-259), os *punitive damages* são figura anômala no nosso ordenamento, não devendo ser aplicado de maneira indiscriminada. Consistiria, este caráter aflitivo do dano moral, um meio termo entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.

A referida autora, com pertinência ímpar, questiona, ainda, a morosidade da doutrina pátria na especificação do instituto. Entende que, para que seja aplicado da maneira devida, faz-se indispensável a sua conceituação, além de um regramento processual específico, que poderia ser delineado pela doutrina bom base nos princípios e regras já existentes potencialmente aplicáveis ao caso.

Vê-se, como um introito ao tema, que os *punitive damges*, enquanto instituto cujo fim é a dissuasão da conduta ilícita, guardam caráter excepcional em face do ordenamento nacional, porquanto devem funcionar instrumentalmente, e somente nas hipóteses em que seja utilizado para concretizar um princípio presente no ordenamento.

4.6 FATO GERADOR

Os pressupostos que definem as condutas civilmente responsabilizáveis sempre foram um tema bastante controvertido na doutrina. Esta inexatidão decorre das diversas mudanças conceituais sofridas pelo instituto da responsabilidade no

decorrer do tempo, mudanças essas impulsionadas por uma série de fatores, como as novas tecnológicas e a evolução das relações interpessoais.

Entende-se que o fato gerador da responsabilidade civil é o dano. Embora não seja o único requisito, é o cerne do suporte fático necessário à aplicação do efeito que lhe é atribuído por lei: a sanção.

4.6.1 Dano Ilícito

O instituto do dano ilícito, já tratado acima, figura novamente nesta pesquisa na qualidade de fato gerador de responsabilidade civil. Nesta ótica, sua análise será adstrita ao dano ilícito que enseja responsabilidade civil, uma vez que os demais já foram devidamente explanados.

A doutrina clássica entendia o dano como uma lesão patrimonial. Essa visão decorria do entendimento, vigente à época, de que o dano era estritamente material, ignorando a ideia de dano moral (GONÇALVES, 2011, p. 628).

Com a evolução do instituto, a mudança do conceito acima foi inevitável. Hoje em dia, o dano não se restringe mais à lesão patrimonial, abarcando também o dano causado a bens imateriais, como a vida, saúde, e honra, dentre muitos outros, já vistos.

Assim sendo, o dano, conforme já tratado alhures, é, em apertada síntese, a lesão de um bem jurídico, seja ele material ou imaterial. Qualquer bem salvaguardado pelo ordenamento é passível de sofrer dano.

Seria, portanto, o fato gerador da responsabilidade civil o dano ilícito indenizante, consoante classificação supra esposada.

Via de regra, o dano indenizável é o cometido de maneira ilícita. Entretanto, existem hipóteses excepcionais onde o dano lícito também gera indenização.

4.6.1.1 Dano lícito

Nos dizeres de Joyceane Bezerra de Menezes e Unie Caminha (2008, p. 176/177), historicamente, o Brasil impõe o dever de reparação decorrente de atos lícitos nas hipóteses de danos causados para remoção de perigo iminente, *ex vi* dos arts. 929 e 930 do Código Civil novel. Ou seja, a despeito da excludente de ilicitude prevista em lei, o agente não é eximido do dever de reparar o dano causado pelo seu ato (lícito).

Rui Stoco (1996, p. 86-88) giza, ainda, que a responsabilização por ato lícito se sustenta em previsão constitucional expressa em atos emanados da Administração Pública. Em sede de relações privadas, defende o autor, nos casos de responsabilidade objetiva – que, diga-se, demandam previsão legal expressa –, haveria também responsabilidade por ato lícito, posto que um dos elementos do ilícito seria justamente a culpabilidade.

Nesse esteio, sustenta Rui Stoco que toda hipótese de responsabilidade objetiva seria exemplo de responsabilização do agente por ato lícito.

Mister frisar, todavia, que a responsabilidade civil por ato lícito é uma exceção no nosso sistema jurídico, posto que não se pode dizer, em razão desta diminuta excepcionalidade, que a ilicitude do ato danoso não seria requisito para o surgimento da responsabilidade civil.

Assim, conclui-se que, apesar da exceção, a ilicitude é, de fato, elemento componente da hipótese de incidência da responsabilidade civil.

O dano ilícito é o cerne da hipótese de incidência de responsabilidade civil. Entretanto, além dele, outros requisitos são exigidos para que se possibilite a responsabilização civil do agente ofensor.

Logo, para gerar responsabilidade civil, é fundamental que haja, também, a conduta (comissiva ou omissiva) do agente ofensor e o nexo de causalidade entre esta conduta e o dano sofrido (GONÇALVES, 2011, p. 629).

4.6.2 Conduta

Consiste, a conduta, no comportamento humano volitivo exteriorizado mediante ação ou omissão. Para ser relevante para o Direito, esta conduta deve ter efeitos jurídicos. Tem-se, ainda, que a ação/omissão seria o aspecto objetivo da conduta, e a vontade o aspecto psicológico (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 24-25).

A conduta é elemento indispensável da prática do ato ilícito, já que, conforme sobredito, revela-se elemento centra do ato ilícito.

Desse modo, não há que se falar em responsabilização civil quando não houver uma ação ou omissão voluntária.

Existindo a conduta do agente ofensor, seja praticando um ato do qual deveria se abster, ou deixando de praticar um ato ao qual era obrigado; e existindo dano, para que se vislumbre a responsabilidade, falta ainda um último requisito, a saber.

4.6.3 Nexo de Causalidade

Consiste, o nexu de causalidade no vínculo estabelecido entre os dois eventos, onde um seria consequência do outro. Aqui, seria a conexão entre a conduta (causa) e o dano (consequência) (SCHREIBER, 2013, p. 55).

As teorias do nexu de causalidade surgem para tentar explicar, dentre as condições que dão origem ao dano, quais seriam, de fato, causas. As condições seriam todos os elementos que deram origem ao evento (dano), e as causas, uma parcela dessas condições efetivamente determinantes para a ocorrência do evento (NORONHA, 2003, p. 56).

A primeira teoria, da equivalência de condições, entende que é causa toda e qualquer condição sem a qual o evento não seria produzido. Perfeitamente traduzida pela ideia da *condictio sine qua non*, ou “condição sem a qual não”. Seria, assim, indiferente falar em causa ou condição, visto que ambas seriam equivalentes. (NORONHA, 2003, p. 58-59)

Segundo esta teoria, haveria nexo de causalidade mesmo àquele que deu causa a uma causa, sendo esta cadeia por vezes infinita.

Por óbvio, esta teoria tem sua aplicação dificultada em se tratando de responsabilidade civil, razão pela qual a nossa Lei Civil afastou a sua incidência pelos dizeres do art. 403. Pode-se demonstrar a imprecisão desta teoria no âmbito civil quando observamos que, se aplicada, até mesmo a siderúrgica que produziu o metal utilizado para a fabricação de uma arma de fogo seria responsável pela morte de um sujeito assassinado por meio desta arma.

Outra relevante teoria é a denominada teoria da causalidade necessária. Busca-se a causa eficiente, ou a causa mais próxima. A causa mais próxima partiria da ideia de causa próxima e remota, enquanto a causa eficiente buscaria a condição determinante do processo causal (NORONHA, 2003, p. 61).

Difícil também a sua aplicação na responsabilidade civil, posto que restringe sobremaneira a imputabilidade da obrigação de indenizar. A exigência de que uma única causa seja bastante e necessária para a produção do efeito mostra-se excessiva, reduzindo a aplicabilidade da responsabilidade civil e fragilizando a reparação. (NORONHA, 2003, p. 62 e 63)

Por fim, conforme elenca o mesmo autor supra destacado (2003, p. 65), tem-se a teoria da causalidade adequada. Esta se baseia em termos mais flexíveis e voltados ao caso concreto. Parte da *condictio sine qua non*, mas lhe acrescenta o elemento da adequação. Deve, o evento, ser um desdobramento natural da conduta para que haja nexo de causalidade entre ambos.

Destarte, quando um motorista ultrapassa um sinal vermelho e colide com um veículo, sua conduta é *condictio sine qua non* se produziria o dano e, além disso, invadir um sinal vermelho é condição adequada à colisão entre veículos; por outro lado, embora também seja *condictio sine qua non*, a fabricação do veículo não é conduta adequada à produção do evento (dano), visto que este não é seu desdobramento natural, pelo que não se pode imputar ao fabricante a responsabilidade pelo dano causado.

Vistas as três teorias, no âmbito da responsabilidade civil, a doutrina maciça entende como mais adequada a aplicação da terceira, por se amoldar de maneira mais eficiente ao instituto.

4.6.4 Culpa

Merece menção, ainda, o instituto da culpa. Já vimos acima que a culpa não é *conditio sine qua non* para aferição da responsabilidade em todos os casos. Entretanto, este instituto é exigido na maioria dos casos, além de ser critério de arbitramento do valor da indenização em tantos outros.

Há quem cite a culpa como requisito fundamental para aferição da responsabilidade civil, sendo os casos de responsabilidade objetiva – onde não se exige culpa – meras exceções.

Malgrado esta ideia fosse verdadeira anos atrás, não se pode virar as costas para o vertiginoso crescimento da responsabilidade objetiva em nosso ordenamento, abrangendo cada vez mais casos diferentes, razão pela qual não se pode mais tê-la como exceção.

Assim sendo, parece plausível a exclusão da culpa como elemento necessário da responsabilidade civil, embora continue sendo relevante em diversos aspectos atinentes à matéria.

4.7 INDENIZAÇÃO

Importa listar, a partir da análise da construção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, as características da indenização decorrente de responsabilidade civil no nosso ordenamento jurídico.

4.7.1 Restituição enquanto fim

A partir do início da constitucionalização do Direito Civil, com a Carta Magna de 1988, institutos como a responsabilidade civil foram reformulados em diversos aspectos.

Uma dessas mudanças se deu a partir do momento em que o *jus civile* pátrio, e, por conseguinte, a própria responsabilidade civil, passou a se preocupar muito mais com a vítima do ato lesivo do que com o agente ofensor (ALBUQUERQUE, 2012, p. 192)

Nesse esteio, o fito da responsabilidade civil passou a ser o ressarcimento. Busca-se, assim, a retomada do equilíbrio econômico-financeiro. A punição do responsável passou a ser deixada em segundo plano, sendo levada em conta somente nas hipóteses onde o fundamento fosse a concreção um princípio constitucional.

Segundo Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 41), a responsabilidade civil teria o objetivo restaurativo, sendo excluído o caráter de pena, a fim de que se faça destacar o caráter reparatório.

4.7.2 Excepcionalidade do caráter punitivo da indenização

Pelo quanto exposto no tópico anterior, é perceptível e inegável a prevalência da finalidade reparatória da indenização decorrente de responsabilidade civil.

Tanto o é, que a aplicação da responsabilidade civil com o intuito dissuasivo só tem lugar quando busca a concreção de princípios constitucionais, já que sua utilização como pena, pura e simples, não é sequer prevista na legislação.

Não se quer dizer com isso que o caráter pedagógico não é natural da responsabilidade civil. Pelo contrário. Em toda e qualquer sanção, ainda que acidentalmente, a dissuasão encontrará espaço, já que, uma vez que a finalidade da sanção é a imputação de consequência abstratamente desfavorável àquele que a desencadeia, esta sempre será motivo para que os jurisdicionados se abstenham da prática prevista em sua *fattispecie* genérica.

O que ocorre no Brasil, em sede de jurisprudência, é, contudo, distinto. Conforme veremos à frente, o caráter pedagógico do dano moral, assaz repetido nas decisões dos nossos tribunais, serve muitas vezes como escusa para dar vazão a uma repressão movida por valores que, embora muitas vezes louváveis, são alheios àqueles tidos como fundamentais à utilização desse caráter pedagógico.

Comum exemplo é o do arbitramento de indenização por dano moral num *quantum* superior sob a alegação de dissuasão em razão de conduta altamente reprovável, como as elencadas como crime pela legislação específica.

Ora, em verdade, àquelas condutas já cabe uma pena especialmente prevista em nossa legislação. Sua alta reprovabilidade social é um fato, porém já observado pelo legislador, quando da sua tipificação como crime ou contravenção penal.

Não deve o juiz cível evocar para si a função de punir o agente ofensor nesses casos, visto não haver qualquer dispositivo constitucional que o autorize para tanto. *A contrario sensu*, estaria, em verdade, infringindo tantos outros dizeres constitucionais, como a vedação do *bis in idem*, e da aplicação de pena sem prévia cominação legal.

A prima facie, a alegação *suso* escandida pode por em xeque a própria ideia de cabimento da teoria do desestímulo em sede de responsabilidade civil. Entretanto, esse silogismo é falso.

Adiantando o que será dito com mais especificidade adiante, o cabimento da teoria do desestímulo, ou, mais precisamente, dos *punitive damages* deverá decorrer de uma ponderação de princípios.

Por exemplo: o princípio da vedação da aplicação de pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX da CF/88), *a priori*, veda a que indenização decorrente de responsabilidade civil seja majorada visando penalizar o agente ofensor.

Entretanto, a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIII, prevê como princípio constitucional a função social.

Assim sendo, como leciona Daniel Sarmiento (2002, p. 97-100), a ponderação de interesses seria a técnica utilizada a partir da constatação de que certo fato é tutelado por dois princípios constitucionais cujas soluções oferecidas são divergentes. Nesses casos, deve, o intérprete, buscar uma solução intermediária, onde cada princípios seja minimamente suprimido.

Robert Alexy (2007, p. 297), com precisão ímpar, ainda leciona:

A Lei de Ponderação mostra que a ponderação pode ser subdividida em três estágios. O primeiro estágio envolve estabelecer o grau de não-satisfação de, ou interferência em, um primeiro princípio. Esse estágio é seguido por um segundo em que é estabelecida a importância de se satisfazer o princípio concorrente. Finalmente, no terceiro estágio, é

estabelecido se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não-satisfação do primeiro. Se não for possível realizar juízos racionais sobre primeiro, a intensidade de interferência, segundo os graus de importância e, terceiro, a relação entre uma e outro, então as objeções levantadas por Habermas estarão justificadas. Tudo gira, assim, em torno da possibilidade de se fazer tais juízos racionais.

Sendo feita essa ponderação, o intérprete poderá avaliar, no caso concreto, qual princípio deverá se sobressair em relação ao outro. Plenamente viável, nesse esteio, o afastamento do princípio previsto no art. 5º, XXXIX, desde que para dar azo à concreção de princípios constitucionais, a exemplo da função social da propriedade.

Nesse sentido, ao tratar especificamente sobre os *punitive damages*, Thiago Carvalho Borges (2010, p. 449) ensina:

Para inibir os danos em massa, a indenização punitiva encontraria fundamento constitucional na função social da propriedade e da livre iniciativa, justificando a exceção ao princípio da necessidade de previsão legal anterior da pena.

Pode-se fundamentar a ideia de sanção dissuasiva, defende Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 33), no art. 5º, XXXV da CF/88, que garante a proteção judicial à ameaça de direito. Aqui, a ideia é concretizar este princípio constitucional, observando-o em detrimento dos princípios contrários às punições dissuasivas já citadas (*ne bis in idem*, por exemplo).

Outra hipótese de aplicação desta pena civil seria aquela que visa desestimular o abuso do poder econômico. Nas situações onde o agente ofensor praticasse a conduta abusando de poder econômico, já sabendo que viria a lesar terceiros, mas, ciente do *quantum* indenizatório que viria a pagar, preferisse assumir o custo, seja porque perceberá valor maior com a prática do ilícito, seja porque aquela indenização lhe proporciona prejuízo ínfimo, caberia a aplicação da indenização por responsabilidade civil majorada, visando desestimular o autor a repetir a conduta, bem como os demais jurisdicionados de copiá-lo (BORGES, 2010, p. 449).

Vê-se, portanto, que a teoria do desestimo vincula-se umbilicalmente com a concreção de princípios constitucionais. Sem estes, a aplicação daqueles torna-se inviável, sob pena de inconstitucionalidade, demonstrando inequívoca arbitrariedade do juízo.

4.8 LIMITES DO VALOR ARBITRADO PELO MAGISTRADO

Conforme vimos acima, a restituição, seja pela reparação ou pela compensação, é o fim precípua da indenização decorrente de responsabilidade civil no direito pátrio.

Esta lógica é essencial para analisarmos os critérios de fixação de valor destas indenizações, visto que o magistrado, ao arbitrá-las, deverá utilizar como guia os princípios e programas norteadores do instituto.

4.8.1 Critérios de ordem legal: a extensão do dano

Já restou demonstrado, também, que o arbitramento das indenizações por dano material deve respeitar o princípio do *restitutio in integrum*, ou seja, a finalidade da indenização é se aproximar ao máximo do *status quo ante*, devendo, o juiz, buscar ao máximo devolver à situação jurídica os contornos dantes delineados.

A princípio, a quantificação do dano material é alcançada quando o valor do próprio dano é mensurado. Assim, como a ideia é de reparar, deve-se indenizar no mesmo valor do dano causado. Se a mais, caracteriza-se enriquecimento sem causa; se a menos, a finalidade da indenização não foi alcançada. Será visto a seguir, entretanto, que cada vez mais exceções ganham força na doutrina e jurisprudência, a exemplo do tema aqui tratado: os *punitive damages*.

Nesta senda, o dano material deve ser analisado positiva e negativamente. Não só o decréscimo patrimonial entra na conta, como também o impedimento de crescimento patrimonial futuro. Esses valores, somados, totalizam o dano. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 128 e 129)

Por essa razão, o dano material é dividido em dano emergente e lucro cessante, como demonstrado acima.

Apenas repisando, o dano emergente, ou dano positivo, seria a diminuição do patrimônio da vítima, sensível desde a prática danosa. Exemplificando, se um

veículo participa de um acidente, ocasionando perda total, o dano emergente seria o exato valor do veículo. É a faceta mais fácil de se visualizar no dano material. Assim, uma indenização calculada a partir do exato custo do veículo em comento seria suficiente para restaurar o patrimônio da vítima no que tange ao dano emergente. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78)

Já o lucro cessante, cujo cálculo e a prova são mais complicados de serem produzidos, seria a perda do ganho esperável em razão do dano. No exemplo acima, caso o veículo fosse um taxi, calcular-se-ia o montante que deixou o taxista de lucrar desde o acidente até a aquisição de um novo taxi em razão do ato ilícito danoso. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79)

Ressalte-se que, no caso do lucro cessante, a mera possibilidade do lucro não é suficiente, devendo a vítima comprovar uma probabilidade objetiva. Não precisa haver certeza absoluta, e sim uma alta probabilidade (DINIZ, 2011, p. 86)

Por outro lado, indenizações por danos morais, dada à abstração desta espécie de dano, encontram maiores dificuldades para ser quantificadas, sendo este problema tema de diversas obras em doutrina.

A doutrina sugere algumas balizas a serem observadas pelo magistrado quando do arbitramento do *quantum debeatur* em sede de indenização por dano moral.

Uma dessas balizas é a extensão do dano. Nesse ponto, deve-se observar qual aspecto da dignidade humana fora atingido: honra objetiva, liberdade sexual, vida, liberdade de culto, etc. (BERNARDO, 2005, p. 166).

Inequivocamente, a cultura do local é fator que concorre para a variação dessa quantificação. Inegavelmente, em alguns locais do Brasil a liberdade religiosa tem uma relevância social maior do que em outros. O mesmo ocorre com a liberdade sexual, a honra objetiva, e qualquer outra espécie de direito da personalidade. (BERNARDO, 2005, p. 166)

Limitar a indenização à extensão do dano foi um critério adotado, inclusive, pela nossa legislação, precisamente no art. 944 do Código Civil³, sendo esta limitação, portanto, de ordem legal.

³ BRASIL. Código Civil. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

4.8.2 Grau de culpabilidade

João Casillo, em sua obra “Dano à Pessoa e Sua Indenização” (1987, p. 58-60), aponta o histórico embate doutrinário acerca da utilização do grau de culpa como elemento da quantificação do dano moral.

Segundo o autor, de um lado, parte da doutrina entende que o gravidade da culpa deve influenciar no arbitramento do dano moral. Ou seja, um indivíduo que agiu com culpa leve não terá que indenizar da mesma maneira que aquele que agiu com culpa gravíssima. Da mesma forma, aquele que agiu com culpa tem um dever de pagar mais brando que aquele que agiu com dolo.

Por outro lado, parte da doutrina defende – e este é o entendimento ao qual o autor se filia – que o grau de culpabilidade não deve ser critério de quantificação da indenização, já que esta, no nosso ordenamento, tem como a maior finalidade a reparação da vítima. Não importa a ela se o agente ofensor agiu com culpa ou dolo. O que importa, de fato, é ter o seu direito reparado.

Por fim, o autor traz passagens sobre o tema que importam para o futuro estudo da indenização punitiva. Segundo ele, caso se entenda que o grau de culpa tem relevância na quantificação do dano, este deve ser utilizado tão somente para agravar a sanção. Ou seja, aquele que agiu com culpa leve deve restituir o ofendido na mesma proporção da lesão causada, sendo majorada esta indenização nas hipóteses de maior grau de culpabilidade. Nunca o contrário. E encerra (1987, p. 61):

Admitindo-se, como já se admitiu, que a indenização também tenha caráter de pena para aquele que agisse dolosamente, além das sanções penais, quando cabíveis, a agravamento da indenização poderia desestimular em muito a prática de ilícitos civis dolosos.

Alguns autores, a exemplo de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 128), defendem o contrário.

Sustenta, o autor acima (bem como muitos outros), que existem casos desproporcionais, que devem ser tratados de maneiras distintas. Cita como exemplo o caso de alguém que, mediante culpa leve, atropela e mata um sujeito, *versus* outrem que, dolosamente, pratica tentativa de homicídio.

No primeiro caso, onde as consequências foram mais gravosas, o agente ofensor deverá dispende um valor muito maior a título de indenização do que no segundo, o que, em tese, não seria justo.

Traz, ainda, o mesmo autor (2012, p. 39), um relevante argumento. Citando Agostinho Alvim, fundamenta que nesses casos, para não imputar uma penalidade muito grande ao agente que agiu com culpa leve, o juiz pode sentir-se inclinado a negar a culpa caso não tenha a possibilidade de reduzir a sanção arbitrariamente.

Com efeito, o nosso Código Civil de 2002 contemplou a segunda teoria, em seu art. 945⁴.

É imperioso, entretanto, não esquecer que menos culpado do que o agente ofensor que age com culpa leve é a vítima. Caso se entenda pela diminuição da indenização pela gradação da culpa, além da insegurança jurídica promovida pela inexistência de certeza quando à integralidade em abstrato da reparação do dano que podemos jurisdicionados sofrer, mostra-se ainda mais injusta esta tese, já que a vítima deverá arcar com parte dos custos oriundos meramente da conduta do ofensor que age com culpa leve.

4.8.3 Razoabilidade e proporcionalidade

Vale frisar, ainda, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como elementos da quantificação da indenização por dano extrapatrimonial.

Não resta dúvidas de que os princípios em tela devem ser observados não só neste caso, como em qualquer outro ato praticado pelo magistrado.

Parte da doutrina, aponta Eduardo Slerca (2002, p. 25 e 26), entende que o princípio da proporcionalidade seria inerente à própria noção de Direito. Outra corrente afirma, ainda, que tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da razoabilidade estariam inseridos no aparato constitucional de direitos fundamentais.

⁴ **BRASIL. Código Civil.** Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Vê-se que para qualquer dos entendimentos acima, os princípios em comento recebem *stati* extremamente elevados, não se podendo apartá-los do nosso ordenamento, seja por serem ínsitos à noção de Direito, seja por estarem imersos na teoria dos Direitos Fundamentos, que constituem cláusula pétrea da nossa Constituição.

Entretanto, como bem observa Wesley de Oliveira Louzada Bernardo (2005, p. 186), tais princípios não podem ser utilizados como uma “carta branca” pelos magistrados. Não podem ser escusa para uma quantificação arbitrária e desfundamentada, ou, nas palavras do próprio autor, “*como a ‘lógica do mais ou menos certo’*”.

Uma forma de aplicação objetiva destes princípios seria a utilização de jurisprudência como fundamentação do arbitramento da indenização. Se existe uma tendência a aplicar uma indenização maior sobre uma espécie de dano e menor sobre outro, e esta tendência é adotada por grande parte dos tribunais de uma dada região, a probabilidade deste arbitramento ser razoável é maior do que aquele oriundo exclusivamente do sentimento de justiça de um único juiz ou órgão colegiado.

Evidente que a individualidade do caso concreto deve ser observada. Este, inclusive, é um dos programas do Código Civil de 2002 quando adota normas de textura aberta (SILVA, 2006, 69-70).

Sobre o tema, Judith Martins-Costa (1999, p. 307) ensina que essas normas abertas, às quais denomina cláusulas gerais, caracterizam-se pela vagueza semântica. Ou seja, os vocábulos utilizados nessas normas abertas não esgotam a *fattispecie*, de maneira que a torna manuseável no caso concreto.

Ainda segundo esta autora (1999, p 308), a vagueza semântica ocorreria quando o intérprete se encontrasse numa “zona de penumbra”, comportando, o enunciado normativo, além das situações incontroversas, algumas situações de casos-limite. Nesses últimos, caberia ao intérprete, à luz do caso concreto, aplicar ou não a norma. Exemplificando, nas palavras da própria autora (1999, p. 307), *in verbis*:

Se tivermos um grão de trigo na mão, não poderemos dizer que seguramos um *monte de trigo*. Do mesmo modo se juntarmos a este outro grão, e mais outro. Porém, se juntarmos indefinidamente um grão depois outro, mais cedo ou mais tarde obteremos um exemplo paradigmático de *monte de trigo*. Não existe, porém, um momento preciso no qual um *monte* começa a ser um *monte*. O que existe é uma *fase de transição* entre o *monte* e o *não-monte*. Do mesmo modo, não há um momento preciso em que se possa

determinar, à vista de um homem que perde o seu cabelo, se ele é ou não calvo: a partir de quantos fios de cabelo perdidos se poderá atribuir a alguém o qualificativo “calvo”?

O que se evidencia, do bom exemplo acima transcrito, é que a utilização de termos semanticamente incertos confere ao juiz maior discricionariedade para atuar no caso concreto, o que por um lado o permite amoldar melhor a norma ao fato, visando a Justiça; e, por outro, enfraquece a segurança jurídica, visto que um fato idêntico pode ser interpretado por um juiz como suficiente para preencher o suporte fático de uma determinada norma, e, por outro juiz, insuficiente.

Todavia, deve-se buscar um equilíbrio entre as nuances do caso específico e a segurança da análise jurisprudencial, a fim de atingir um meio termo que privilegie tanto a segurança jurídica quanto a razoabilidade e proporcionalidade das decisões.

4.9 INTROITO AOS *PUNITIVE DAMAGES*

Analisados os pressupostos básicos à boa compreensão do instituto dos *punitive damages*, e à sua interpretação no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos, no capítulo que segue, à análise específica dos *vindictive damages*, a fim de catalogar, ao fim, seus requisitos de aplicação, com especial foco naquele que muitas vezes é esquecido pela jurisprudência brasileira: o requisito da vantagem econômica do ofensor.

5 PUNITIVE DAMAGES

5.1. ASPECTOS GERAIS

Trata-se de instituto oriundo do Direito de *Common Law* Anglo-Saxão, instrumento de exteriorização do escopo dissuasivo da responsabilidade civil, cuja aplicação é mais observada naqueles países, onde o dano moral tem seu espectro compensatório (*compensatory damages*) e seu espectro punitivo (*punitive damages*).

Sobre o tema, André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 225 a 228) ensina que a responsabilidade civil é dotada de uma função preventiva, que não exclui a reparatória, mas soma-se a ela. Essa função preventiva, denominada tutela inibitória, tem um caráter de desestimular a continuação ou a repetição do dano ilícito, e encontra respaldo no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Também chamado de *exemplary damages*, *vindictive damages*, *penal damages*, *retributory damages*, “*Smart Money*”, dentre muitas outras denominações, a teoria dos *punitive damages* fora importada ao Brasil, mediante Direito comparado, a partir da observação dos ordenamentos americano e inglês, principalmente, sendo recebido pela doutrina com bastante aceitação, tanto entre os manuais como entre as teses monográficas, ensejando incessantes discussões de cunho material, processual e filosófico.

“A indenização mede-se pela extensão do dano”. Esta é a dicção do art. 944 do Código Civil brasileiro, e reflete o que já fora exhaustivamente repetido nessa pesquisa: o caráter restitutivo é o cerne da responsabilidade civil, seja ela patrimonial, onde a busca é pela restauração do status quo ante; seja ela extrapatrimonial, onde se visa não a restituição do bem maculado, e sim uma compensação pecuniária equivalente ao dano experimentado.

Não obstante, em vista dessa segunda finalidade da responsabilidade civil, a da inibição da reiteração da conduta, aceita-se a aplicação do instituto em nosso ordenamento. Assim, a indenização por dano moral, quando arbitrada pelo juiz, pode

ser utilizada com o esopeque de dissuadir o ofensor a causar novo dano, agindo como pena, conforme elucida Sérgio Severo (1996, p. 184):

A indenização de caráter exemplar ou punitivo, ponto que interessa no presente momento, é estabelecida como uma resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes.

Importa gizar que, nos tópicos que seguem, serão abordados os aspectos gerais dos *punitive damages*, posto que este possui diversas nuances específicas em cada ordenamento onde é inserido.

No estado norte-americano de Connecticut, por exemplo, os *punitive damages* são limitados aos custos da parte ofendida com o litígio, funcionando, analogamente, a uma indenização suplementar, fugindo à regra geral do instituto.

5.1.1 Nomenclatura

Alguns autores, a exemplo de Salomão Resedá (2008, p. 229), entendem que a tradução literal, “dano punitivo”, não seria adequada à nossa língua.

Por outro lado, como já fora dito, a tradução literal de “*punitive damages*” ao nosso vernáculo – “dano punitivo” – não parece incorreta. Tal expressão consiste, repise-se, numa hipálage, posto que punitivo não é o dano, e sim a quantificação majorada da sua indenização.

Segundo Massaud Moisés (*apud* DUARTE, 2013), a hipálage “constitui um expediente retórico segundo o qual um determinante (artigo, adjetivo, complemento nominal) troca o lugar que logicamente ocuparia junto de um determinado (substantivo) para associar-se a outro”.

Assim sendo, pelo quanto demonstrado, além das demais nomenclaturas utilizadas – Teoria do Desestímulo; caráter pedagógico do dano moral; indenização punitiva, etc. – a tradução literal, dano punitivo, mostra-se adequada à língua portuguesa.

5.2 CARACTERÍSTICAS

Para traçar o regime jurídico dos *punitive damages*, seu cabimento ou não no direito brasileiro, e demais aspectos mais aprofundados, necessário se faz esclarecer as características e finalidades do instituto, a fim de adequá-lo à nossa realidade.

5.2.1 Finalidade Punitiva

Os *punitive damages*, como o próprio nome esclarece, tem como uma das suas finalidades a punição.

Por esta razão, sua aferição não deve se basear nos critérios genéricos da responsabilidade civil contemporânea, adotando o critério da responsabilidade subjetiva. Isso quer dizer que, como a finalidade aqui não é a reparação, a preocupação recai muito mais sobre a conduta do agente do que sobre o dano sofrido pela vítima. (BEST; BARNES, 2003, p. 610)

Tem-se, portanto, na origem do instituto, uma aproximação à noção kantiana de pena, visando a justa retribuição ao ilícito cometido.

Não se pode olvidar, contudo, os riscos trazidos pela aplicação dos *exemplary damages* com a finalidade punitiva.

É que já existem previsões no ordenamento que visam a punição, a retribuição do agente ofensor, em hipóteses específicas previstas pelo legislador.

Assim, têm-se as responsabilidades administrativa, e, em *ultima ratio*, penal.

Desta forma, o legislador optou por conceder a esses ramos do direito a finalidade punitiva, reservando outro escopo à responsabilidade civil, já visto alhures. Portanto, ao aplicar uma pena em decorrência da responsabilidade civil, além de desvirtuar a opção legislativa, não raro se incorrerá em cumulação arbitrária e desarrazoada de penas.

Ao que parece, na importação do instituto ao nosso ordenamento, a pena não pode ser finalidade dos *punitive damages*, mas tão somente um meio de consecução do seu fim, que é a dissuasão da conduta ilícita danosa.

Assim sendo, introduzindo discussão que será abordada mais à frente, seria razoável majorar a punição para prevenir nova conduta, mas, ao contrário, fazê-lo com fim meramente retributivo; estritamente em razão da gravidade da culpa ou do dano; ou da reprovabilidade da conduta, em todos esses casos essa majoração seria ilegítima.

A pena deve ser, em nosso ordenamento, um instrumento de dissuasão, e não mais que isso.

Nessa esteira, Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 263), sobre a instrumentalidade da função punitiva frente à dissuasiva, entende, *in verbis*, que “a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido”.

Ou seja, para a referida autora – como já defendido supra -, a punição teria a função dissuasiva. Esta, sim, seria a finalidade dos *punitive damages*, e não a retribuição, como concebida por Kant e Hegel.

A referida autora (2007, p. 263-264) defende, ainda, que o montante acrescido a título de *exemplary damages* deve ser revertido não à vítima, mas em fundos específicos destinados à coletividade. Este tema, embora relevante, não pertine ao objeto deste trabalho, devendo, em verdade, ser objeto de pesquisas específicas.

5.2.2 Finalidade Dissuasiva

O desestímulo é um efeito presente em toda sanção. Ao se prever uma consequência supostamente negativa a uma conduta, esta passa a ser evitada pelos jurisdicionados, por razões óbvias.

Pretendido pelo legislador ou não, ao editar uma norma que preveja uma sanção, este efeito sempre ocorrerá.

Entretanto, nos *exemplary damages*, o efeito dissuasivo é precípua. É a finalidade mais relevante, à qual deve se ater aquele que aplica o instituto.

Nessa esteira, bem definido na obra Prosser, Wade and Schwartz's *Torts: Cases and Materials* (WADE; SCHWARTZ; KELLY; PARLETT, 1994, p. 531), os *punitive*

damages são utilizados como método de desencorajar danos causados por motivos escusos, demonstrando ser a dissuasão fito intrínseco ao dano punitivo. *Ipsis litteris*:

[...]consists of an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff of the harm suffered, which are awarded for the purpose of punishing the defendant, of admonishing the defendant not to do it again, and of deterring others from following defendant's example.⁵

Embora inequívoco o mister dissuasivo dos *punitive damages*, instável é o terreno da definição do objeto a ser dissuadido.

No direito anglo-saxão, onde se originou os *exemplary damages*, este é utilizado como hipótese de sanção punitiva, construída pela jurisprudência, que visa desestimular o indivíduo da prática de uma conduta reprovável. Tem, além da finalidade dissuasiva, a finalidade retributiva.

Entretanto, no Brasil, a margem de discricionariedade dos magistrados é diminuta em relação à dos países de *common law*. Assim sendo, a jurisprudência brasileira tem um raio de ação menor, devendo, caso tencione aplicar o instituto dos *punitive damages*, fazê-lo de maneira mais restrita, em conformidade com a CF/88.

Em tópicos seguintes, serão abordados os requisitos e as finalidades às quais deve se ater os *punitive damages* no nosso ordenamento. Entretanto, como introito, cumpre frisar que esse desestímulo deve visar a promoção de princípios previstos no nosso sistema.

5.2.3 Majoração do Poder do Magistrado

Em razão da alta margem de discricionariedade que confere ao magistrado, o instituto dos *punitive damages* recebe diversas críticas no que tange a possibilidade de, a partir da sua utilização, severas arbitrariedades sejam cometidas.

E de fato o é. Em nosso ordenamento, não raro se observa casos onde o juiz, com boas ou más intenções, aplica os *punitive damages* com objetivo diverso daquele que deveria.

⁵ [...] consiste numa soma adicional, além da compensação percebida pelo ofendido, concedida com a finalidade de punir o agente ofensor, dissuadindo-o da reiteração da conduta, e desestimulando os demais de seguir este exemplo.

Muitas vezes guiado pelo senso comum de justiça, desvirtua o instituto, valendo-se dele como meio para efetivar verdadeira vingança pública.

Assim sendo, urge a necessidade de um balizamento doutrinário sobre o tema, a fim de que sua aplicação se torne mais objetiva.

5.3 DISTINÇÃO ENTRE *PUNITIVE DAMAGES* E *COMPENSATORY DAMAGES*

A distinção entre *punitive damages* e *compensatory damages* é de fácil visualização.

Os *compensatory damages*, ou danos compensatórios, consistem na indenização tradicional dos sistemas de *civil law*. Visa tão somente a reconstituição do patrimônio da vítima, ou a compensação pelo dano extrapatrimonial.

Trata da já citada busca do retorno ao *status quo ante*, visando a plena recomposição da vítima, e tem inseparável ligação com a vítima, com o dano sofrido.

Arthur Best e David Barnes (2003, p. 573 574) ensinam que os *compensatory damages* tem a finalidade de restituir dano pretérito, ou antecipar dano futuro. Podem ser, ainda, como já dito, reparatórios – quando se tratar de dano material -, ou compensatório – quando se tratar de dano extrapatrimonial.

Por outro lado, os *punitive damages* não tem qualquer relação com o *quantum* sofrido. Com a restituição do dano.

Com outro fulcro, os *vindictive damages* se prendem mais à conduta do agente. Isso porque a sua finalidade é a dissuasão. Age, assim, sobre o ofensor, e não sobre a vítima.

O critério para o arbitramento da indenização compensatória é o dano sofrido (e, para alguns, o grau de culpabilidade do agente); enquanto a indenização punitiva tem muitos outros, que serão tratados em momento oportuno. Pode-se citar, de antemão, os mais relevantes: o grau de culpabilidade; a situação econômica do ofensor; a vantagem econômica do ofensor; dentre outros.

5.4 OS *PUNITIVE DAMAGES* NA EXPERIÊNCIA ANGLO-SAXÃ

Foi na Inglaterra onde surgiram os *punitive damages*, sendo importado posteriormente aos Estados Unidos.

Assim sendo, para bem entender o instituto, deve-se analisá-lo tal qual fora concebido, nos ordenamentos jurídicos que o originaram, a partir de uma digressão histórica.

5.4.1 Origem Histórica

Os *punitive damages*, enquanto o instituto que atualmente conhecemos, nasceu na Inglaterra do século XIII, sendo inserido no diploma normativo conhecido como Estatuto de Gloucester, no ano de 1278. (ANDRADE, 2009, p. 178)

Especificamente, o embrião do dano moral punitivo residia na previsão, contida na legislação supra, que estabelecia indenização triplicada (*treble damages*) nos casos que envolvessem recuperação de propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário. A esses, caso condenados, a indenização era triplicada. (ANDRADE, 2009, p. 178)

Wade, Schwartz, Kelly e Parlett (1994, p. 531) citam o caso *Huckle vs. Money*, de 1763, como o início da sedimentação jurisprudencial dos *punitive damages* na Inglaterra, que posteriormente fora importado aos Estados Unidos da América.

No caso em tela, *Huckle* sofrera abuso de autoridade por mandado de prisão genérico proferido pelo Rei George III, cujo cumprimento ocorrera de maneira abusiva, gerando danos ao acionante.

O júri determinou o pagamento de trezentas ao acionante, valor de grande monta à época, a despeito do curto período de tempo que este passou preso. Em sua apelação, o réu questionava o fato de a indenização ser excessiva. Entretanto, o juízo entendeu, à época, que uma indenização meramente compensatória (*compensatory damages*), que giraria em torno de 20 libras, seria insuficiente para dissuadir nova conduta. Além disso, a prisão abusiva decorrente de mandado

genérico constitui uma grave transgressão às liberdades individuais. (ANDRADE, 2009, p. 179-180)

Nos dias atuais, ainda são grandes as controvérsias acerca dos *punitive damages*, tanto nos países originários (Inglaterra e EUA), quanto, principalmente, nos países de *civil law*, a exemplo do Brasil.

Cass R. Sunstein (2002, p. 242), introduz o capítulo “*What Should Be Done?*”(o que deve ser feito?), do livro *Punitive Damages: how juries decide* (dano punitivo: como os júris decidem?), afirmando que a jurisprudência vem enfrentando muitos problemas para criar um sistema fechado de dano punitivo. E atribui a isso a grande complexidade que é ínsita ao instituto. Diagnostica, ainda, que a consequência mais comum desta instabilidade de definição do instituto é a existência de muitas condenações arbitrárias.

O autor prossegue (2002, p. 242-243), apontando como solução a essa arbitrariedade: *i*) uma maior firmeza na revisão dos valores arbitrados por júris. Valores flagrantemente muito altos ou muito baixos devem ser revistos, independente de terem sido arbitrados por júris; e *ii*) mais drasticamente, afastar os júris, criando um sistema específico para julgamento de *punitive damages*, ao que o autor denomina *damages schedule* (tabela de indenizações), indicando, entretanto, ser uma medida mais drástica.

Best e Barnes (p. 616 e 617) também constataram essa problemática vivida nos Estados Unidos, onde a quantificação do dano punitivo mostra-se, muitas vezes, excessiva. Traz, neste contexto, normas de diferentes estados americanos que limitam o *quantum* do *punitive damages*, a saber:

Colorado – Colo. Rev. Stat. §§ 13-21-102(1)(a) and (3) (1987) (as a main rule, caps punitive damages at amount o factual damages).

Connecticut – Conn. Gen. Stat. §52-240b (1995) (caps punitive damages at twice compensatory damages in products liability cases).

Delaware – H.R. 237, 138th Gen. Ass. (introduced May 17, 1995) (would cap punitive damages at greater of three times compensatory damages, or \$250,000).

Florida – Fla. Stat. §768.73(1)(a) and (b) (Supp. 1992) (in general, caps punitive damages at three times compensatory damages).

Georgia – Ga. Code Ann. §51-12-5.1 (Supp. 1995) (caps punitive damages at \$250,000 in some tort actions; prohibits multiple awards stemming from the same predicate conduct in products liability actions).

Illinois – H. 20, 89th Gen. Ass. 1995-1996 Reg. Sess. (enacted Mar. 9, 1995) (caps punitive damages at three times economic damages).

Indiana – H. 1741, 109th Reg. Sess. (enacted Apr. 26, 1995) (caps punitive damages at greater of three times compensatory damages, or \$50,000).

Kansas – Kan. Stat. Ann. §§603071(e) and (f) (1994) (in general, caps punitive damages at lesser of defendant's annual gross income, or \$5 million).

Maryland – S. 187, 1995 Leg. Sess. (introduced Jan. 27, 1995) (in general, would cap punitive damages at four times compensatory damages).

Minnesota – S. 1496, 206th Leg., 2d Ann. Sess. (introduced Feb. 16, 1995) (would require reasonable relationship between compensatory and punitive damages).

Nevada – Nev. Ver. Stat. §42.005(1) (1993) (caps punitive damages at three times compensatory damages if compensatory damages equal \$100,000 or more, and at \$300,000 if the compensatory damages are less than \$100,000).

New Jersey – S. 1496, 206th Leg., 2d Ann. Sess. (1995) (caps punitive damages at greater of five times compensatory damages, or \$350,000, in certain tort cases).

North Dakota – N.D. Cent. Code §32-03.2-11(4) (Supp. 1995) (caps punitive damages at greater of two times compensatory damages, or \$250,000).

Oklahoma – Okla. Stat. Tit. 23, §9.1(B)-(D) (Supp. 1996) (caps punitive damages at greater of \$100,000, or actual damages, if jury finds defendant guilty or reckless disregard; and at greatest of \$500,000, twice actual damages, or the benefit accruing to defendant from the injury-causing conduct, if jury finds that defendant has acted intentionally and maliciously).

Texas – S. 25, 74th Reg. Sess. (enacted Apr. 20, 1995) (caps punitive damages at twice economic damages, plus up to \$750,000 additional noneconomic damages).

Virginia – Va. Code Ann. §8.01-38.1 (1992) (caps punitive damages at \$350,000).⁶

⁶ Colorado – Estatuto Revisado do Colorado seções 13-21-102(1)(a) e (3) (1987) (como regra, limita os punitive damages no valor do dano real).

Connecticut – Estatuto Geral de Connecticut seção 52-240b (1995) (limita os punitive damages ao dobro do valor dos compensatory damages em casos de responsabilidade por fato do produto).

Delaware – H.R. 237, 138ª Assembleia Geral (introduzida em 17 de maio de 1995) (limita os punitive damages em no máximo três vezes o valor dos compensatory damages, ou US\$ 250.000,00).

Flórida – Estatuto da Flórida seções 768.73(1)(a) e (b) (Supp. 1992) (como regra, limita os punitive damages em até três vezes os compensatory damages).

Geórgia – Código Anotado da Geórgia seção 51-12-5.1 (Supp. 1995) (limita os punitive damages em US\$ 250.000,00 em algumas ações de responsabilidade; proíbe múltiplas condenações decorrentes da mesma conduta em algumas ações de responsabilidade por fato de produto).

Illinois – H. 20, 89ª Assembléia Geral 1995-1996 Reg. Sess. (promulgada em 9 de março de 1995) (limita os punitive damages em até três vezes o valor do dano).

Indiana – H. 1741, 109ª Reg. Sess. (promulgada em 26 de abril de 1995) (limita os punitive damages em no máximo três vezes o valor do compensatory damages, ou US\$ 50.000,00).

Kansas – Estatuto Anual do Kansas seções 603071(e) e (f) (em geral, limita os punitive damages em menos do rendimento anual do ofensor, ou US\$ 5.000.000,00).

Maryland – S. 187, 1995 Leg. Sess. (introduzido em 27 de janeiro de 1995) (em geral, limita os punitive damages em até quatro vezes os compensatory damages).

Minnesota – S. 1496, 206ª Leg., 2ª sessão anual (introduzido em 16 de fevereiro de 1995) (requer uma mínima relação entre o valor dos compensatory e dos punitive damages).

Nevada – Estatuto Ver. de Nevada seção 42.005(1) (1993) (limita os punitive damages em até três vezes os compensatory damages se estes forem iguais ou maiores que US\$ 100.000,00, e em US\$ 300.000,00 se os compensatory damages forem menores que US\$ 100.000,00).

Em Prosser; Wade and Schwartz's (1994, p. 526-538), é trazido à baila o famoso caso *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip*, de 1991. Nessa oportunidade, questionou-se a necessidade de um mínimo regulamento acerca da quantificação do dano punitivo. Entendem, os referidos autores, que, embora não se possa criar uma equação matemática restrita para a quantificação do *punitive damage*, deve-se criar uma fórmula para que os júris possam processar um cálculo constitucional quando da quantificação da indenização.

Vê-se, assim, ser extremamente necessária a sistematização de um balizamento de aplicação dos *punitive damages* até nos países de *common law*, onde o Direito é mais fluido, sob pena de comprometer sobremaneira a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.

Essa definição se faz mais necessária ainda no nosso ordenamento, onde o dano moral punitivo ainda é embrionário e inconsistente, gerando ainda mais discrepâncias.

No Brasil, é imperioso, antes de tudo, definir o objeto dos *exemplary damages*. Ou seja, enquanto lá se discute uma melhor previsibilidade do *quantum debeatur*, aqui, deve-se definir, antes, qual fato jurídico seria suficiente para gerar o *an debeatura* título de dano punitivo.

Não parece correto que se aplique o instituto como o é nos países de *common law*. Encontramos, aqui, óbices de natureza constitucional e principiológica.

Como já dito alhures – e será mais aprofundado nos tópicos específicos sobre o tema –, a adaptação da aplicação dos *punitive damages* no nosso ordenamento deve se confrontar com a nossa ideia de responsabilidade civil e a nossa Constituição.

Nova Jersey – S. 1496, 206ª Leg., 2ª sessão anual (1995) (limita os *punitive damages* em no máximo cinco vezes os *compensatory damages*, ou US\$ 350.000,00, em alguns casos de responsabilidade civil).

Dakota do Norte – Código Anual de Dakota do Norte seção 32-03.2-11 (4) (Supp. 1995) (limita os *punitive damages* em no máximo o dobro dos *compensatory damages*, ou US\$ 250.000,00).

Oklahoma – Estatuto de Oklahoma, título 23, seção 9.1(B)-(D) (Supp. 1996) (limita os *punitive damages* em no máximo US\$ 100.000,00, se o júri desconsiderar o dolo ou culpa grave do ofensor; e no máximo US\$ 500.000,00, duas vezes o dano, ou o benefício auferido pelo ofensor, caso o júri entenda que houve dolo ou conduta maliciosa por parte do ofensor).

Texas – S. 25, 74ª Reg. Sess. (promulgado em 20 de abril de 1995) (limita os *punitive damages* em duas vezes o valor do dano material, mais US\$ 750.000,00 adicionais por dano extrapatrimonial).

Virgínia – Código Anual da Virgínia seção 8.01-38.1 (1992) (limita os *punitive damages* em US\$ 350.000,00).

Não se mostra razoável aplicar o instituto meramente como pena a uma grave transgressão legal (como um crime), ou a alguém que agiu com culpa grave.

Deve-se buscar, para que se aplique corretamente, um fundamento constitucional. A concretização de um princípio constitucional relevante, como um direito fundamental, por exemplo.

5.4.2 Aspectos Processuais

É sabido que nos sistemas mais voltados ao *common law*, o complexo de normas positivadas é muito menos denso, abrindo espaço para que o magistrado decida com base na argumentação, na razão e na equidade (LOIOLA, 2012, p. 75).

Nesse contexto, em vista dessa carência (intencional) de regulamentação, coube aos magistrados criar mecanismos cujo desiderato é o de prover justiça, e o fizeram mediante punição exemplar e estímulo negativo à prática de condutas (LOIOLA, 2012, p. 75).

Na maioria dos estados dos Estados Unidos da América, o julgamento dos *punitive damages* se dá em apartado ao dos *compensatory damages*. Os danos punitivos são arbitrados mediante júri popular, o que é alvo de diversas críticas pela doutrina daquele ordenamento em razão da alta margem de discricionariedade que é conferida ao júri, o que não raro ocasiona tautologias em relação ao *quantum* arbitrado. (RESEDÁ, 2008, p. 282-283)

Daniel de Andrade Lévy (2011, p. 207) traz uma importante visão, que será abordada novamente a seguir, que aponta a força cultural do catolicismo na sociedade brasileira como um dos empecilhos para que haja uma livre aplicação dos *punitive damages*.

É que, segundo o autor (2011, p. 207-208), em vista da forte restrição da doutrina Católica ao lucro, a sociedade brasileira adquiriu forte aversão ao ágio, havendo, inclusive, historicamente, a denominada Lei da Usura, em 1933.

Visto isso, não é difícil imaginar que arbitrar uma quantia maior que o dano sofrido se torna quase indeglutível no contexto cultural brasileiro.

Assim, antes de fazer qualquer juízo de valor, afasta-se peremptoriamente esta hipótese, sem que sequer haja um esforço no sentido de criar um modelo adaptado dos *punitive damages*, fitando, por exemplo, a concretização de princípios constitucionais.

Hoje em dia, entretanto, graças ao direito comparado, nossa doutrina passou a aceitar em quase uníssono o dano punitivo no nosso sistema, sendo forçoso, nessa lógica, que se delimite os elementos deste instituto.

5.5 OS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO

Inequívoca a necessidade de adaptar os *punitive damages* à realidade brasileira, a fim de que se proceda à sua utilização em consonância com os ditames constitucionais.

Nesse caso, faz-se necessário traçar os pontos convergentes e divergentes do instituto em sua origem com o ordenamento pátrio.

5.5.1 Posicionamento da Jurisprudência

Nossa jurisprudência, embora sedimentada no sentido da aceitação dos *punitive damages*, aplica o instituto em comento de maneira bastante fluida, com fundamentos muito distintos, gerando larga incerteza não só acerca do arbitramento do valor, como também do fato gerador do instituto, senão vejamos.

Nesse sentido, vale trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, admitindo expressamente a aplicação dos *punitive damages*, embora restringindo sua aplicação às hipóteses de dano moral:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL.

AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO EM REVISTA SEMANAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL DE INFORMAÇÃO QUE ATINGE A IMAGEM DE EMPRESA COMERCIAL. DANO AFERIDO NA ORIGEM A PARTIR DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS CARREADOS NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO.

SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Não se verificam violações aos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando o acórdão impugnado examina e decide, fundamentadamente e de forma objetiva, as questões relevantes para o desate da lide.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte Superior, bem como do Pretório Excelso, o prazo decadencial e a responsabilidade tarifada, previstos na Lei de Imprensa, não foram recepcionados pela Constituição de 1988. (Precedentes: RE nº 447.584/RJ, Rel. Min. Cezar Peluzo, Segunda Turma, DJU de 16/03/2007; REsp nº 579.157/MT, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJU de 11/02/2008; e REsp 625.023/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, Quarta Turma, DJU de 26/02/2007).

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

4. Estando assentada pelas instâncias de cognição a existência do dano à imagem da empresa ora recorrida, oriundo do ato praticado pela ora recorrente, revela-se indiferente ter ou não a Corte de origem fundamentado a indenizabilidade pela ofensa no dispositivo legal mais apropriado para tanto, máxime porque inaerredável a aplicação à hipótese do art. 159 do Código Civil de 1916.

5. Resultando as conclusões da Corte *a quo*, acerca da ocorrência do dano moral, do conjunto fático probatório carreado nos autos, sua revisão se revela tarefa interdita a esta Corte Superior, na via especial, nos termos do verbete sumular nº 07/STJ.

6. Todavia, cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

7. *In casu*, o Tribunal de Origem condenou a ré ao pagamento de “720 dias-multa, calculado o dia-multa à base de dez vezes o valor do salário mínimo vigente no mês de dezembro de 1995 devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento” (fl. 421), o que considerando os critérios utilizados por este STJ, ainda se revela extremamente excessivo.

8. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades deste caso, os princípios jurisprudenciais desta eg. Corte Superior na fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, rejeita-se o critério adotado pelo eg. Tribunal de Origem por analogia ao Direito Penal e se fixa o valor do dano moral na quantia de R\$ 46.000,00 (quarenta e seis mil reais), corrigidos monetariamente a partir desta decisão, acrescidos dos juros legais nos termos da Súmula 54 deste Superior Tribunal de Justiça.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

(REsp 334.827/SP, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009). Negrito não original.

Cediço, portanto, em jurisprudência, o cabimento dos *punitive damages* em nosso ordenamento.

A margem de discricionariedade conferida ao magistrado quando da aplicação dos *vindictive damages* é extremamente elástica. Sob o argumento do desestímulo, é facultado ao juiz arbitrar indenizações de valor assaz elevado.

Desta forma, dada esta discricionariedade, não raro se encontram diversas incongruências sobre diversos aspectos quando da análise da jurisprudência pátria sobre o tema, fazendo-se necessária uma definição de requisitos para a correta aplicação dos *punitive damages*.

Muitos magistrados utilizam os *punitive damages* com o fito de promover uma vingança pública. Aplicam, destarte, o dano moral punitivo observando tão somente a reprovabilidade da conduta do ofensor.

Não é difícil encontrar acórdãos que fundamentem a majoração da indenização a título de dano punitivo em razão do caráter criminoso da conduta. Como exemplo:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO GRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O valor da indenização por dano moral se sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o *quantum* contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, **o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.**

II – Ainda que se admita que o autor tenha desrespeitado a honra do réu, o certo é que a reação deste foi manifestamente desproporcional, passando longe, e muito, do tolerável. **E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie.**

III – A pensão mensal nos termos requeridos não agride o razoável e nem se mostra injusta, considerando as circunstâncias da causa, notadamente o padrão econômico-social das partes.

IV – O valor eventualmente pago aos advogados criminalistas, na espécie, não são incluídos, por não ser essa despesa obrigatória, mas opcional, sendo apenas facultativa a contratação de assistência de acusação.

V – O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas.

(REsp 183.508/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 10/06/2002) (Negrito não original)

Nesse caso, resta explícito que fora o sentimento de justiça a motivação do decisor para a majoração do valor arbitrado a título de dano moral.

No mesmo diapasão, não parece acertado o entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 240) ao trazer a hipótese onde dois acidentes igualmente graves, causados por dois agentes distintos - onde o primeiro estaria altamente alcoolizado e em desatenção às normas de trânsito, e o segundo em conformidade com as normas. O autor entende que os agentes merecem tratamento distinto.

Ainda segundo o autor, o primeiro caso ensejaria dano moral punitivo, enquanto o segundo não.

É que, embora a gradação da culpa seja evidentemente distinta, em nenhum dos casos a probabilidade de reiteração da conduta está presente. Menos ainda a vantagem econômica do ofensor, tratada pelo próprio autor como requisito à aplicação dos *punitive damages* (ANDRADE, 2009, p. 269 e 270)

.Não há fundamento constitucional que sustente a aplicação do dano moral punitivo no caso posto, constituindo, assim, uma punição arbitrária e sem previsão legal. Como já dito, para condutas de alta reprovabilidade social, existe a pena do direito criminal.

Existem, ainda, magistrados que aplicam os *punitive damages* a partir da gravidade da lesão sofrida pelo ofendido. Nesse sentido, cumpre gizar o seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE DE PAI E AVÓS. **LESÕES CORPORAIS GRAVES NOS SOBREVIVENTES**. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

1. Considerados os critérios jurisprudenciais, pautados pela moderação, proporcionalidade e razoabilidade, e avaliadas as condições pessoais e econômicas das partes, **e a imensa gravidade da lesão no caso concreto, o dano moral deve ser redimensionado no patamar máximo fixado**, em regra, pelos mais recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a saber, o valor em moeda corrente correspondente a 1.000 salários-mínimos para a vítima que perdeu os dois genitores e teve importante lesão na mão. Fixada a quantia correspondente a 500 salários-mínimos para a sua filha menor que sofreu traumatismo craniano com sequelas irreparáveis. Arbitrado em favor da mãe da menor, também vítima do acidente, indenização no valor em moeda corrente correspondente a 200 salários mínimos, tendo em vista a circunstância de haver ela sofrido dano estético na face e tido que conviver com o dissabor, a preocupação e a necessidade de cuidados permanentes a serem dispensados a sua filha que contava com apenas 4 anos na data do acidente. Quantia que afasta a

alegação de enriquecimento indevido dos ofendidos e, também, estimula a adoção, pela recorrente, de práticas efetivas visando à prevenção de acidentes rodoviários.

2. "Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso" (Súmula n. 54 do STJ).

3. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral (Súmula 362 do STJ).

4. Recurso especial parcialmente provido. Em consequência, prejudicada a MC nº 16841.

(REsp 1.127.484/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/03/2011, DJ 23/03/2011) (Negrito não original)

Vê-se, nesse contexto, os riscos decorrentes desse alto grau de discricionariedade conferido ao magistrado, que, na melhor das intenções, muitas vezes se vale dos *punitive damages* de maneira equivocada.

Embora a busca seja sempre pela Justiça, em sua concepção platônica, tal utilização desvirtua o instituto, sendo ele utilizado para efetivar uma verdadeira vingança pública.

5.5.1.1 Questões processuais – breves comentários sobre ampla defesa, contraditório e devido processo legal

A jurisprudência nacional, ao aplicar os *punitive damages*, muitas vezes se referem a ele no acórdão com a expressão “caráter pedagógico do dano moral”.

A utilização da expressão supra muitas vezes é a única justificativa para a majoração da indenização.

Como exemplo, o voto da Min. Nancy Andriahi:

Direito empresarial. Dano moral. Divulgação ao mercado, por pessoa jurídica, de informações desabonadoras a respeito de sua concorrente. Comprovados danos de imagem causados à empresa lesada. Dano moral configurado. Fixação em patamar adequado pelo Tribunal a quo. Manutenção. - Para estabelecer a indenização por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa do autor da ofensa; efeitos do dano, inclusive no que diz respeito às repercussões do fato. - Na hipótese em que se divulga ao mercado informação desabonadora a respeito de empresa-concorrente, gerando-se desconfiança geral da clientela, agrava-se a culpa do causador do dano, que resta beneficiado pela lesão que ele próprio provocou. **Isso justifica o aumento da indenização fixada, de modo a incrementar o seu caráter pedagógico, prevenindo-se a repetição da conduta.** - O montante fixado pelo Tribunal 'a quo', em R\$ 400.000,00, mostra-se adequado e não merece revisão. Recurso especial não conhecido.

(REsp 883.630/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 18/02/2009) (Negrito não original)

Embora não seja o foco desta pesquisa, não se pode passar ao largo do flagrante desrespeito à ampla defesa e ao contraditório constatados em acórdãos como o ora colacionado.

É que, enquanto nos Estados Unidos da América, o julgamento dos *vindictive damages* se dá, na maioria dos estados, em apartado, mediante júri, no Brasil, os magistrados sequer diferenciam o valor que fora arbitrado a título de *compensatory* ou de *punitive damages*.

Esta prática prejudica sobremaneira a defesa, caso esta tencione reformar o *decisum* quanto ao valor arbitrado.

Não poderá, a parte sucumbente, recorrer somente do valor arbitrado em *punitive damages*, posto que não saberá o seu exato montante. Não poderá, também, analisar a fundo a desproporcionalidade do valor arbitrado, já que não saberá quanto o é. (BORGES, 2010, p. 445)

Demonstra-se, portanto, a necessidade de reanálise sobre o tema, a fim de que não se obste de maneira equivocada o devido processo legal, e, mais precisamente, a ampla defesa e o contraditório.

5.5.2 Adequação ao *Civil Law*

A fim de melhor analisar os requisitos indispensáveis à correta aplicação dos *punitive damages* em nosso ordenamento, faz-se necessária a análise dos pontos divergentes e convergentes entre o nosso ordenamento e o dano moral punitivo como é concebido em sua origem anglo-saxã.

5.5.2.1 Pontos Convergentes

O dano punitivo traz, em seu bojo, a ideia de desestímulo. Esse aspecto, como já dito, é inerente a qualquer espécie de sanção.

Assim, a majoração punitiva da indenização enquanto técnica, é perfeitamente compatível com qualquer ordenamento que não tenha abolido a sanção penal.

Adriano Stanley Rocha Souza (2009, p. 260) ensina que os *punitive damages* são pautas em questões bastante pragmáticas. Decorre da existência de um dano, e visa punir o autor e desestimular a repetição da conduta, sendo, portanto, uma técnica de dissuasão.

Cumprir frisar, inclusive, que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.960/2002, que visa inserir no art. 944 do Código Civil o seguinte texto: “§2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”. (BERNARDO, 2005, p. 176).

Esta observação, ainda que *de lege ferenda*, demonstra uma iniciativa do nosso legislador no sentido de positivar a figura dos *punitive damages*, o que demonstra a adequação do instituto ao nosso ordenamento.

Destarte, não há qualquer divergência ontológica fundamental entre o nosso sistema jurídico, majoritariamente de *common law*, e o dano punitivo, sendo o seu maior empecilho o (necessário) formalismo legal.

Com isso não se quer dizer que a previsão legal seja irrelevante. Ao contrário: importa sobremaneira. Entretanto, sendo esta a única divergência, resta demonstrada a total aptidão do instituto em comento com o nosso sistema.

Ou seja, os *punitive damages*, enquanto técnica, são totalmente consonantes com o ordenamento brasileiro.

Muitos autores trazem à baila a ideia de que os *punitive damages* malferem os princípios constitucionais do *ne bis in idem* e da *nulla poena sine lege*.

Sobre o primeiro instituto, que veda o *bis in idem*, cumpre, *a priori*, esclarecer o conceito do instituto.

O princípio da vedação do *bis in idem* impede a dupla punição sobre a mesma conduta.

Entretanto, este princípio deve ser entendido em conjunto com o princípio da independência das instâncias, segundo o qual o mesmo indivíduo pode ser punido pelo mesmo ato mais de uma vez, desde que em esferas distintas.

Sobre o tema, José Armando da Costa (2008, p. 1), utilizando o exemplo do servidor público que comete ato ilícito, ensina que este agente pode – e deve – ser punido nas esferas civil, penal e administrativa.

Pode-se utilizar como exemplo, ainda, o indivíduo que, em desatenção às normas de trânsito, atropela e mata uma pessoa. Este indivíduo, além de estar obrigado a ressarcir a vítima pela condenação civil, poderá ser penalizado nas esferas penal e administrativa, sem que ocorra, com isso, *bis in idem*.

Cumprido repisar, ainda, o já citado inciso XXXV do art. 5º da CF/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. Nesse ponto, conforme defende Marinoni (2003, p. 33), já citado alhures, pode-se fundamentar os *punitive damages*, observando esta cláusula geral.

5.5.2.2 Pontos divergentes

Questão mais dificultosa é aquela que se refere à proibição da aplicação de pena sem lei prévia.

Conforme já mencionado, para afastar o princípio constitucional em voga, é necessário trazer outro princípio para que se faça uma ponderação de interesses, cujo regramento fora apresentado no tópico “4.4.4.2 *Excepcionalidade da sanção punitiva*” nas palavras de Robert Alexy.

Para que haja uma correta aplicação no nosso ordenamento, deve-se definir um fato gerador compatível.

Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 55) entende que no sistema de *common law* é indicado que esta definição seja feita *ex lege*. Ou seja, deve-se criar uma *fattispecie* contendo as condutas passíveis de aplicação de *punitive damages*.

É sabido, contudo, que a partir do neoconstitucionalismo, no qual se insere a nossa CF/88, os princípios constitucionais adquiriram *status* de norma, e não mero programa, tendo aplicabilidade plena, tanto vertical quanto horizontal.

Segundo Thiago Bomfim (2008, p. 62-63), tendo como paradigma os estudos de Paulo Bonavides, a doutrina contemporânea é uníssona ao reconhecer a

normatividade dos princípios constitucionais. São admitidas, nessa esteira, as eficácias negativa e positiva dos princípios, que são vinculantes, obrigam, e tem força de norma.

Não existe direito absoluto, e nessa máxima inclui a garantia de lei prévia para imposição de pena.

Assim sendo, é plenamente possível invocar um princípio no caso concreto para que o magistrado, a partir de um juízo de valor, afaste uma norma (regra ou princípio), entendendo ser vantajosa a prevalência do princípio proposto naquele caso.

Justamente em função dessa normatividade dos princípios, não se pode tão somente desconsiderar o princípio da *nulla poena sine lege* e aplicar os *punitive damages* indiscriminadamente, sem uma justificativa jurídica para tanto.

Até que haja uma positivação do instituto, é inequívoca a necessidade de que a técnica do dano moral punitivo (teoria do desestímulo) seja revestida por um fundamento principiológico, a fim de que, a partir de uma ponderação, seja possível afastar de forma legítima o princípio que prevê a necessidade de lei prévia para a aplicação de pena.

Consiste, a utilização dos *punitive damages*, em exemplo de ativismo judicial, visando o a concreção de princípios constitucionais, como, por exemplo, o quanto previsto no art. 3º, I da CF/88⁷.

5.5.3 Requisitos

Para traçar os requisitos do dano moral punitivo, deve-se, antes, relembrar a sua finalidade em nosso ordenamento.

Fora visto acima que o dano punitivo deve ser utilizado com finalidade unicamente dissuasiva, sendo a punição um mero instrumento, um meio para a consecução dessa dissuasão, e não um fim *per si*, diferentemente das sanções oriundas do direito penal, onde a retribuição é uma das finalidades.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Visto isso, deve-se definir o que será objeto desta dissuasão. Em quais casos nosso ordenamento deve admitir a majoração da indenização com a finalidade de punição dissuasiva do agente.

5.5.3.1 Probabilidade de repetição da conduta

Nesse esteio, ao analisar, em abstrato, a quais condutas se deve imputar dano punitivo, mister se faz mensurar a probabilidade da repetição daquela conduta ofensiva, seja pelo próprio agente ou pelos demais jurisdicionados.

Suponha-se que, numa discussão banal de trânsito, um sujeito saque uma arma e atire contra outro, ferindo-o gravemente e evadindo-se do local, abandonando a vítima à morte.

Num primeiro momento, esta cena parece ser plenamente adequada à aplicação do dano punitivo, posto se tratar de uma conduta de alta reprovabilidade social e com consequência gravíssima. É nesse sentido que tende a seguir ser humano em seu íntimo, na busca do justo.

Entretanto, não se pode perder de vista que a retribuição para esta conduta já é prevista na legislação penal, não havendo qualquer previsão na seara cível. Assim sendo, o juiz, ao analisar o caso, não deve majorar a indenização meramente pelo seu sentimento interior de justiça, devendo se ater à técnica, sob pena de imputar ao agente punição excessiva.

Ora, no caso em tela, a reiteração da conduta é extremamente improvável. As chances de essa situação ocorrer novamente são desconsideráveis, e, no mesmo sentido, a majoração da indenização não parece ser meio eficaz à dissuadir o indivíduo, posto que, em ocasiões como essa, a conduta é passional e desprovida de razão.

É nesse cenário que a *probabilidade de reiteração da conduta* surge como requisito à aplicação do dano punitivo no nosso ordenamento.

Esse requisito, como já fora dito, é reflexo da finalidade dissuasiva dos *punitive damages*. Ou seja, se a intenção é dissuadir, é necessário que haja uma conduta

que enseje dissuasão, e, para tanto, esta conduta deve trazer uma razoável probabilidade de reiteração.

Como exemplo, pode-se imaginar a empresa que, ao receber a negativa de uma celebridade para participar de um comercial, utiliza a sua imagem indevidamente, assumindo, de antemão, os custos com danos morais e materiais de um eventual processo judicial (BORGES, 2010, p. 449).

Nessa hipótese, caso a indenização seja restrita aos *compensatory damages*, o juiz irá arbitrar o *quantum* no valor aproximado da remuneração daquela celebridade caso ela aceitasse a proposta, acrescido de um valor previsível a título de danos morais.

Ou seja, no fim das contas, a empresa estaria cometendo um ato ilícito, mas colhendo os frutos que deseja deste ato. Seria análogo à própria assinatura de um contrato de cessão de imagem, outrora negado.

Logo, para impor um efeito dissuasivo sobre o agente ofensor – e, por conseguinte, sobre os demais jurisdicionados –, o magistrado poderá (ou deverá) arbitrar uma indenização majorada a título de dano moral punitivo, a fim de desestimular nova prática desta conduta, seja pela mesma empresa, seja por outra qualquer.

Neste contexto, por mais reprovável que seja a conduta ofensiva, e por mais lucro que ela venha a gerar, a impossibilidade de repeti-la torna inócua a proposta dissuasiva do dano moral punitivo, visto que não haverá o que desestimular. Assim sendo, torna-se ilegítima a aplicação dos *punitive damages* nos casos onde a repetição – pelo mesmo agente ou por terceiro – da conduta é improvável.

Sobre a importância do requisito em comento, André Gustavo Corrêa de Andrade (2008, p. 14) ensina que “a função preventiva constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva.”, e acresce: “A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória.”.

Logo, faz-se mister repisar, por fim, que, sendo impossível a repetição do evento danoso por parte do agente ofensor, é também impossível que se imponha *exemplary damages*.

5.5.3.2 Existência de dano moral

A *existência de dano moral* é, também, requisito para aplicação dos *punitive damages*. É que, no nosso ordenamento, o dano punitivo surge com o fito de preservar os direitos da personalidade, aparecendo enquanto técnica de majoração da indenização por dano moral. (ANDRADE, 2009, p. 262).

Nada impede, entretanto, que se crie um mecanismo de *punitive damages* arbitrado sobre outra lógica que não a da proteção aos direitos da personalidade. Com efeito, isso não desnaturaria o instituto. Entretanto, na atual conjuntura do nosso ordenamento jurídico, o dano punitivo deve fitar a proteção dos direitos da personalidade, razão pela qual não há dano punitivo sem dano moral.

Foi esse, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VALORES DESVIADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DA CONTA CORRENTE DO DEPOSITANTE. Os danos a serem indenizados pela instituição financeira são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o depositante teve de suportar, mais (+) a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do Código Civil anterior e os juros moratórios a partir da vigência do atual Código Civil na forma do respectivo art. 406. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 447.431/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28/03/2007, DJ 16/08/2007, p. 285) (Negrito não original)

Em seu voto, o Ministro Relator sustentou que “no Brasil, a indenização de perdas e danos não tem função punitiva.” (BORGES, 2010, p. 439)

5.5.3.3 Dolo ou culpa grave

Cass R. Sunstein *et al.* (2002, p. 75) aponta a *culpa (lato sensu) grave* como requisito à aplicação dos *exemplary damages* no ordenamento americano, o que pode ser estendido ao nosso sistema jurídico, sendo este o terceiro requisito.

Segundo o referido autor, para que se possa imputar dano punitivo a um jurisdicionado, não basta que esse agente ofensor tenha agido de maneira

negligência ou imprudente. Não basta que haja um desvio da conduta esperada do *reasonable man* – ou, nos dizeres do autor, uma falha em seguir o “*proper standard of care*” (padrão de cuidado). Deve haver, outrossim, um grave desvio de conduta cujo resultado é o dano.

De outra forma não poderia ser, tendo em vista a própria finalidade do instituto. Se a ideia é a dissuasão, majorar a indenização em casos onde não houve dolo fugiria completamente ao fim ao qual se propõem os *punitive damages*.

Nesse sentido, Best e Barnes (2003, p. 610), ao analisar os casos *Peete v. Blackwelle Shugar v. Guill*, apontam o “*intentional tort*” (em tradução livre, responsabilidade intencional) como um elemento indispensável à aplicação do dano punitivo.

Ora, se a intenção precípua do instituto é a dissuasão, não faz sentido que a punição seja imputada àquele que agiu sem dolo ou culpa grave, ou seja, por um desvio leve de conduta.

5.5.4 Fundamento constitucional

Como visto, a aplicação dos *punitive damages* no Brasil deve ser fundamentada por ponderação, onde algum princípio constitucional deve prevalecer, no caso concreto, em detrimento do princípio da *nulla poena sine lege*.

Nesse contexto, mostra-se imprescindível a existência de um revestimento principiológico para que se legitime os *exemplary damages* na experiência brasileira.

O princípio a ser utilizado, contudo, deve ser arguido atomisticamente, no caso concreto, não cabendo uma definição *a priori*.

Assim sendo, pode-se dizer que o fundamento principiológico-constitucional é um requisito para aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

5.5.4.1 A função social da propriedade e a vantagem econômica do ofensor

O princípio da função social (e econômica) da propriedade, nos dizeres de Eroulths Cortiano Junior (2002, p. 141-145), é responsável não só pelo condicionamento do direito de propriedade, como por um verdadeiro redimensionamento deste direito, que hoje é visto por outra ótica.

A propriedade deve ser condicionada a uma finalidade social, a um fim socialmente útil, não podendo ser instrumento de repressão ou ofensa a direito alheio (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 143-144).

Vê-se que, historicamente, a função social da propriedade vem sendo o principal fundamento através do qual o Estado restringe o direito de propriedade com a finalidade de promover o bem social.

Por essa razão, as condutas que malferem o princípio da função social da propriedade – caso preenchidos os outros requisitos – são hipóteses nítidas de possibilidade de aplicação dos *punitive damages*.

Thiago Carvalho Borges (2010, p. 445), seguindo essa lógica, indica as situações nas quais o agente ofensor dolosamente aufere vantagem econômica com a prática do ato ilícito como situação de flagrante possibilidade de aplicação dos *exemplary damages*.

Seria o já mencionado caso do indivíduo que utiliza comercialmente a imagem de terceiro sem o seu consentimento, e acaba por obter lucro desta prática ilícita, mesmo após indenizar judicialmente o lesado.

Nessa hipótese, os *compensatory damages* se mostram insuficientes, estimulando não só o ofensor, como a própria sociedade a adotar este tipo de prática ilícita.

Os *punitive damages* cumpririam, nesse caso, o papel pedagógico frente à sociedade, e coercitivo frente ao agente, a fim de desestimular a repetição do ato combatido.

Nesse cenário, Matilde Zavala de Gonzalez (*apud* ANDRADE, 2009, p. 269) entende ser a *vantagem econômica do ofensor* requisito indispensável para a aplicação dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro, definindo-o como “a razão de ser” do instituto em comento.

André Gustavo Corrêa de Andrade (2009, p. 269), embora discorde da doutrinadora *suso* esposada, entende que a presença da vantagem econômica do ofensor é motivo bastante à aplicação dos *punitive damages*, sendo dispensados todos os outros requisitos, já que, define o autor, “uma das finalidades da indenização punitiva é a de impedir o lesante de lucrar com o ilícito”.

Entretanto, não parecem razoáveis os entendimentos acima. Não se mostra legítima a aplicação dos *punitive damage*, em qualquer caso, sem que haja, por exemplo, dolo ou culpa grave na conduta do agente ofensor. É que, como já fora repetido à exaustão, se não há o elemento psicológico (dolo ou culpa grave), não há que se falar em dissuasão, que é o norte dos *punitive damages* na sua versão brasileira.

In fine, a obtenção de vantagem econômica a partir do dano ilícito se mostra um bom exemplo de fundamentação da aplicação dos *exemplary damages*. O revestimento constitucional, nessas hipóteses, seria as funções social e econômica da propriedade.

Com base nesses princípios, ao magistrado é autorizado desestimular a prática da conduta lesiva, posto ser o lucro a partir do ilícito ato atentatório contra os princípios em voga. Assim, a partir da ponderação, caberia a majoração da indenização com fito dissuasivo, caso presentes os demais requisitos.

6 CONCLUSÃO

Como visto, a doutrina dos *punitive damages*, no ordenamento jurídico brasileiro, requer uma série de adaptações para que seja aplicada de maneira correta. Por essa razão, faz-se necessário que se formule uma teoria em torno deste instituto, a fim de adequá-lo ao ordenamento pátrio.

É inequívoco o óbice aos *exemplary damages* estabelecido pelo princípio da vedação de pena sem lei prévia, previsto no art. 5º, XXXIX da CF/88. Este princípio é representado por uma norma cogente, e deve ser observado.

Isso porque os *punitive damages*, como visto, são espécie de sanção punitiva civil, assim como diversas outras presentes no próprio Código Civil, logo, submetem-se à previsão *suslo* esposada.

Nesse esteio, a primeira vista, os *punitive damages* se mostram contrários a dispositivo constitucional, ao menos até que haja legislação que os autorize.

Entretanto, essa contrariedade é formal, não havendo incongruência ontológica entre o instituto jurídico e o nosso sistema, ao contrário, por exemplo, da pena de morte, contrária ao sistema jurídico brasileiro pela sua própria natureza.

Os *punitive damages* são uma técnica de desestímulo. Seu fundamento, portanto, pode ser adaptado a depender do ordenamento no qual se insira.

Logo, para que tenha aplicação legítima no Brasil, os *punitive damages* devem ter como pano de fundo um princípio constitucional. Este princípio não deve ser decidido *a priori*, podendo ser eleito no caso concreto, quando da propositura da ação de indenização.

Podem os *punitive damages*, por exemplo, ser utilizados para concretizar o princípio da igualdade material, da busca do pleno emprego, ou qualquer outro previsto na constituição.

Analisando a vantagem econômica do ofensor decorrente da prática dolosa de um ato ilícito, percebe-se que esta traduz uma inequívoca ofensa a um princípio constitucional, qual seja, o da função social da propriedade.

Isso porque a aquisição de lucro a partir de ato ilícito de maneira dolosa significa a busca pelo acréscimo patrimonial em desacordo com as normas regentes de uma sociedade. Portanto, o lucro auferido desta forma não cumpre com sua função social.

Destarte, quando presente a vantagem econômica do ofensor, torna-se mais simples legitimar o cabimento dos *punitive damages*, posto que a majoração da indenização por dano moral surgiria com o intuito de preservar a função social da propriedade.

Não consiste, entretanto, em requisito indispensável, como propõem alguns doutrinadores.

Isso porque os *punitive damages*, enquanto técnica, podem ser utilizados para concretizar qualquer outro princípio constitucional, desde que, no momento da ponderação de bens e interesses, esse princípio tenha motivo suficiente para prevalecer frente à vedação de pena sem lei anterior que a preveja.

A natureza dos *punitive damages* não restringe a sua aplicação às condutas que buscam enriquecimento ilícito, sendo essa tão somente uma das hipóteses nas quais os *punitive damages* podem incidir de maneira legítima.

Por essa razão, quando a vantagem econômica do ofensor é elemento de um suporte fático, já se encontra preenchido o requisito do revestimento constitucional. De modo que, vislumbrando-se os demais requisitos, que são o dolo ou culpa grave e probabilidade de repetição da conduta – seja pelo mesmo agente, seja por outros jurisdicionados –, resta legítima a aplicação dos *punitive damages* com o intuito dissuasivo (que lhe é precípua) no ordenamento jurídico brasileiro.

Ex positis, conclui-se dizer que a vantagem econômica do ofensor não é um requisito indispensável, mas, quando presente, indica que a conduta ilícita descumpriu princípio constitucional: o da função social da propriedade, sendo autorizada a aplicação dos *punitive damages*, se presentes os demais requisitos, para salvaguardar este princípio constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Fundamentos Constitucionais da Responsabilidade Civil. **Revista Fórum de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, n. 1, p. 189-195.
- ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-304.
- ALMEIDA, Caio. Culpa grave e dolo. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo: Escala, 2012, n. 68, p. 36-37.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. **Indenização Punitiva**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136. Publicado em 2008.
- BARBOSA, Mário de Figueiredo. Atos Ilícitos no Código Civil Vigente. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**. Salvador: Eud, 2006/2007, n. 14, p.89-100.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: Critérios de Fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BEST, Arthur; BARNES, David W.. **Basic Tort Law: Cases, Statues and Problems**. New York: Aspen Publishers, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os Princípios Constitucionais e sua Força Normativa: Análise da Prática Jurisprudencial**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BORGES, Thiago Carvalho. Danos Punitivos: Hipóteses de Aplicação no Direito Brasileiro. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, v. 2, p. 433-452.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Teoria dos Ilícitos Civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BRASIL. **Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: www.planalto.gov.br. Acessado em: 16 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 246.096. Proc. 5014175-62-2010.4.04.7000. Recorrente: União. Recorrido: Orestes Dilay. Relator: Min. Humberto Martins. DJ 19/02/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201202244931&pv=010000000000&tp=51>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.127.484. Recorrente: Expresso de Prata Cargas Ltda.. Recorrido: Luiz Sidney Bozelli. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. DJ 23/03/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900982108&pv=010000000000&tp=51>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 183.508. Recorrente: Carlos Gustavo Santos Pinto Moreira. Recorrido: os mesmos. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 10/06/2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800556141&pv=010000000000&tp=51>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 334.827. Recorrente: Empresa de Comunicação Três Editorial Ltda.. Recorrido: Sais de Cor Confecções Ltda.. Relator: Min. Honildo Amaral de Mello Castro. DJ 16/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100897605&pv=010000000000&tp=51>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 447.431. Recorrente: Benjamin Cruz Neves. Recorrido: Banco Bandeirantes de Investimentos S/A. Relator: Min. Ari Pargendler. DJ 16/08/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200852318&pv=010000000000&tp=51>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883.630. Recorrente: Renner Sayerlack S/A. Recorrido: Anjo Química do Brasil Ltda.. Relator: Min. Nancy Andrighi. DJ 18/02/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601921577&pv=010000000000&tp=51>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=106503. Acessado em: 22 ago. 2013.

BUNAZAR, Maurício. Taxonomia da Sanção Civil. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo: Síntese, 2012, n. 75, p. 120-126.

CAPPELARI, Récio. **Os Novos Danos à Pessoa na Perspectiva da Repersonificação do Direito**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

CASILLO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

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

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

COSTA, Cláudia Pinheiro da. **Sanção Penal, sua Gênese e Tendências Modernas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COSTA, José Armando da. **Relativa Independência da Instância Disciplinar**. Disponível em: http://www.sspds.ce.gov.br/miniPortal/file_bd?sql=FILE_DOWNLOAD_FIELD_ARQUIVO_DOWNLOAD¶metros=1428&extFile=pdf. Disponibilizado em: 21 de julho de 2008.

DA SILVA, Américo Luís Martins. **Dano Moral e Sua Reparação Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 7.

DUARTE, Vânia Maria do Nascimento. **Analisando a retórica presente na hipálage – uma figura de linguagem**. Disponível em: www.portugues.com.br/redacao/analizando-retorica-presenta-na-hipalage-uma-figura-linguagem.html. Acesso em: 26 out. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LÉVY, Daniel de Andrade. Uma Visão Cultural dos *Punitive Damages*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 45, p. 165-218.

LOIOLA, Eduardo de Andrade Corlett. A Aplicabilidade dos *Punitive Damages* no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Cadernos de Iniciação Científica**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, n. 5, p. 65-91.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **A Cláusula Geral da Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro: Importância e Alcance Jurídicos à Luz de Uma Perspectiva Civil-Constitucional.** 2009. Monografia. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: Individual e Coletiva.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. Responsabilidade Civil por Dano Decorrente da Prática de Ato Ilícito. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo: Malheiros, 2008, n. 149,150, p. 172-186.

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

_____. *Punitive Damages* em Sistema Civilista: Problemas e Perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, 2004, v. 18, p. 45-78.

NORONHA, Fernando. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma, 2003, v. 14, p. 53-78.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência.** 3ª Ed. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **O Ato Ilícito na Teoria Geral do Direito: Elementos para Uma Teoria Geral do Ato Contrário ao Direito.** 2004. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil.** 26ª ed. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.1.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do Punitive Damage nas Ações de Indenização por Dano Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2008. Monografia. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SÁ, Sidnei Boccia Pinto de Oliveira. **Repensando a Função Retributiva da Pena Criminal**. Disponível em: https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/273/repensando%20funcao%20retributiva_Sa.pdf?sequence=1. Acessado em: 12 set. 2013.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Fundamentos da Responsabilidade Civil e Criminal e a Aplicação**. Uberaba: W/S, 2012.

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

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SLERCA, Eduardo. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O Fundamento Jurídico do Dano Moral: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ou *Punitive Damages*?. **Direito Civil: Princípios Jurídicos no Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 255-266.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil Pela Prática de Atos Lícitos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 731, p. 86-90.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; *et al.* ***Punitive Damages: How Juries Decide***. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, v. 1.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. Marcos Históricos Relevantes da História da Responsabilidade Civil. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade; DINNINI, Rogério Ferraz (coord.). **Responsabilidade Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E.; KELLY, Kathryn; PARLETT, David F. **TORTS: Cases and Materials**. 9ª ed. New York: The Foundation Press, Inc., 1994.