



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA BRANDÃO GOMES

**A APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RETROCESSO À
OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Salvador

2017

MARIANA BRANDÃO GOMES

**A APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RETROCESSO À
OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

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. Maurício Requião

Salvador

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA BRANDÃO GOMES

**A APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RETROCESSO À
OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

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, ____/____/ 2017

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais que sempre estiveram presentes, me incentivando no meu curso de graduação e apoiando as minhas escolhas profissionais.

Ao meu irmão, minha avó Liane, e todos os demais membros da família, por estarem sempre ao meu lado e fazerem a vida mais descontraída.

Aos meus colegas de faculdade, por me acompanharem diariamente há quase 5 anos, compartilhando de todas as dificuldades, principalmente àqueles que estiveram comigo desde o início do curso, facilitando a minha rotina e, que se tornaram verdadeiros amigos: Roberta, Flávia, Alice, Daniela, Juliana, Luísa, Luiza, Gabriel, Fernanda e Caio.

Às minhas amigas pessoais que fizeram este momento mais leve, não somente, porém, em especial, a Ana Teresa, pela boa vontade de ceder a sua casa sempre que eu precisei de concentração, e a Ana Raquel e Ana Beatriz, que estão sempre ao meu lado.

Ao meu orientador e amigo, professor Maurício Requião, de quem eu tive a sorte de ser aluna desde o início do curso, e foi uma peça chave para que eu me apaixonasse pelo Direito Civil, que acompanhou o meu crescimento intelectual e profissional durante todo o tempo.

Ao meu chefe e professor Matheus Barreto, pela compreensão e disposição em me ajudar durante esta trajetória da monografia, prezando sempre pelo meu crescimento profissional.

Aos meus colegas de estágio, pela paciência em ouvir as queixas diárias.

Aos funcionários da biblioteca, pelo zelo, disposição e boa vontade, sempre.

À Faculdade Baiana de Direito, como um todo, por expandir os meus horizontes e me fazer perceber que somos sempre capazes, basta esforço e vontade para conquistarmos os nossos objetivos.

Enfim, a todos aqueles que se fizeram presentes e contribuíram de alguma forma para a consecução deste trabalho.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis”.

José de Alencar

RESUMO

A presente pesquisa buscou analisar as controvérsias existentes acerca da possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, estudando o instituto na sua origem, inclusive no que tange aos seus pressupostos, para verificar a compatibilidade com o direito brasileiro, e se a eventual aplicação significaria um retrocesso à objetivação da responsabilidade civil. Para isto, delineou-se um panorama de evolução da responsabilidade civil, notadamente no Brasil, tratando inclusive sobre as diversas incertezas que ainda pairam sobre o terreno dos danos extrapatrimoniais, mesmo que a sua reparabilidade seja prevista de forma expressa pela Constituição Federal. Após isto, se teceu-se considerações relevantes acerca da origem, evolução e forma de aplicação dos *punitive damages* fora do Brasil, tratando-se também sobre as funções que o instrumento busca desempenhar, de punição e dissuasão, que se mostram fortemente necessárias no sistema de responsabilização civil brasileiro. Em seguida, demonstrou-se um pouco sobre como vem ocorrendo a aplicação desta ferramenta nos tribunais brasileiros, muito embora o tema careça de previsão legislativa até o presente momento, passando, por fim, a analisar as principais críticas feitas pela doutrina à aplicação do instituto no direito brasileiro, procurando sempre apresentar mais de uma visão sobre os argumentos apresentados, para que se chegasse à conclusão sobre a possibilidade ou não de aplicação dos *punitive damages* no Brasil e, se isto significaria um retrocesso à objetivação da responsabilidade civil.

Palavras-chave: responsabilidade civil; dano material; dano moral; indenização; reparação; *punitive damages*; indenização punitiva; dissuasão.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal da República
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ANTECEDENTES À INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL	12
2.1 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	16
2.2. CULPA	17
2.2.1 A Culpa Como um Filtro às Reparações- <i>prova diabólica</i>	21
2.2.2 Da Culpa Presumida à Teoria do Risco	23
2.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA	27
2.3.1 A Cláusula Geral de Objetivação da Responsabilidade no Código Civil de 2002	29
2.4 A FUNÇÃO ATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
2.5 A INDENIZABILIDADE DO DANO MORAL	33
2.5.1 Conceitos de dano moral	37
2.5.2 A quantificação do dano moral	44
2.5.3 Critérios e funções	48
3 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	52
3.1 ORIGEM E EXPERIÊNCIA AMERICANA	52
3.2 REQUISITOS	57
3.3 DINÂMICA DE APLICAÇÃO	65
3.3.1 Os <i>punitive damages</i> como pena civil	66
3.3.2 Os <i>punitive damages</i> como vertente pedagógica do dano moral	72
3.4 FUNÇÕES: PUNITIVA x DISSUASIVA/PREVENTIVA	79
3.5 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: O PROBLEMA DA NÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	86
4 PRINCIPAIS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRAISLEIRO	92

4.1 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA- <i>NULLA POENA SINE LEGE</i>	92
4.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO LESADO	101
4.3 OUTRAS CRÍTICAS	113
4.4 NECESSIDADE DE ANÁLISE DA CULPA DO OFENSOR: RETROCESSO À OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL?	120
5 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	129

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a grande controvérsia que ainda existe acerca da aplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro. Diuturnamente depara-se com decisões que ora acolhem o instituto visando coibir práticas abusivas reiteradas, mormente praticadas pelas grandes empresas, ora o rejeitam tomando por base a ausência de previsão legal sobre o assunto.

Todavia, mesmo as decisões que se posicionam a favor da aplicação das indenizações punitivas não são unânimes quanto à fundamentação do porquê, certas vezes analisam a culpa do ofensor, certas vezes acolhem a tese como um desdobramento natural dos danos morais, ou seja, aplicando a responsabilização objetiva do sujeito causador do dano, mesmo no que tange ao caráter repressivo da condenação. Desta forma, cabe fazer uma análise mais aprofundada do objetivo do instituto, dos seus pressupostos, da possibilidade da sua aplicação e de como esta deve se dar.

Releva destacar que, o ordenamento jurídico brasileiro, assim como vários outros, por muito tempo adotou o sistema de responsabilização subjetiva pelos danos causados, no qual, a aferição da culpa do agente causador do dano era requisito essencial para que houvesse efetivamente um dever de indenizar.

No entanto, ao longo do tempo percebeu-se que essa sistemática funcionava em verdade como um obstáculo à efetiva obtenção de reparações civis por danos causados. Isto porque, a noção de culpa era demasiadamente vinculada à moral, a uma noção psicológica de estado anímico do indivíduo, e, somado a isso, as inovações tecnológicas trazidas, notadamente pela Revolução Industrial, faziam com que a vítima do dano tivesse muita dificuldade de comprovar a existência desse elemento subjetivo da outra parte, para que pudesse ser indenizada, configurando a famigerada “prova diabólica”.

Desta forma, essa forte necessidade de demonstração da culpa para embasar o direito à indenização mostrou-se como um filtro rigoroso à obtenção de reparações, dando lugar a muitas injustiças.

Diante deste cenário ficou clara a necessidade de uma mudança no sistema de responsabilização civil, com o fito de melhor e mais simplificada atender às necessidades daqueles que tinham a sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial lesadas, pelo que, caminhou-se à objetivação da responsabilidade civil, que exclui a necessidade de demonstração de culpa para que se configure o dever de indenizar.

Sabe-se que o processo se deu de forma paulatina, inicialmente admitindo hipóteses de culpa presumida, até alcançar as teorias do risco do negócio.

Daí, temos que, atualmente, no Brasil, os elementos necessários e suficientes para a configuração do dever de indenizar são: a existência de uma conduta, um dano ou prejuízo e do nexo de causalidade entre os dois anteriores. Neste sentido inclusive dispõe o artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002.

Ocorre que, diante do modelo econômico capitalista adotado hodiernamente, onde as demandas tendem a ser cada vez mais massificadas, em uma realidade recheada de contratos de adesão, que muitas vezes tendem a proteger demasiadamente os interesses dos grandes agentes econômicos, é comum o desrespeito aos direitos do restante da população, e, muito frequentemente causando danos não só na esfera patrimonial, mas também – e por vezes – principalmente, na esfera moral.

Assim, buscando coibir tais práticas abusivas e reiteradas, as vítimas dos danos vêm buscando ferramentas para além da condenação dos sujeitos causadores do dano a repararem o mero limite do dano causado, mas, além disso, para dissuadi-los de tais práticas lesivas.

De forma que, muitas são as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade do instituto dos *punitive damages* no Brasil, visto que funciona como ferramenta apta a exercer esta necessária função preventiva da realização de danos.

Contudo, faz-se mister destacar que conforme já explanado, a aferição de danos morais no direito brasileiro é objetiva, desvinculada da noção de culpa do agente, basta, portanto, que tenha havido conduta, dano e nexo de causalidade para que reste configurado o dever de reparação.

Todavia o instituto dos *punitive damages*, importado do direito norte-americano tem conotação diversa, na sua aplicação original, de forma que necessita que haja a análise do grau de reprovabilidade da conduta do sujeito causador do dano, nos

remetendo a um possível retorno ao aspecto psicológico da culpa existente no sistema anterior de responsabilidade subjetiva.

Assim, busca-se nesta pesquisa analisar a aplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta as suas formas de apresentação, isto é, da forma que vem sendo aplicado no Brasil – como desdobramento, dupla função ou função pedagógica dos danos morais – e, como no modelo original, ou seja, um instituto autônomo, analisado em separado de eventual indenização por danos extrapatrimoniais, e, daí, verificar se a admissão da aplicação desse instituto conduziria a um retrocesso da responsabilidade civil no que tange à objetivação desta, tendo em vista que as principais vertentes de aplicação dos *punitive damages* levam em conta aspectos qualitativos como: a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo ofensor, a existência de dolo ou culpa grave, além de perspectivas quantitativas como a condição econômica do sujeito causador do dano.

Para esclarecer o tema, delinear-se-á um panorama de evolução da responsabilidade civil, inclusive sobre as diversas incertezas que ainda pairam sobre o terreno dos danos extrapatrimoniais, mesmo que a sua indenizabilidade seja prevista de forma expressa pela Constituição Federal da República. Após isto, se tecerá considerações relevantes acerca da origem, evolução e forma de aplicação dos *punitive damages* fora do Brasil, tratando-se também sobre as funções que o instrumento busca desempenhar, de punição e dissuasão, que se mostram fortemente necessárias no sistema de responsabilização civil brasileiro.

Em seguida, demonstrar-se-á um pouco sobre como vem ocorrendo a aplicação desta ferramenta nos tribunais brasileiros, muito embora o tema careça de previsão legislativa até o presente momento, passando, por fim, a analisar as principais críticas feitas pela doutrina à aplicação do instituto no direito brasileiro, procurando sempre apresentar mais de uma visão sobre os argumentos apresentados, para que se chegue à conclusão sobre a possibilidade ou não de aplicação dos *punitive damages* no Brasil e, se isto significaria um retrocesso à objetivação da responsabilidade civil.

Para entender o objetivo desta pesquisa, no entanto, é importante ter em mente que a responsabilidade civil é um instituto que está a serviço da sociedade, devendo ser dotado de fluidez e evoluir em conjunto com as mudanças históricas para que continue a atender satisfatoriamente aos anseios sociais e não se torne obsoleto.

2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ANTECEDENTES À INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

Inicialmente, é necessário esclarecer, em linhas breves, como se deu a evolução da responsabilidade civil, discutindo acerca dos modelos de responsabilização adotados, notadamente, no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-os ao contexto social de cada momento histórico e demonstrando como as evoluções da sociedade são capazes de acentuar as falhas dos institutos jurídicos, que precisam ser dinâmicos e se amoldar, evoluindo conjuntamente com as mudanças sociais para atender às demandas.

Neste sentido, o caminho percorrido pela responsabilidade civil já comportou diferentes modelos de imputação de responsabilidade, que, com o passar do tempo foram se mostrando insuficientes, e necessitando de modificações para melhor atender aos anseios sociais, como se passa a demonstrar.

Nos primórdios, a ideia de responsabilidade era associada a uma ideia de punição, de vingança privada – *vendeta* – uma vez que não havia ainda a concentração do poder punitivo no Estado¹.

Assim, “na ausência de um poder central, a *vendeta* era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia”.²

Com a evolução das sociedades e a organização existente, o Estado tomou para si esse papel, mas os traços da ideia de vingança permaneceram enraizados, como se observa da Lei do Talião “que manteve a ideia de retaliação do ofendido contra o ofensor, com certa intervenção reguladora da autoridade pública no procedimento a ser seguido pelo particular.”³

¹ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 12.

² CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 27.

³ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. *Op.cit.*, 2016, p. 12.

Neste contexto, a pena era resumida a um sentimento de retribuição, permanecendo os danos causados sem a devida reparação, desde que o ofensor “sentisse na pele” o mal que causou.

Posteriormente ao tempo da *vendeta* veio o período da composição, no qual, a pena que até então tinha assumido um viés meramente corporal passa a adquirir caráter patrimonial, tendo o ofensor direito ao perdão do ofendido, uma vez cumprida a composição fixada pela autoridade Estatal para aquele determinado caso, vedada a partir deste momento a vingança feita com as próprias mãos. Isto porque, o que se percebeu foi que o efeito gerado pela vingança privada era exatamente o oposto da ideia de reparação, uma vez que importava na duplicação do dano: de onde tinha um, passava-se a ter dois lesados⁴.

Na época, não havia distinção entre o juízo penal e cível, na Lei das XII Tábuas existia o sistema de tarifação das penas, de forma que para um certo fato ocorrido existia uma pena correspondente que atingia o ofensor no seu patrimônio.⁵

Neste sentido, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Alvino Lima⁶:

A este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.

Somente a partir da distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados é que – paulatinamente – começa-se a diferenciar a pena da restituição⁷. “É neste momento que começa a ser cunhada a concepção moderna de responsabilidade civil – a imposição de um dever de reparar um dano causado com o patrimônio do ofensor e suficiente à recomposição do prejuízo da vítima”⁸.

Outro marco importante na evolução da responsabilidade civil se deu com a *Lex Aquilia*, que trouxe como grande avanço a substituição das multas fixas por uma pena

⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Renovar. 2006. p. 26/27.

⁵ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 14.

⁶ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 27.

⁷ DIAS, José de Aguiar. *Op.cit.*, 2006, p. 27.

⁸ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. *Op.cit.*, 2016, p. 14.

proporcional ao dano causado, além de ter consagrado o elemento culpa, antes inexistente, dando força à dissociação das responsabilidades civil e penal⁹.

A *Lex Aquilia* era subdivida em três capítulos, dos quais, o terceiro demanda um olhar especial por tratar do *damnum injuria datum*, que compreendia as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas¹⁰.

Ou seja, esse capítulo da Lei Aquiliana nada mais previa – em verdade – do que o dever de indenizar aquele indivíduo que sofreu um dano decorrente de ato ilícito.

Contudo, foi função dos pretores romanos dilatar o campo de aplicação desse capítulo de forma que, como ressalta Heitor Baptista de Almeida Castro¹¹, na sua dissertação de pós-graduação em Direito Civil:

O desenvolvimento e amadurecimento da *Lex Aquilia* através do trabalho decisivo dos jurisconsultos levou à extensão dos direitos decorrentes da lei não apenas aos cidadãos romanos, como também conduziu a interpretação da palavra injuria como correspondente a culpa. Não bastava uma conduta contrária à lei, mas, sim, que essa conduta fosse culposa. O particular lesado tinha à sua disposição a ação aquiliana (*actio legis aquiliae*) para exigência da reparação do prejuízo sofrido.

Assim, acerca de todo este panorama histórico, apesar de longa, é válida a lição do Professor Alvino Lima¹²:

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de direito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o medo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva de vingança; o caráter penal da ação da lei Aquilia, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.

⁹ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 26/27.

¹⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 28.

¹¹ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 16.

¹² LIMA, Alvino. *Op.cit.*, 2006, p. 26/27.

Desta forma, a ideia de abstração da noção de pena para incorporar a ideia de reparação de danos foi trazida pelo Código Civil de Napoleão, que influenciou as mais diversas legislações ao redor do mundo, inclusive o Código Civil de 1916.¹³

No entanto, esse modelo de regras “neutras e assépticas”¹⁴ atendeu ao contexto da época, em que a ausência de obstáculos para o exercício das atividades econômicas era necessária, havendo, portanto, uma intervenção mínima do Estado na autonomia privada dos particulares.

Porém, como destacam Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Netto¹⁵ “se esse estatuto monolítico da responsabilidade civil se prestou aos desafios da modernidade, tornou-se insuficiente para atender aos desígnios da contemporaneidade”.

É certo que, a teoria subjetiva da responsabilidade adotada no Código de Napoleão se configurava como um filtro à reparação de lesões causadas na prática do comércio, tendo em vista a dificuldade de provar a culpa do agente, e, por outro lado, servia ao desiderato social, sendo totalmente adequada ao contexto do seu tempo.¹⁶

Todavia, com a passagem do tempo e a própria complexificação das relações sociais trazida pelos avanços tecnológicos, notadamente à época da Revolução Industrial, esse tradicional modelo de responsabilidade civil subjetiva, pautado na culpa do ofensor deixou de ser útil às demandas, privilegiando uma minoria que desejava se abster das suas responsabilidades, tendo em vista a imensa dificuldade de demonstrar a culpa do sujeito causador do dano, inaugurando a chamada *prova diabólica*, que será analisada de forma mais detida adiante¹⁷.

Neste sentido, como destaca José de Aguiar Dias¹⁸:

Como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema de culpa, nitidamente individualista, evolui para o sistema solidarista de reparação do dano.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 56.

¹⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 32.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁶ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 19.

¹⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 24/25.

Sendo assim, o sistema de responsabilização civil teve de começar a ser repensado, visando atender às novas necessidades, daí se desenvolveram as situações de culpa presumida, a Teoria do Risco até se alcançar a própria responsabilidade objetiva, que prescinde da demonstração da culpa do ofensor para que surja o dever de indenizar, contudo, todos esses institutos serão objeto do presente estudo, em momento oportuno.

2.1 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Consoante demonstrado linhas acima, antigamente a ideia de responsabilidade civil confundia-se com a de responsabilidade penal, e somente a partir da superação da vingança priva e introdução do elemento subjetivo de culpa, positivado no Código de Napoleão – na França – é começou a haver a diferenciação entre pena do ofensor e reparação de danos.

A ideologia liberal foi construída tendo como cerne a ideia da liberdade, assim, com o fito de garantir uma vasta margem de atuação para os particulares, a sistemática da responsabilidade civil moderna foi construída “tendo como elemento fundante da reparação o mau uso dessa valiosa liberdade individual. A culpa, nessa ocasião, é o fundamento nuclear – senão único – da responsabilidade civil.”¹⁹

Assim, a ideia básica da responsabilidade subjetiva é a de que cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet* – de forma que, sempre caberá ao lesado, interessado na obtenção da reparação, provar a culpa do lesante.²⁰

O sistema jurídico brasileiro, inicialmente adotou a teoria subjetivista, conforme se depreende da análise do artigo 159 do Código Civil de 1916²¹, *in verbis*:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade

¹⁹ MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva do Direito brasileiro - Importância e Alcance jurídicos à luz de uma perspectiva Civil- Constitucional.** 2009. Dissertação. Orientadora: Profa. Pastora do Socorro Teixeira Leal (Programa de Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Pará. p. 171.

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 58.

²¹ BRASIL. **Código Civil. Lei nº 3.071/16.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

Ocorre que, ao passo que essa concepção psicológica da culpa serviu como lastro ao dever de ressarcir, trazendo uma ideia de “moral” ao conceito, por outro lado serviu para focar as atenções do sistema somente no ofensor em detrimento da vítima – e do seu dano sofrido.

Desta forma, muito embora o revogado Código Civil brasileiro tenha feito opção por abraçar a teoria subjetiva da responsabilidade civil, é bem verdade que a responsabilidade objetiva foi se estabelecendo em vários setores de atividades, através de leis especiais.²²

A visão clássica de responsabilidade civil remonta à responsabilidade subjetiva, que tem como pressupostos de configuração quatro elementos: ação ou omissão, dano, nexo causal e culpa.²³

Contudo, dos elementos que caracterizam a teoria subjetiva da responsabilidade civil, o objetivo do presente trabalho nos demanda fazer uma análise pormenorizada da culpa.

2.2 CULPA

Historicamente, a responsabilidade civil tinha certa dependência na responsabilidade penal, conforme já explanado, vez que ambas permeiam a função de punição, a maior diferenciação se deu posteriormente, quando o direito civil concentrou sua atenção no ofendido e não no ofensor, privilegiando a extensão do dano à culpa do ofensor.²⁴

Neste desiderato, a ideia de culpa esteve, durante muito tempo, enraizada no pensamento da responsabilidade, de modo que, “apenas seremos responsabilizados por danos quando evidenciado que o comportamento foi inspirado por uma vontade espontânea, pois se não há ato de vontade, tampouco há responsabilidade.”²⁵

²² VALLER, Wladimir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: E.V. 1995, p. 24.

²³ NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 79.

²⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 159.

²⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

Daí que, existia a necessidade do sujeito lesado provar que aquele que lhe causou um dano poderia ter agido de forma diversa, mas assim não o fez.

Conforme destaca Anderson Schreiber, “durante toda a Idade Média, a influência do direito canônico reforçara este tom de infração moral atribuído à culpa, que chega ao início da Modernidade intensamente influenciada pela ideia de pecado, como consciente violação a um dever de ordem superior.”²⁶

Rui Stoco define a culpa como “o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, eis que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*.”²⁷

No entanto, de acordo com as clássicas lições de Orlando Gomes²⁸, nem toda violação a preceito legal constitui ato ilícito, ainda que viole o direito subjetivo de terceiro. O que faria a violação ser caracterizada como um delito civil é o fato dessa violação ter sido culposa, de forma que, no conceito clássico, a culpa é o elemento do ato ilícito que representa a forma como a ação ou omissão se liga à conduta do lesante, fazendo existir o delito civil.

Seguindo esta linha, para que haja o dever de indenizar, a ofensa tem de ser proposital, ou seja, dolosa – ou – ser resultado da falta de diligência do agente, ou seja, culposa, e além disso, desta conduta culposa *lato sensu* do agente, deve resultar um prejuízo efetivo ao ofendido.

Contudo, o próprio Professor Orlando Gomes reconhece que existe na doutrina tendências de alargamento do conceito de culpa, “com vistas a favorecer as vítimas de danos, que estariam desamparadas, em muitos casos, a prevalecer o conceito clássico.”²⁹

Ademais, consoante explicam Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Netto, antigamente o elemento moral da responsabilidade civil era muito forte, de maneira

²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 14.

²⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 179.

²⁸ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 67.

²⁹ *Ibidem, loc.cit.*

que somente seria possível responsabilizar um indivíduo por um dano quando restasse evidenciado que o comportamento foi fruto de uma vontade específica.³⁰

Todavia, muito embora o início da responsabilidade subjetiva tenha se dado com o conceito de culpa plenamente vinculado à ideia da moral, do agir ético, aos poucos essa análise psicológica da culpa foi perdendo espaço, conforme nos ensina Sílvio Venosa³¹ no fragmento abaixo:

A noção de culpa foi perdendo paulatinamente a compreensão decorrente do *estado de ânimo do agente* para ser entendida como um *erro ou desvio de conduta*. Há, portanto, na atualidade, forte conceito objetivo na própria noção de culpa. O modelo a ser seguido ainda é o do homem médio, o *bonus pater familias* do direito romano. Mesmo esse conceito sofre, evidentemente, gradações conforme a época. O exame desse desvio de conduta implica em verificar e comparar no caso concreto o comportamento que seria normal e aceitável pela sociedade. Não é diferente na área do *Common Law*, que busca o parâmetro do *reasonable man*. Com esse *standard*, evita-se tanto quanto possível o subjetivismo na aferição da culpa. (...). Assim, evanesce enormemente a reprovabilidade da conduta sob o prisma da moral. O agente não é culpado porque agiu desviando-se da moral, mas porque deixou de empregar a diligência social média. A desaprovação cumprirá, quando muito um papel secundário na tipificação da culpabilidade. A conclusão, contudo, de uma conduta razoável do bom pai de família flutua no tempo e no espaço e não pode assumir conclusões dogmáticas.

Assim, a doutrina passou a desenvolver teorias em várias direções, buscando amparar um maior número de vítimas de danos que restavam desprotegidas em função da noção de responsabilidade fundada na culpa.³²

Esclareça-se ainda, que existe uma classificação que leva em conta a gradação da culpa em grave, leve e levíssima. Neste ponto, adota-se um padrão comportamental de referência, o clássico *bonus pater familia*, proveniente do Direito Romano, e, a partir daí, é possível diferenciar os graus de culpa.³³ A respeito esta distinção é válido o ensinamento abaixo:

Se o agente se comporta levemente, revelando falta de atenção, ou cuidado, que se exige de qualquer pessoa sensata, sua culpa será *grave*. Tão grosseira é a sua negligência, tão inconsiderado o seu procedimento, tão insensata a sua conduta, que chega a ser equiparada à de quem age com *animus injuriandi*. A culpa é leve quando o agente não se conduz com a negligência habitual do *bom pai de família*, isto é, do homem probo, reto, cuidadoso, prudente, ou seja, como dito em outra obra, a imagem da perfeição doméstica projetada na sociedade civil. Finalmente, diz-se *levíssima* a culpa quando é mínimo o desvio do comportamento. Só uma

³⁰ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 159.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 28.

³² GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 68.

³³ *Ibidem*, p. 71.

peessoa altamente diligente não teria praticado o ato em iguais circunstancias. Objetiva-se, por conseguinte, na omissão de cuidado que teria diligentíssimo *pai de família*.³⁴

Inobstante, o legislador brasileiro, no Código Civil de 2002 optou pela teoria da unidade da responsabilidade civil, pois estabelece no seu artigo 944³⁵ que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

No mesmo viés, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Netto afirmam que essa discussão já restou superada, principalmente em virtude da passagem de um perfil de culpa eminentemente psicológico – fundado na moral – para uma culpa objetiva, de dimensão normativa, “na qual ela passa a ser identificada não mais como o estado anímico do agente, mas como um erro de conduta, abstrata e objetivamente confrontado com comportamentos médios de comportamento e diligência social.”³⁶

A noção de culpa, no direito civil moderno, revela-se através da trilogia: negligência, imprudência e imperícia. Enquanto a primeira se apresenta quando o agente deixa de observar deveres de cuidado, atenção e zelo, a segunda se traduz nas situações de comportamento precipitado, exagerado ou excessivo, e a última se configura na atuação profissional sem o devido domínio da técnica ou ciência.³⁷

Sílvio Venosa³⁸ traz uma exemplificação acerca do assunto, conforme veja-se:

É imprudente, por exemplo, o motorista que atravessa cruzamento preferencial sem efetuar parada prévia em seu veículo ou ali imprime velocidade excessiva. É negligente o motorista que não mantém os freios do veículo em perfeito funcionamento. É imperito aquele que se arvora em dirigir ou operar uma máquina sem os conhecimentos e a habilitação técnica para fazê-lo.

Sendo assim, fica muito claro que o conceito de culpa, seja ele mais psicológico como demonstrado aqui, ou, após certa evolução, mais objetivo, estava arraigado na condição de pressuposto à obtenção de reparações.

³⁴ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 71.

³⁵ BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

³⁶ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 367.

³⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 180.

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 33.

Ocorre que, conforme passa a se demonstrar, essa concepção tornou-se paulatinamente inadequada frente à complexidade das relações trazidas pela modernidade.

2.2.1 A Culpa Como um Filtro às Reparações- *prova diabólica*

A culpa era vista como pressuposto – elemento central – da ideia de responsabilização civil, e exercia, assim, a função de filtro de contenção de pretensões reparatórias, uma vez que, a primeira fase do sistema econômico capitalista demandava a ausência de interferências, visando um livre desenvolvimento das atividades econômicas³⁹.

Assim, ao passo que novas tecnologias foram sendo desenvolvidas, notadamente durante a Revolução Industrial, e as relações interpessoais se tornaram mais complexas, “a associação da conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração conduziu, gradativamente, à modelagem jurisprudencial e doutrinária de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos”⁴⁰.

Deste impasse surgiu a comum expressão “prova diabólica”, tendo em vista que era indispensável que a vítima do dano efetivamente demonstrasse a culpa do sujeito ofensor, para que tivesse acesso a uma compensação pecuniária, o que não era nada fácil.⁴¹

Certas vezes a prova a ser produzida era muito árdua ante as capacidades técnicas dos lesionados, consoante exemplifica Josserand⁴²:

Como poderia o operário que se feriu durante o trabalho demonstrar a culpa do patrão? Como poderia o pedestre colhido por um automóvel, em lugar solitário, à noite, provar, na ausência de testemunhas- supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente- que o carro estava de luzes apagadas e corria com excesso de velocidade? Como poderia o viajante que, durante o trajeto efetuado em estradas de ferro, caiu no leito da linha, provar que os

³⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 159.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade Civil- Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª Edição. São Paulo. Atlas. 2013. p. 16.

⁴¹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Op.cit.*,2015, p. 160 *et seq.*

⁴² JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 86, abr/jun,1941, p. 55.

empregados da estrada foram negligentes no fechamento da porta do carro, à partida da última estação? Impor à vítima ou a seus herdeiros demonstrações desse gênero é o mesmo que lhes recusar qualquer indenização: um direito só é efetivo quando sua prática está assegurada; não ter direito e tê-lo sem o poder de exercer são uma coisa só. A teoria tradicional de responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas: cada vez mais se mostrava insuficiente e perempta.

No mesmo sentido, cumpre trazer à baila a contribuição do professor Alvaro Lima⁴³:

Desta forma, para um aumento assustador de acidentes e para a criação cada vez mais acentuada da impossibilidade de provar a causa dos mesmos ou a culpa dos seus responsáveis, procuraram o legislador e o Juiz uma nova fórmula capaz de se contrapor à desigualdade patente entre a vítima e o agente do fato danoso. Assim agindo, não se procurava arquitetar uma teoria especulativa, filosófica ou abstrata, mas acudir às necessidades imperiosas da vítima, haurindo na própria vida, nas suas manifestações reais, inconfundíveis, brutais, às vezes, a lição dos fatos para a confecção dos preceitos.

Sendo assim, com o intuito de combater as injustiças que estavam sendo geradas em virtude dessa forte exigência da demonstração do elemento subjetivo do sujeito causador do dano para que se configurasse o dever de reparação, foi necessário repensar o modelo de responsabilização civil, por meio de diversas fórmulas, a exemplo da noção de culpa presumida e da admissão da teoria do risco⁴⁴.

Pode-se conceituar a presunção de culpa como uma técnica processual de inversão do ônus da prova. Ou seja, em hipóteses previstas pela lei não mais caberia ao ofensor a hercúlea missão de provar o erro de conduta moralmente imputável ao agente- o brocardo *actori incumbit probatio*-, pois em princípio a demonstração do fato ilícito (antijuridicidade + imputabilidade) já equivaleria a um atestado de culpa. (...) Vale dizer, trata-se de uma presunção relativa de culpa- *juris tantum*-, na qual incumbe ao agente refutar o liame entre o seu comportamento irresponsável e a lesão injusta sofrida pelo ofendido.⁴⁵

Assim, percebe-se que diversos processos técnicos se sucederam no sentido de prezar pela efetividade da responsabilidade civil, para que ela de fato cumprisse a sua função de reparar os lesados pelos danos que sofreram.

Em verdade, pode-se verificar nesse momento uma mudança de ângulo na responsabilidade civil, de modo que as atenções se voltam do ato ilícito para o dano injusto, do lesante para a vítima⁴⁶.

⁴³ LIMA, Alvaro. Situação Atual, no Direito Civil Moderno, das Teorias da Culpa e do Risco. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 83, jul/set, 1940, p. 386.

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 18.

⁴⁵ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 164.

⁴⁶ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva do Direito brasileiro - Importância e Alcance jurídicos à luz de uma perspectiva Civil- Constitucional**. 2009.

Desta forma, a teoria da presunção da culpa e a substituição da ideia de culpa pelo conceito de risco estão inseridos como uma fase de transição no caminho de evolução da responsabilidade subjetiva para a objetiva.⁴⁷

2.2.2 Da Culpa Presumida à Teoria do Risco

A presunção de culpa foi uma das técnicas utilizadas para dar maior flexibilidade à concepção subjetiva da responsabilidade civil ante às necessidades de modificação do sistema para atender aos anseios sociais.

Através da culpa presumida, facilita-se a prova, sem que se modifique o fundamento da responsabilidade, assim, é possível “justificar a aplicação dos preceitos reguladores da responsabilidade extracontratual usando a noção de culpa, mas dispensando sua prova.”⁴⁸ Admitidas as presunções, a ação da vítima para obter indenização fica muito facilitada.

No sistema das presunções legais a tendência é que se alivie a vítima do encargo da prova, por vezes até suprimindo-o, “à dura exigência da culpa provada e efetiva, substitui-se a culpa presumida.”⁴⁹

Consoante destaca Ney Stany Morais Maranhão⁵⁰:

Não durou muito para que o caráter dessa presunção passasse de *juris tantum* para *juris et de jure*, ou seja, que a sua feição assumisse contornos absolutos, inamovíveis, ao ponto de o juiz, no exercício dessa tarefa, presumir de forma tão definitiva a culpa do ofensor que, no frígir dos ovos, a medida equivalia mesmo, na prática, à própria dispensa do fator culpa para fins de reparação civil.

Em verdade, a presunção de culpa significa um “arranhão” no conceito tradicional de culpa, uma vez que não se pode atribuir culpa àquele que não praticou ato algum.

Dissertação. Orientadora: Profa. Pastora do Socorro Teixeira Leal (Programa de Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Pará. p. 173.

⁴⁷ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 166.

⁴⁸ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 73.

⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 80.

⁵⁰ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva do Direito brasileiro - Importância e Alcance jurídicos à luz de uma perspectiva Civil- Constitucional**. 2009. Dissertação. Orientadora: Profa. Pastora do Socorro Teixeira Leal (Programa de Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Pará. p. 174.

Mas, foi a forma encontrada para evoluir aos poucos, considerando que as legislações filiadas à responsabilidade subjetiva aceitam a teoria da culpa presumida.⁵¹

Desta forma, as situações de culpa presumida erma utilizadas⁵² principalmente para fins de justificar a responsabilidade de alguém por fato praticado por outrem, sendo uma responsabilidade indireta. Inclusive, sobre este tema cumpre trazer um fragmento das lições de Orlando Gomes⁵³:

Há culpa *in vigilando* quando a responsabilidade é imputada a quem é obrigado a vigiar a conduta de outrem. Presume-se culpado aquele que se descuroou da vigilância. Trata-se de presunção *juris tantum*, dano que o agente se exonera da responsabilidade, se prova que teria sido impossível evitar o fato danoso. Há culpa *in eligendo* quando a responsabilidade é atribuída a quem escolheu mal- *male electio*- aquele que praticou o ato. (...). Nas duas hipóteses, verdadeiramente, não há culpa, que há de ser por definição, pessoal, mas a lei, presumindo-a, está a admitir, em última análise, casos de responsabilidade nos quais o elemento subjetivo é praticamente dispensado. Contudo, não se pode dizer que são hipóteses de responsabilidade objetiva, pelo menos quando a presunção admite prova em contrário.

No entanto, é possível notar que embora as presunções cumprissem o papel de flexibilizar a obtenção de reparações nos casos específicos trazidos pela legislação por meio da inversão do ônus probatório, é certo que ainda existe a necessidade, neste momento, de apontar um “culpado” para aquele certo dano, não sendo hipóteses de responsabilidade objetiva, ainda.

O grande salto doutrinário no caminho da objetivação da responsabilidade, sem dúvida se deu com o surgimento da Teoria do Risco, conforme se observará dos fundamentos a seguir.

Para tratar deste assunto, que conforme esclarecido alhures, fez parte do caminho de flexibilização da culpa até que se alcançasse o sistema de responsabilização objetiva – que dispensa a aferição da culpa do sujeito causador do dano por completo – é

⁵¹ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 73.

⁵² A título exemplificativo sobre situações que seriam de culpa presumida, mas que hoje são de responsabilidade objetiva, por força de lei, pode-se destacar o artigo 932 e 933 do Código Civil de 2002, *in verbis*: Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. [BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016].

⁵³ GOMES, Orlando. *Op.cit.*, 2011, p. 73/74.

imprescindível tratar sobre a doutrina de Raymond Saleilles e Louis Josserand, autores franceses que tiveram uma sólida contribuição neste ponto.

Saleilles pregava a necessidade de substituir a culpa pela causalidade, sustentando que é mais equitativo que cada um assuma os riscos da sua atividade voluntária e livre, isto é, ele buscava desarticular a culpa em seu viés tradicional e ressaltar os resultados inevitáveis de certas atividades humanas, os “riscos da liberdade”.⁵⁴

José de Aguiar Dias, traz uma síntese do pensamento do autor francês, que merece ser destacada:

A lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. Não poderia proibir aqueles que apenas trazem um si a virtualidade de atos danosos, uma vez que se possa crer fundamentalmente que tais perigos possam ser evitados, à base de prudência e habilidade. Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados de culpa. Entre eles e as vítimas não há equiparação. Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles. Qual seria, então, o critério de imputação do risco? A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco.

No mesmo sentido, face à ideia de culpa tida pela doutrina tradicional, que acabava por fazer com que a vítima de um dano encarasse um ônus probatório extremamente desanimador, Josserand questiona se não seria melhor ir mais longe “abandonando essa noção de culpa, tão desacreditada, para admitir que somos responsáveis, não somente pelos atos culposos, mas pelos nossos atos, pura e simplesmente, desde que tenham causado um dano injusto, anormal.”⁵⁵

Assim, por esta linha de raciocínio, abstrai-se a ideia de culpa, e passa-se a valorizar o risco, de forma que aquele que cria o risco, responde, se for verificado que dos seus atos/atividades foram geradas consequências lesivas a terceiros.

Orlando Gomes, na sua obra “Responsabilidade Civil” atualmente atualizada por Edvaldo Brito, ensina que, para Saleilles, “culpa significa *nexo causal* entre o ato e o dano, confundindo-se com a causalidade”⁵⁶, de forma que a sua ideia era a própria

⁵⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 73 *et seq.*

⁵⁵ *Ibidem*, p. 78 *et seq.*

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 68/69.

negação da culpa. Por isso, inclusive, é considerado como um dos precursores da responsabilidade objetiva.

Neste desiderato, consoante já ventilado anteriormente, a insuficiência da noção de culpa como fundamento primordial da responsabilidade civil se tornou gritante com a frequência dos acidentes de trabalho gerados pela introdução de processos mecânicos nas técnicas de produção, de forma que, “o dogma milenar da responsabilidade baseada na culpa, condicionava meios jurídicos impotentes para satisfazer essa necessidade de segurança.”⁵⁷

A reação para esse fenômeno se manifestou através de diversas formas que Josserand reduz a quatro:

1º) a admissão da existência da culpa mais facilmente; 2º) o reconhecimento das presunções de culpa; 3º) a substituição da culpa pelo risco na determinação da responsabilidade; 4º) a colocação da vítima numa situação mais favorável quanto à prova.⁵⁸

Dessas ideias que surgiram, a mais radical implica em retirar do conceito de responsabilidade civil a ideia de culpa, substituindo o ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, de modo que, “quem quer que crie um *risco* deve suportar as consequências”.⁵⁹

Sendo assim, no momento em que começou a se dissociar totalmente a ideia de responsabilidade da ideia de culpa, através da teoria do risco, o tema passou a comportar dois polos: o objetivo onde reina o risco criado e o subjetivo onde a protagonista é a culpa.

Contudo, faz-se mister salientar que, muito embora tenhamos caminhado por essa estrada de evolução, muitos autores tradicionais, a exemplo de Orlando Gomes⁶⁰ ressaltam que muito embora tenha havido progressos, a teoria objetiva da responsabilidade civil jamais pretendeu tomar o lugar da arraigada teoria subjetiva, de forma que, por mais numerosos que sejam os casos de responsabilidade baseada no risco, continuam a ser exceções no sistema maior da responsabilidade subjetiva.

Neste tocante, Alvino Lima⁶¹ evidencia que as necessidades econômicas do modelo de vida moderno exigiram do legislador a abertura de brechas na concepção clássica

⁵⁷ GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 86.

⁵⁸ *Ibidem*, loc.cit.

⁵⁹ *Ibidem*, loc.cit.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 87.

⁶¹ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 21.

da responsabilidade civil. Contudo, a despeito disso, as duas teorias – subjetiva e objetiva – passam a subsistir como “forças paralelas, convergindo para um mesmo fim”, qual seja, a necessidade de ressarcir danos, protegendo direitos lesados.

2.3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Por tudo que já foi dito até o presente momento, nota-se que, ideia da responsabilidade objetiva não surge por um capricho, no sentido de expurgar os princípios morais do direito, o que acontece é a necessidade de atender a um caos social maior, de forma a focar no risco criado e no nexos de causalidade “para não deixar a vítima inocente sem reparação do mal sofrido pelo criador de uma atividade disseminadora de perigos”.⁶²

Acerca da inegável necessidade de flexibilização do sistema anteriormente existente, para atender os anseios sociais inerentes às relações massificadas e complexas da modernidade, Alvino Lima⁶³ acentua que:

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa, não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara (...). O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas de reparação de perdas. (...) O crescente número de vítimas sofrendo as consequências das atividades do homem, dia a dia mais intensas, no afã de conquistar proventos; o desequilíbrio flagrante entre os “criadores de risco” poderosos e as suas vítimas; os princípios da equidade que se revoltavam contra esta fatalidade jurídica de se impor à vítima inocente, não criadora do fato, o peso excessivo do dano muitas vezes decorrente da atividade exclusiva do agente, vieram-se unir nos demais fatores, fazendo explodir intenso, demolidor, o movimento das novas ideias, que fundamentam a responsabilidade extracontratual tão-somente na relação de causalidade entre o dano e o fato gerador.

Conforme se extrai dos ensinamentos de Flávio Tartuce⁶⁴, “a responsabilidade objetiva, com origem histórica na teoria do risco, representa uma evolução a favor da vítima, visando ao recebimento concreto da indenização”.

Salienta-se que, um fator de extrema relevância para a afirmação da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, se deu com o advento do Código de

⁶² LIMA, Alvino. Situação Atual, no Direito Civil Moderno, das Teorias da Culpa e do Risco. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 83, jul/set, 1940, p. 386.

⁶³ *Idem*. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 115/116.

⁶⁴ TARTUCE, Flávio. A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 50, abr/jun, 2012. p. 94.

Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90⁶⁵, tendo em vista que esta legislação transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor, adotando o sistema da responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, sejam eles decorrentes de fatos do produto ou do serviço.⁶⁶

Diante disto, analisando as legislações brasileiras, pode-se afirmar que, se o Código Civil brasileiro de 1916 era subjetivista, o Código Civil atualmente vigente prestigia a responsabilidade objetiva.

Acerca do panorama aqui traçado, Alvino Lima⁶⁷ nos ensina que:

A teoria dos que, como RIPERT, presos à tradição, arrimados ao princípio moral como fundamento da responsabilidade civil, continuam a ver no conceito clássico da culpa o fundamento da reparação do dano. Para estes tôdas as concepções de culpa fundadas nas presunções *juris et de jure*, na teoria da guarda, ou em culpas hipotéticas, são meros disfarces, “tapa-olhos”, mentiras jurídicas que acobertam as idéias novas.

O que o eminente professor supracitado pretendeu nos mostrar, àquela época em que o seu artigo foi publicado, isto é, anteriormente ao Código Civil de 2002, é que a complexidade das relações que a sociedade atingiu não mais se encaixava naquela “receita de bolo” que pressupunha a obrigação de demonstração da culpa.

O direito surge como uma ferramenta função do ser humano e deve atualizar-se junto com ele, de forma que, o conservadorismo de alguns autores clássicos em aceitar o novo, não lhes levaria a lugar nenhum, não se podia mais “tapar o sol com a peneira”, pois o direito precisa ser útil à sociedade e não uma mera teoria filosófica em plano abstrato⁶⁸.

Desta forma, já sentia-se, naquele período, a necessidade de legislações que positivassem conceitos mais abertos e facilitassem às vítimas a recomposição dos prejuízos por elas sofridos.

Desta maneira, o modelo de responsabilidade subjetiva, que tem como enfoque a prova da culpa, abriu espaço, para o sistema de responsabilidade civil objetiva, que independe do aferimento da culpa do sujeito causador do dano para que reste configurado o dever de indenizar o ofendido.

⁶⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 6.

⁶⁷ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 26 *et seq.*

⁶⁸ *Ibidem, loc.cit.*

Assim, na perspectiva da responsabilidade objetiva o que ocorre é uma exclusão da culpa como pressuposto à responsabilidade civil, sendo desnecessário, portanto a aferição da existência ou não de culpa do ofensor.

Aqui, não importa se o fato é lícito ou ilícito, bastando que um dispositivo legal ou o risco de uma atividade indiquem um fato danoso, e, se presentes a conduta de um agente, um dano causado e o nexo de causalidade unindo os dois anteriores, estará o ofensor responsabilizado pela reparação do dano sofrido pelo lesado.⁶⁹

No entanto, isto não significa dizer que a responsabilidade subjetiva foi banida do nosso ordenamento jurídico, somente que vige um sistema de responsabilidade prevalentemente objetiva, “porque esse é o sistema que foi modelado ao longo do século XX pela Constituição e leis especiais, sem exclusão, todavia, da responsabilidade subjetiva, que terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva.”⁷⁰

2.3.1 A Cláusula Geral de Objetivação da Responsabilidade no Código Civil de 2002

Da análise do Código Civil atualmente vigente no Brasil, é possível perceber a aceitação expressa pela “Teoria do Risco”, no parágrafo único do art. 927⁷¹, no art. 931⁷² e outros, sendo este um fator fundamental à objetivação da responsabilidade civil, conforme destaca Sergio Cavalieri Filho.⁷³

O art. 927, parágrafo único do Código Civil vigente dispõe que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

⁶⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 167.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 6.

⁷¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 nov. 2016].

⁷² Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. [*Ibidem*, *loc.cit.*]

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op.cit.*, 2014. p. 32.

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Não restam dúvidas que atividades de risco levam sim ao dever de indenizar, independentemente de se aferir a culpa como elemento subjetivo do praticante, mas, deve-se refutar a interpretação habitualmente feita no sentido de qualquer atividade gerar riscos, pois, evidentemente, o legislador e referiu a atividades de risco elevado e provável.⁷⁴

Assim, embora haja controvérsia acerca do tema, pode-se afirmar que a responsabilidade civil não está restrita aos casos de ato ilícito, podendo a legislação servir de fundamento para o dever de indenizar “quando a simples atividade desenvolvida pelo agente for capaz de causar danos.”⁷⁵

A este respeito, Marcelo Junqueira Calixto⁷⁶ discorre:

É esta concepção que está subjacente na chamada “teoria do risco criado” e veio a ser expressamente consagrada no art. 927, parágrafo único do diploma civil (...). Trata-se de norma de caráter amplíssimo, podendo ser considerada verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva que se coloca ao lado da já reconhecida cláusula geral de responsabilidade subjetiva expressamente referida no caput do mesmo art. 927.

Pelo exposto, embora a responsabilidade civil seja um dos temas que dá ensejo às maiores discussões no âmbito do Direito Civil, e, mesmo considerando o longo caminho de evolução percorrido até o presente momento, é inegável que o Código Civil Pátrio adota o sistema objetivo de responsabilidade civil em diversos momentos, principalmente no parágrafo único do artigo 927.

2.4 A FUNÇÃO ATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro traz a obrigação de reparar um dano causado, no supramencionado art. 927, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Em contrapartida, o art. 944 da

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 18.

⁷⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. v. 21, jan/mar, 2005, p. 54.

⁷⁶ *Ibidem, loc.cit.*

mesma legislação dispõe da seguinte redação: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Logo, diante da interpretação dos dispositivos acima transcritos, a função da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, será exclusivamente ressarcitória/reparatória, buscando tão somente compensar a lesão sofrida, na sua exata extensão, tendo em vista que o objetivo primordial diante de um dano é estabelecer o *status quo ante*.

Neste sentido, parte da doutrina defende que à vítima “deve ser dispensado, tão somente, o equivalente ao que lhe foi subtraído, de modo que não se pode exigir mais do ofensor a fim de puni-lo ou mesmo de desestimular novas violações.”⁷⁷

Contudo, nem sempre é possível alcançar a tutela específica da obrigação, restabelecendo totalmente as condições anteriores, como nos casos dos danos morais, por exemplo, consoante será melhor explanado adiante, pois este tipo de lesão não tem como ser economicamente mensurada em termos exatos – pela sua própria natureza – somente sendo baseado em critérios de razoabilidade, de forma que, a indenização se mostra cabível para compensar a vítima de alguma forma.

Faz-se mister salientar, no entanto, que esse molde de indenização com viés meramente compensatório não tem mais conseguido atender satisfatoriamente às demandas da sociedade capitalista moderna, que se revela multicultural, pluralista e democrática, onde, existem relações massificadas e repetitivas, de forma que, compete aos juristas superarem os contornos clássicos da responsabilidade civil buscando ampliar esse instituto, que é essencialmente dinâmico, para que possa ser absorvido e compatibilizado com o nosso ordenamento.⁷⁸

Destaca-se que, a indenização meramente compensatória não tem um caráter preventivo e acaba por ser vantajosa aos ofensores contumazes, que muitas vezes insistem na prática das violações por uma questão de custo/benefício, vez que os lucros auferidos com as violações são maiores do que as indenizações pagas em juízo àqueles – poucos, que individualmente – ingressam com uma ação judicial

⁷⁷ VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Da (in)admissibilidade da pena civil pelo Direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 162.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 162/163.

requerendo o que lhe é devido. Sendo então, mais interessante, financeiramente, que esses ofensores perpetuem estas práticas lesivas.⁷⁹

Consoante esclarece Eduardo Augusto Barreto⁸⁰, geralmente as grandes empresas nacionais adotam essa prática de desrespeitar os direitos dos seus funcionários e clientes de forma habitual, pois, calculam que é lucrativo para a companhia, uma vez que, diante da exorbitante quantidade de pessoas lesadas, somente algumas irão a juízo pleitear indenizações, seja por falta de condições para buscar um advogado, seja por desacreditar em uma solução rápida para o conflito – ante à notória morosidade do poder judiciário – seja por simples comodidade, fazendo com que a projeção de lucros e perdas, seja positiva.

Sobre o tema, é válido destacar o dizer de Alexandre Rezende da Silva⁸¹:

A matemática é bastante simples, investir em um novo sistema de cobrança, por exemplo, é mais caro que eventual boicote ou que ouvir as reclamações dos consumidores, mesmo porque, estas raramente atingem a marca da empresa, raros os casos em que reclamações chegam à mídia e menos ainda os que chegam e provocam algum prejuízo sério à empresa. Praticamente não há risco para a empresa. O respeito ao consumidor é fundamental para uma economia de mercado e é provável que os empresários executivos saibam disto, só que, na prática, as decisões são tomadas sem que isto seja levado em conta, prevalecendo o aspecto contábil ou financeiro sobre o ético, talvez em função das pressões a que estas pessoas estão constantemente submetidas.

Logo, diante de práticas abusivas, como as acima descritas, lastreadas na função meramente reparatória da indenização – positivada pelo ordenamento jurídico pátrio – passa a se mostrar necessária a ampliação, no direito brasileiro, das funções da indenização civil, por meio de institutos estrangeiros como os *punitive damages*, trazendo também a função punitiva e dissuasiva para a indenização, de forma a coibir esses desrespeitos.

⁷⁹ VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Da (in)admissibilidade da pena civil pelo Direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 163.

⁸⁰ BARRETO, Eduardo Augusto Viana. **Dano Moral Punitivo**. 2010. Monografia. Orientador: Profa. Diana Perez. (Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil) – Faculdade Baiana de Direito e Escola de Magistrados da Bahia, Salvador, p. 17/18.

⁸¹ SILVA, Alexandre Rezende da *apud* BARRETO, Eduardo Augusto Viana. *Op.cit.*, 2010, p. 18.

2.5 A INDENIZABILIDADE DO DANO MORAL

Antes de adentrar nas particularidades dos *punitive damages*, propriamente ditos, é de suma importância tecer algumas considerações acerca da indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, visto que, embora atualmente a reparação dessa categoria de danos seja uma ideia natural e arraigada, não foi sempre assim. Historicamente, durante muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro, não se entendia possível haver a reparação dos danos morais.

Saliente-se que, parte da doutrina⁸² destaca não haver, no Brasil, razão para distinções terminológicas entre “danos morais” e “danos extrapatrimoniais”, tal qual se faz no Direito Francês, por exemplo, pelo que, por fins didáticos, esta pesquisa segue este entendimento e considera as duas expressões como sinônimas.⁸³

Em passado recente, no Brasil, o dano moral não era indenizável, pois, nesta época, existia um prestígio do patrimônio em detrimento da pessoa, e neste tocante, o Código Civil Alemão serviu como grande influência para que a evolução começasse a ocorrer.⁸⁴

⁸² CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 269.

⁸³ Sobre a controvérsia da denominação, impende destacar o seguinte trecho: “Melhor seria utilizar-se o termo “dano não material” para se referir a lesões do patrimônio imaterial, justamente em contraponto ao termo “dano material”, como duas faces da mesma moeda, que seria o “patrimônio jurídico da pessoa, física ou jurídica. Entretanto, expressões como “dano moral” e “dano extrapatrimonial” encontram ampla receptividade, na doutrina brasileira, como antônimos de “dano material”, estando, portanto, consagradas em diversas obras relevantes sobre o tema, utilizaremos indistintamente as três expressões (dano moral, dano extrapatrimonial e dano não material, sempre no sentido de contraposição ao dano material. [GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 108]. Ademais, transcendendo a discussão entre as terminologias “dano moral” e “dano extrapatrimonial”, apenas, Anderson Schreiber trata sobre a figura dos “Novos Danos”, que apesar de não ser uma discussão essencial ao foco desta pesquisa, vale a pena trazer à baila um breve esclarecimento: “Às figuras mais comuns de dano não patrimonial (dano à integridade psicológica, dano estético, dano à saúde etc.) vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática. Para designá-las, a doutrina de toda parte tem empregado expressões como *novos danos*. (...). Não sendo possível exauri-los, sua indicação tem como utilidade apenas a descrição ilustrativa da amplíssima expansão do dano ressarcível que vem chocando tribunais ao redor do mundo. Tome-se como exemplo inicial a jurisprudência italiana. A *Corte di Cassazione* menciona expressamente “o dano à vida de relação, o dano pela perda de concorrencialidade, o dano por redução da capacidade laboral genérica” e reconhece a ressarcibilidade do chamado “dano sexual”. (...). No Brasil, à parte outras figuras controversas de danos, a jurisprudência tem, mais recentemente, se deparado com inúmeros pedidos de indenização em decorrência de ruptura ou de desenvolvimento insatisfatório de relações familiares. [SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 92/94].

⁸⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Op.cit.*, 2015, p. 258.

Neste sentido, até meados da década de 60, o STF dizia de forma peremptória que “não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”.⁸⁵

Entendia-se que qualquer indenização a título de danos morais se mostraria como contrária à moral e ao Direito, o chamado *pretium doloris* (preço da dor) não era admissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica. Ademais, havia ainda o óbice da dificuldade de se verificar a existência e mensurar a extensão da lesão moral sofrida, pelo que, tanto do ponto de vista moral quanto dos instrumentos disponíveis no Direito, a reparação dos danos extrapatrimoniais se mostrava excessivamente difícil ou impraticável.⁸⁶

Existiam vários argumentos que serviam como objeção à reparabilidade dos danos morais, dentre os quais destacam-se: a efemeridade do dano moral, dificuldade de verificação da existência do dano, a impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral, e a imoralidade da compensação da dor com pecúnia.⁸⁷

Nesta senda, Zulmira Pires de Lima⁸⁸ diz que seriam oito as objeções à reparabilidade do dano extrapatrimonial:

1º Falta de um efeito penoso durável; 2º A incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; 3º A dificuldade de descobrir a existência do dano; 4º A indeterminação do número de pessoas lesadas; 5º A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; 6º A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; 7º O ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz; 8º A impossibilidade jurídica de admitir tal reparação.

Assim, inobstante existissem vários argumentos, o argumento clássico, contra a reparabilidade dos danos morais era a ausência de uma possível equivalência entre o sofrimento e o dinheiro, de modo que, não seria possível valorar pecuniariamente a dor e, portanto, não seria possível indenizá-la.⁸⁹

É curioso, no entanto, que essa objeção clássica – de aparente caráter ético – conduziu, na prática, a injustiças e perplexidades, visto que, por exemplo, no caso

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 11.786**. Rel. Min. Hahnemann Guimarães, DJ 6.10.1952.

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 145/146

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 111/115.

⁸⁸ LIMA, Zulmira Pires de *apud* SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 61.

⁸⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 259.

de um indivíduo ter um animal de sua propriedade morto, receberia, em tese, uma indenização maior do que se tivesse seu filho morto, pois, em relação à pessoa, o Código Civil de 1916 restringia a reparação às despesas do luto e do funeral.⁹⁰

Logo, frente a situações absurdas como a acima narrada, a partir de certo momento se tornou insustentável a tolerância de que os direitos personalíssimos de um indivíduo fossem atingidos e a vítima restasse sem ressarcimento algum, isto criava um desequilíbrio na ordem jurídica “na medida em que estariam presentes o ato ilícito e a lesão de um direito (da personalidade), por um lado, e a impunidade, por outro. ”

Isto porque, embora fosse considerado imoral que o lesado recebesse alguma remuneração pela dor sofrida, o que não se distinguia propriamente, à época, é que não era a dor que estava sendo paga, mas, em verdade, a vítima, que teve a sua esfera extrapatrimonial afetada, que merecia ser (re)compensada pecuniariamente pela lesão.⁹¹

Sobre o tema, Wilson Melo da Silva⁹² já dizia:

A ressarcibilidade jurídica pressupõe a equivalência e onde encontrar-se ela entre quantidades de natureza heterogêneas, insuscetíveis de se reduzirem a um mesmo denominador comum? Haveria, nisso, uma impossibilidade substancial, já que os valores de ordem econômica não se podem amalgamar com os valores de ordem espiritual. Em verdade, qual seria o preço da dor? A dor não tem preço; a dor não se mede. Asco e indignação causaria a qualquer cidadão de consciência não-deformada a só tentativa de valorização do sofrimento ou da tarifação do preço dos mais nobres sentimentos afetivos. (...). Se não se pode compensar a dor com o dinheiro e se imoral é a reparação das lesões aos bens de natureza ideal com bens outros de natureza econômica, justo é, por outro lado, que se deixe sem reparação alguma a dor?

Ressalte-se que, a obra da qual foi extraída o fragmento acima é de 1969, ou seja, 19 anos antes da Constituição Federal de 1988, que foi o primeiro diploma legislativo a prever de forma expressa a indenizabilidade dos danos morais. E, se percebe que, desde aquela época, embora a reparação dos danos extrapatrimoniais fosse considerada imoral, já existia o sentimento de injustiça por deixar o ofensor impune diante de tais situações, restando a vítima irressarcida.

⁹⁰ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 259.

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 146.

⁹² SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2ª ed. São Paulo: Forense. 1969. p. 270/271.

Assim, o cenário começou a mudar em meados da década de 60, quando duas crianças morreram em um acidente de ônibus e a culpa foi atribuída à empresa, porém, como não havia dano material e o dano moral puro não era tido como indenizável, os pais não receberam, a princípio, qualquer indenização. O STF, no entanto, diante deste caso particular deu provimento ao recurso interposto pelos pais e concedeu a indenização por danos morais, proporcional ao valor das despesas que os pais tiveram com os filhos, até a data da morte destes. Nota-se que, embora fosse de algum modo, um avanço, tratava-se, em verdade, de uma indenização por dano material travestida em dano moral, pois o que se estava reparando não era a “dor” pela perda dos filhos, mas os gastos materiais para a criação deles.⁹³

Inclusive, diante deste caso emblemático, supracitado, que marcou o início da reparação por danos morais como uma categoria autônoma, ainda que em contornos tímidos, o STF criou a súmula 491, que diz que “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”⁹⁴

Percebe-se, então, que o avanço notável e sólido somente ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe previsão expressa no artigo 5º, incisos V⁹⁵ e X⁹⁶, acerca da reparação do dano moral, fulminando as hesitações acerca da sua reparabilidade ou não.

É inegável, desta forma, que após a CF/88 o dano moral ou extrapatrimonial é plenamente indenizável, constituindo-se como instituto autônomo, ou seja, que não depende da ocorrência de simultâneos danos patrimoniais decorrentes da mesma

⁹³ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 259.

⁹⁴ BRASIL. **Súmulas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3055>>. Acesso em 01 mai. 2017.

⁹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017].

⁹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [*Ibidem, loc.cit.*].

situação lesiva para que possam ser indenizáveis, como preconiza o próprio artigo 186⁹⁷ do Código Civil.

2.5.1 Conceitos de dano moral

Não obstante tenha sido demonstrado no item anterior que a CF/88 faz menção aos danos morais, assim como o CDC no seu artigo 6º, inciso VI⁹⁸, e o CC/02 no artigo 186, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma previsão legislativa que traga um conceito sobre em que consiste, efetivamente, o dano moral.

Até existe um Projeto de Lei (150/99), do Senador Pedro Simon, que busca conceituar o dano extrapatrimonial da seguinte forma: “Art. 1º Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.”⁹⁹

Todavia, a doutrina¹⁰⁰ entende que o dano moral é categoria cuja construção deve ser fundamentalmente jurisprudencial e doutrinária, apoiada no contributo de gerações sucessivas de juristas, de forma que, sobre esta matéria as leis dizem pouco, e não poderiam dizer muito sem que prejudicassem ou engessassem a natural evolução do instituto.

Assim, embora seja atualmente pacificado que a ofensa moral é indenizável, muita incerteza ainda paira sobre o campo da conceituação do que seria de fato um dano moral. Diante dessa omissão legislativa, portanto, nos cabe, inicialmente, trazer três definições aventuradas pela doutrina, discutidas por Umberto Cassiano Garcia Scramim.¹⁰¹

⁹⁷ 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. [BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017].

⁹⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. [BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 mai. 2017].

⁹⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 260.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 260/261.

¹⁰¹ SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. O Dano Moral e a sua problemática: Quantificação, Função Punitiva e os *Punitive Damages*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 198/199.

O primeiro conceito leva em conta, para definir determinada lesão como dano moral, os efeitos que esta tem sobre o lesado, de modo que, o dano moral consistiria em tristeza, dor, angústia, humilhação, vexame, entre outros. Neste sentido entende Carlos Alberto Bittar, quando afirma que os danos morais “se traduzem em turbação de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou desse nível, produzidas na esfera do lesado”.¹⁰²

Contudo, outra parte da doutrina¹⁰³ entende que o dano moral não se resume a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares, isto porque, o pesar e consternação não passam de sensações subjetivas, e correlacionar o dano extrapatrimonial às sensações de desprazer, raiva e rancor decorrentes da lesão sofrida, acaba por deslegitimar a pretensão de reparação para aqueles indivíduos que são incompetentes para expressar tais manifestações.¹⁰⁴

Assim, tanto Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰⁵ como Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Netto¹⁰⁶ entendem que o desgosto, desprazer, decepção, dissabor, entre outros sentimentos desagradáveis se mostram, em verdade, como uma eventual consequência, um efeito do dano moral, e não como o dano moral em si.

Colaborando com o mesmo raciocínio, o enunciado nº 445 do Conselho da Justiça Federal, proveniente da V Jornada de Direito Civil diz que “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.¹⁰⁷

Sobre o tema, é válida a lição abaixo:

Ora, se alguém é afetado em sua intimidade, o dano moral surgirá objetiva e concretamente no momento em que este bem jurídico existencial é afetado, independentemente da maior ou menor repercussão em termos de dor ou

¹⁰² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 36.

¹⁰³ Capitaneando este entendimento pode-se destacar Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Netto na sua obra **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

¹⁰⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Op.cit.*, 2015, p. 262.

¹⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.cit.*, 2007, p. 131.

¹⁰⁶ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Op.cit.*, 2015, p. 262.

¹⁰⁷ BRASIL. **Enunciados V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

consternação experimentados por cada pessoa que sofra abstratamente a mesma agressão.¹⁰⁸

Desta forma, a diretriz que se defende na presente pesquisa é de que há a possibilidade de se configurar o dano moral sem que haja dor, sofrimento, vexame e humilhação, vez que essas são possíveis consequências daquela violação causada direta ou indiretamente à dignidade do ofendido, mas jamais as causas da violação. Sendo possível, portanto, admitir a configuração do dano moral às vítimas que não são passíveis de detrimento anímico, a exemplo de enfermos mentais, pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças muito novas e outras situações tomentosas, ou seja, àqueles que estão/são desprovidos de capacidade intelectual para sentir dor, sintirem-se humilhados.

O segundo conceito apresentado por Umberto Scramim¹⁰⁹ é aquele que define o dano moral sob um aspecto negativo, distinguindo-o de um caráter patrimonial. Seriam os danos sofridos pelo indivíduo em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, “o conjunto de tudo o que não é suscetível de valoração econômica.”¹¹⁰

Salomão Resedá¹¹¹ explica que “para os adeptos dessa corrente, o prejuízo moral seria exatamente aquele que não fosse taxado como patrimonial (...) origina-se de uma ofensa a direito desprovido de valor econômico”.

Não é este também o conceito mais adequado, pois, conforme explica Maria Helena Diniz, o caráter material ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos do dano, “pois do prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material.”¹¹²

¹⁰⁸ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 262.

¹⁰⁹ SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. O Dano Moral e a sua problemática: Quantificação, Função Punitiva e os *Punitive Damages*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 188/189.

¹¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 155.

¹¹¹ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 128.

¹¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 108.

Na maioria das vezes, inclusive, a mesma lesão gera os dois tipos de danos, daí porque há um problema de identificação do dano moral, vez que geralmente se entrelaça a um prejuízo material que decorreu do mesmo evento danoso.

Ademais, existem inúmeras situações no dia-a-dia que são desprovidas de valor pecuniário e geram somente meros aborrecimentos, não devendo estas serem passíveis de serem configuradas como danos morais, sob pena de banalização do instituto.

Assim, essa segunda conceituação se mostra muito simplória e restrita, além de incompleta.

A terceira e última conceituação diz respeito ao dano moral ser uma lesão a um direito da personalidade, à dignidade humana em si, colocando em ênfase o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹¹³, de forma que, não basta que seja uma ofensa ao “patrimônio ideal”, definido acima, ela deve ser suficientemente grave, a ponto de ser considerada lesiva à dignidade humana como um todo.

Então “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame, sofrimento sem violação da dignidade”.¹¹⁴

Na lição de Anderson Schreiber¹¹⁵, esta última definição de dano moral como ofensa a um atributo da personalidade se concentra sobre o interesse atingido, e não, como nos conceitos anteriores, sobre as eventuais consequências emocionais e subjetivas da lesão.

Ademais, cumpre colacionar a lição de Paulo de Tarso Sanseverino¹¹⁶, que também se identifica com a terceira conceituação oferecida linhas acima:

¹¹³ O mencionado princípio está previsto na CF/88 no artigo 1º, inciso III. Conforme lição de André Gustavo Corrêa de Andrade, sobre o tema: “A dignidade é qualidade ou atributo inerente ao homem, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte dos seus semelhantes.”. [ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 10].

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 107.

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 17.

¹¹⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: Indenização no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 264/265.

A principal virtude dessa concepção substantiva de dano extrapatrimonial é a limitação do alcance do instituto, reservando sua utilização para situações graves, em que tenha ocorrido uma ofensa efetiva a um direito da personalidade. Ressalte-se a nobreza do instituto, cuja aceitação da indenizabilidade, no Brasil e no estrangeiro, é fruto de lenta conquista da comunidade jurídica, devendo-se reservá-lo, por isso para situações efetivamente graves e evitando-se a banalização de sua utilização para meros desconfortos e aborrecimentos, comuns na vida em sociedade, que, embora inequivocamente desagradáveis, devem obter resposta por outros instrumentos jurídicos.

Contudo, a terceira corrente, embora pareça a mais adequada, também não é pacífica, vez que, outros autores¹¹⁷ entendem que resumir o dano extrapatrimonial à noção de ofensa à dignidade da pessoa humana poderá culminar em uma fórmula abstrata e genérica, que não traz segurança jurídica, vez que a dignidade se tornaria uma figura retórica banalizada, capaz de embasar, de forma abrangente, qualquer pretensão à reparação por danos morais.

“Em outras palavras, ao definirmos o dano moral, substituiríamos o subjetivismo da dor e mágoa pelo subjetivismo da dignidade.”¹¹⁸ Não se trataria de um erro, mas de uma incompletude da definição.

Isto porque, existem situações em que, para uma pessoa pode ter havido uma grave violação à sua dignidade, enquanto que, a mesma situação, quando experimentada por outro indivíduo, pode não significar nenhuma ofensa à sua dignidade, pois, cada sujeito é único e tem as suas particularidades.

Além de que, a menção desenfreada à dignidade da pessoa humana representa um perigo à essência do princípio, no sentido de banalizar justamente aquilo que é o cerne do ordenamento, devendo ser um valor fortemente protegido.¹¹⁹

Diante da demonstrada imprecisão conceitual e ausência de unanimidade na doutrina, merecem destaque alguns conceitos oferecidos por autores que tem renome na discussão do tema.

Neste sentido, o conceito oferecido por Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Netto, define o dano moral como “*uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.*”¹²⁰

¹¹⁷ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 264.

¹¹⁸ *Ibidem*, loc.cit.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 265/266.

¹²⁰ *Ibidem*, loc.cit.

Maria Celina¹²¹ afirma que, nem toda situação que enseje sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento ensejará necessariamente a reparação por danos morais, mas tão somente as que forem graves o suficiente para lesar a “dignidade humana em seus diversos substratos materiais (...) quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito.”

A mencionada autora ainda destaca que:

Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de 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 de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhes sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.¹²²

Maria Helena Diniz, por sua vez, conceitua o dano moral como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”.¹²³

A autora ainda subdivide os danos morais em duas categorias, os diretos e os indiretos, estes seriam aqueles que provocam um dano a um interesse não patrimonial, em decorrência de uma lesão em um bem patrimonial, como, por exemplo, perder um anel de noivado. Já aquele, se relaciona com uma lesão a um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, por exemplo, direito à vida, à honra, entre outros.¹²⁴ Wladimir Valler¹²⁵ faz esta mesma diferenciação.

De acordo com Miguel Reale, deve-se distinguir entre os danos morais objetivos que são aqueles que implicam em uma íntima relação com os direitos da personalidade e os danos morais subjetivos que “se correlacionariam com o mal sofrido pela pessoa

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 189.

¹²² *Ibidem*, p. 158.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 106.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 110.

¹²⁵ VALLER, Wladimir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: E.V. 1995, p. 38/39.

em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis”.¹²⁶

Cabe aqui destacar ainda o que leciona Youssef Cahali¹²⁷:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente.

Sérgio Severo¹²⁸, por fim, declara que “o dano extrapatrimonial é a lesão de interesse sem expressão econômica, em contraposição ao dano patrimonial”, e afirma que não se justifica a busca de uma definição concreta acerca dos danos morais, visto que tal concepção implicaria limitação desnecessária ao instituto, que tem por essência, o caráter subjetivo e amplo.

Demonstrou-se claramente, então, que não há uma unanimidade doutrinária acerca da conceituação do dano moral, daí porque a subjetividade do instituto abre espaço a diversas interpretações e, por vezes, usos abrangentes e indevidos. Inclusive, destaca Youssef Said Cahali¹²⁹ que o desenvolvimento tardio do dano moral em nosso direito gerou uma “demanda reprimida, que por vezes tem degenerado em excessos inaceitáveis, com exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto”.

Diante do exposto, explica-se que, a linha seguida por esta pesquisa, entende que o dano moral de fato transcende os meros dissabores cotidianos, sob pena de desvirtuação e banalização do instituto, devendo apenas ser configurado quando houver ofensa a algum dos direitos da personalidade, que são nada menos do que o cerne da existência humana, valores fundamentais e geralmente indisponíveis pelo ser humano, aplicáveis a todos, independentemente da sua condição histórico-social, bem como, quando for atingida a dignidade do sujeito, ressaltando-se, porém, que o princípio da dignidade da pessoa humana não deve usado de forma retórica e banal.

¹²⁶ REALE, Miguel *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 156.

¹²⁷ CAHALI, Youssef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 22/23.

¹²⁸ SEVERO, Sérgio. **Os Danos Extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 43.

¹²⁹ CAHALI, Youssef Said. *Op.cit.*, 2005, p. 22/24.

2.5.2 A quantificação do dano moral

No que tange à tarefa de quantificar os danos morais, de início, cumpre ressaltar que não existem critérios objetivos para a definição de quais situações práticas ensejam compensação por danos morais.

Desta forma, devem os magistrados atuar com extrema cautela antes de enquadrar um determinado fato como merecedor deste tipo de reparação, sob pena de legitimar-se a “indústria do dano moral”, ou seja, que meros aborrecimentos e dissabores, que não têm caráter duradouro a ponto de desestabilizar o equilíbrio psicológico do agente, sejam assim considerados, desencadeando, em verdade, numa fonte de enriquecimento sem causa para o “ofendido”, além de gerar a banalização completa do instituto, que termina por nos trazer de volta a todo o problema inicial da conceituação.

Portanto, diante das inúmeras situações de pedidos de indenizações a título de danos morais, com as quais lida-se no judiciário brasileiro diariamente, deve-se haver uma análise minuciosa, à luz dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade¹³⁰, excluindo da incidência deste instituto os dramatismos exagerados, muito comuns na realidade do Brasil. Deve-se sempre lembrar da essência do instituto, qual seja, a violação a um direito da personalidade, à dignidade do ofendido, para evitar a sua banalização.

É preciso, nesta senda, estabelecer uma premissa, qual seja, de que a reparação é um gênero, no qual se inclui a compensação dos danos morais e a indenização dos danos patrimoniais,¹³¹ vez que aqueles não podem ser propriamente indenizados, retornando ao *status quo ante*, como acontece nos danos materiais, mas somente compensados, numa tentativa de diminuir os danos psicológicos causados.

¹³⁰ Sobre o tema: “A razoabilidade ou proporcionalidade ampla, é um importante princípio constitucional que limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, vedando que seus órgãos ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.” [JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Bahia: Juspodivm. 2013. p. 222/223].

¹³¹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 274.

No dano extrapatrimonial, não há uma diminuição material que possa ser dimensionada de forma objetiva, em dinheiro¹³², daí porque fala-se em compensação e não em indenização correspondente ao dano.

Assim, diante da impossibilidade de esvair o ataque à dignidade por uma reposição patrimonial, a função reparatória da responsabilidade civil busca reduzir os efeitos do dano, “mediante a imposição ao ofensor de uma quantia que significará uma satisfação compensatória. Esta é a forma mais decente que o direito encontrou para solucionar o insolucionável”.¹³³

Falar sobre quantificação do dano moral é buscar uma mensuração para o imensurável, daí porque não é uma tarefa fácil e não existem critérios pacíficos na doutrina sobre como esse processo deve ser feito, apenas diversas opiniões.

Alguns autores¹³⁴ afirmam que diante da omissão legislativa sobre o tema, devemos partir da interpretação do artigo 944 do CC/02 que determina que “a indenização mede-se pela extensão dano”.

Embora esta norma tenha sido pensada para o caso dos danos materiais, visto que fala em “indenização” e não em “compensação”, pode-se utilizá-la na seara dos danos extrapatrimoniais, buscando estabelecer critérios objetivos aptos a balizar as sentenças, que sejam capazes de, em se aplicando às peculiaridades de cada caso, estabelecer uma pertinência entre a extensão do dano moral e o *quantum* condenatório fixado pelo magistrado.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça começou a aplicar um critério bifásico de fixação de danos extrapatrimoniais, consoante explica o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:¹³⁵

Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico do lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

¹³² OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto. **Dano moral: Proteção Jurídica da Consciência**. 3ª ed. São Paulo: Editora de Direito. 2003, p. 37/40.

¹³³ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 277.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 238.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1152541/RS**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 21.9.2011.

O que se busca na segunda etapa, então, é a individualização do dano moral, para isto, deve-se comparar a condição do lesado no momento que precedeu o dano, e avaliar o reflexo que esse dano causou sobre a pessoa, em maior ou menor grau, visto que, em sua singularidade, cada indivíduo é atingido de uma forma diversa diante de uma mesma conduta abstratamente considerada. Um pianista que perde um braço, por exemplo, será atingido de forma diversa de um cidadão que exerça outra profissão, ambos deverão ser compensados, mas a quantia oscila de acordo com a subjetividade de cada indivíduo.¹³⁶

Quando da análise dos danos extrapatrimoniais, o julgador não poderá utilizar a situação financeira do lesado como um elemento que modifique o arbitramento da sua reparação, sendo também inadequada a tentativa de fixação do valor devido a título de danos extrapatrimoniais de forma dependente ou decorrente dos danos patrimoniais sofridos pela mesma lesão, seja por um percentual ou uma fração¹³⁷, isto porque, conforme já exaustivamente repisado, o dano moral é categoria autônoma e pode ser compensado independentemente de existir qualquer dano material.

Diversos autores¹³⁸ são contrários ao sistema de tarifação ou tabelamento, que busca estabelecer de forma rígida e abstrata, tetos compensatórios para cada tipo de dano extrapatrimonial, visto que, isto fere o Princípio da Reparação Integral¹³⁹, pois, como explicado, cada pessoa é atingida de uma forma particular por um mesmo acontecimento abstratamente considerado, não há dano moral igual a outro.

Inclusive, a CF/88, ao tratar sobre o dano moral não fixou nenhum tipo de tarifa, e nem determinou que lei infraconstitucional o faria, pelo que, não há embasamento legal de sustentação para esse sistema, devendo regra de tabelamento anterior – não ser recepcionada – e posterior, considerada inconstitucional.¹⁴⁰

Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴¹ esclarece que:

¹³⁶ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 329.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 331.

¹³⁸ Neste sentido se posicionam CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 332, e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 163.

¹³⁹ A título meramente explicativo, o referido princípio diz respeito à ideia de que a reparação do dano deve ser feita da forma mais completa possível, de modo a restabelecer os prejuízos sofridos pela vítima do dano.

¹⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.cit.*, 2007, p. 190.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 295.

Não se trata, pois, de inventar ou descobrir formulas ou equações que possam ser aplicadas em todos os casos, como alguns têm procurado fazer. O problema é encontrar os meios de individualizar, adequadamente, os danos sofridos e valora-los sempre em relação à pessoa da vítima. Se assim se fizer, os valores continuarão, evidentemente, disparem, mas agora em bases racionais, e certamente não se poderá comparar os tribunais a cassinos e loterias, onde apenas a sorte e o azar prevalecem.

Assim, na reparação do dano moral o juiz termina por quantificar o montante devido por equidade, devendo, para tanto, levar em conta as circunstâncias de cada caso, visto que, a omissão legislativa relativamente ao estabelecimento do justo montante indenizatório faz com que o julgador tenha o dever de buscar todos os elementos possíveis para encontrar, em caso *sub judice*, o valor que de mostre adequado a compensar o lesado.¹⁴²

Maria Helena Diniz fornece algumas regras que entende deverem ser seguidas pelo magistrado no momento do arbitramento da reparação do dano moral, tais quais: evitar a indenização simbólica e também o enriquecimento sem causa; não aceitar a tarifação e evitar a porcentagem do dano material; diferenciar o montante indenizatório de acordo com a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; atentar-se à peculiaridade do caso; procurar harmonizar a reparação com casos semelhantes.¹⁴³

São regras bastante intuitivas, porém, como já destacado, não se concorda, neste trabalho, que a “gravidade” deva ser avaliada para fins de quantificação do dano moral, mas tão somente a extensão do dano.

Existe ainda um entendimento doutrinário interessante no que toca ao valor a ser concedido a título de reparação por danos morais, por meio do qual, entende-se que, nesta seara, o tempo que o lesado leva para acionar o judiciário pode influir no resultado da ação, de forma que, se ele pôde suportar por muito tempo a ofensa que lhe foi causada, indo a juízo apenas no final do prazo prescricional, provavelmente aquele dano não lhe atingiu de forma tão severa.¹⁴⁴

Esta pesquisa entende que o raciocínio acima descrito só é correto desde que se trate de uma presunção relativa, ou seja, que possa ser elidida na análise do caso concreto em caso de provas que demonstrem o contrário.

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 117.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 120/121.

¹⁴⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 333.

Portanto, não existe um consenso doutrinário acerca da forma de quantificação do dano moral, havendo apenas diretrizes, de forma que, na prática, caberá ao julgador e ao seu prudente arbítrio a escolha dos critérios que utilizará para fazer a mensuração da reparação devida pelo ofensor.

2.5.3 Critérios e funções

Inobstante todas as noções trazidas nesta pesquisa sobre os danos morais, o cerne da questão, para que se alcance o objetivo deste trabalho implica em esclarecer que a maior gravidade da falta cometida pelo lesante ou a sua alta condição financeira serão desimportantes como critérios de majoração do dano moral devido, pois a finalidade da reparação prevista para os danos extrapatrimoniais, no ordenamento jurídico brasileiro, é a de compensar um prejuízo causado à vítima, conferindo-lhe uma satisfação econômica, e, portanto, é suficiente que se verifique a “existência e extensão do dano e os seus reflexos sobre a pessoa da vítima. A reparação não revela natureza punitiva ou preventiva, objetiva somente reequilibrar o patrimônio da vítima, que fora rompido pela lesão.”¹⁴⁵

Importante ressaltar que, no tocante aos danos morais, a tutela repressiva, compensatória é necessária, até como forma de resposta à sociedade, porém não é o ideal, pois não faz, como no caso dos danos patrimoniais, retornar ao estado anterior. Na seara dos danos extrapatrimoniais o ideal é a existência de uma tutela preventiva, que barre, na origem, o acontecimento dos ilícitos.

É costumeiro encontrar, posições doutrinárias que versem sobre a dupla função da reparação por danos extrapatrimoniais, como a que se colaciona abaixo:

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição do seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa-integridade física, moral e intelectual- não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando

¹⁴⁵ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015, p. 331/332.

sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.¹⁴⁶

Contudo, no viés seguido por esse trabalho monográfico, não se concorda com o raciocínio acima exposto, por motivos simplórios. Visto que, embora se concorde que não pode o ofensor se furtar às consequências do dano causado sob o argumento de que “o dano moral não é indenizável”, pois a CF/88 positivou a indenizabilidade de tais danos, a diminuição que essa reparação causará ao patrimônio do ofensor, em nada se relaciona com punição, ou, significaria dizer que, quando um sujeito indeniza outro pelos danos materiais que lhe causou, haveria igualmente uma punição – por haver diminuição do seu patrimônio também neste caso – porém, curiosamente, na seara dos danos materiais essa “função punitiva” nem chega a ser discutida.

Sendo assim, por óbvio que, a diminuição causada ao patrimônio do lesante, quando é condenado a reparar os danos morais que causou a *outrem*, se dá somente a título de reparação, e não de punição, tal qual ocorre com os danos patrimoniais.

Maria Celina Bodin de Moraes destaca que os critérios utilizados ultimamente para fins de reparação dos danos morais têm sido principalmente “a reprovação da conduta, isto é, a gravidade ou intensidade da culpa do agente, a repercussão social do dano, as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor.”¹⁴⁷

Porém, os critérios elencados estão sendo utilizados de forma errônea, pois, a análise da reprovabilidade da conduta do lesante cabe a instituto diverso, qual seja, a indenização punitiva, que será detalhadamente tratada no próximo capítulo. Isto porque, o aspecto subjetivo do ofensor é irrelevante para gerar o dever de indenizar os danos extrapatrimoniais, e também não é o critério correto a ser utilizado para majorar a compensação devida, visto que, o que fará este papel é a análise da extensão do dano, vide disposto no artigo 944 do Código Civil.

Assim, a reprovabilidade da conduta do ofensor não entra na discussão dos danos morais em momento algum, nem para a sua configuração e nem para a sua quantificação, por não ser critério adequado.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 125.

¹⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 162.

Sobre a dita “função punitiva” da reparação do dano moral, é válida ainda a lição que se transcreve a seguir:

A tese da função punitiva da reparação do dano moral, embora não adotada pelo legislador ordinário, vem encontrando, surpreendentemente, números adeptos no Brasil, tanto em doutrina como na jurisprudencial atual. De fato, não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queria imita-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confrontar a vítima- ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrente do dano injusto-, e de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.¹⁴⁸

O que se revela no fragmento acima, é que a própria autora ressalta que a função punitiva do dano moral não foi prevista por lei, e embora a doutrina e jurisprudência tenham caminhado no sentido de reconhecer essa função como inerente ao dano moral, isso se faz de forma equivocada, por se tratar de função inerente a instituto diverso, qual seja, a pena civil.

Porém, este erro se justifica principalmente em função da própria história de evolução da reparabilidade dos danos morais, que por muito tempo foram considerados irrisarcíveis, e, mesmo depois de positivados pela CF/88, continuam sendo um terreno pantanoso, pois, como demonstrado nos tópicos anteriores, é um assunto repleto de incertezas sobre o conceito, critérios de aplicação e quantificação.

Não há pacificação na doutrina, e, por conseguinte, essa fragilidade do instituto faz com que seja um local propício à inclusão dessa função punitiva, que não é expressamente prevista no ordenamento brasileiro, mas vem, cada vez mais, se mostrando necessária, ante à insuficiência da função meramente ressarcitória da responsabilidade civil, para suprir as demandas sociais atuais.

Desta forma, função punitiva não é inerente ao dano moral, como pretende se estabelecer nos fragmentos supracitados, pois, o fato de o dano moral ser plenamente indenizável em nada se relaciona com a necessidade de punir o ofensor e sim com a necessidade de compensar a vítima lesada.

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 217/219.

Assim, é certo que, conforme restará demonstrado no corpo desta pesquisa, poderá haver um instituto diverso, aplicável a determinados casos, que cumpra a função punitiva e dissuasiva, que, por sua vez, aplicar-se-á tanto aos danos morais quanto aos danos materiais.

Existem inúmeras outras discussões acerca do instituto em comento, a respeito da sua aplicabilidade, da prova do dano moral, do cabimento de dano moral à pessoa jurídica, que não serão aqui analisadas simples e unicamente por fugirem ao escopo deste trabalho científico, pelo que, passaremos agora a analisar os *punitive damages*.

3 OS PUNITIVE DAMAGES

Traçadas as premissas iniciais sobre o caminho seguido pela responsabilidade civil, neste capítulo teceremos as considerações fundamentais acerca dos *punitive damages*, destacando a origem e desenvolvimento do instituto, a sua forma de apresentação, principais características e requisitos de aplicação, buscando enaltecer as funções essenciais desempenhadas pelo instrumento, notadamente a função de desestímulo de práticas lesivas, além de destacar a compatibilidade desta ferramenta com o ordenamento jurídico brasileiro, por atuar de forma complementar à função ressarcitória da responsabilidade civil, já exposta no capítulo anterior. Em seguida, passar-se-á a demonstrar as tendências de aplicação da indenização punitiva pela jurisprudência brasileira, atualmente.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, no entanto, é preciso ressaltar que, embora haja divergência doutrinária quanto à tradução adequada da expressão “*punitive damages*”, no ordenamento brasileiro¹⁴⁹, para fins didáticos, esta pesquisa considera como sinônimas e igualmente adequadas os termos como: indenização punitiva, dano punitivo, pena civil e sanção punitiva.

3.1 ORIGEM E EXPERIÊNCIA AMERICANA

Os *punitive damages*, tiveram seus antecedentes na Inglaterra, com previsão no *Statute of Councester*, no ano de 1278, como uma forma de justificar a indenização quando não houvesse danos tangíveis, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.¹⁵⁰ Nesta época, usava-se a lógica de “múltiplo financeiro do dano”,

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 16; ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 226; RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 260/262.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. *Op.cit.*, p. 18.

de forma que o sujeito causador do dano era punido “pela imposição da reparação em um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima.”¹⁵¹

Contudo, em 1763 a justiça britânica começou a fazer uso dos *punitive damages* nos moldes atuais, de modo que, em uma situação de invasão de terras e danos à propriedade, promovidos intencionalmente, “em razão dos danos ocasionados e o dolo que se dirigia em prejudicar terceiros resolveu-se então em *punir mais severamente* os autores desses danos”.¹⁵²

Neste ponto, faz-se mister colacionar o breve esclarecimento feito por Judith Martins-Costa e Mariana Parglender¹⁵³ acerca do conceito dos *punitive damages*:

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

Destarte, cumpre explanar que inobstante a sua origem tenha sido na Inglaterra, o instituto se desenvolveu de forma plena e ganhou impulso, nos julgados americanos.¹⁵⁴

É imperioso salientar, no entanto, que o cerne da aplicação do instituto nos Estados Unidos implica na análise do aspecto subjetivo do ofensor, de modo que a indenização punitiva não constitua regra geral, aplicável a qualquer caso, mas sim, uma exceção.

Adalmo Oliveira dos Santos Júnior¹⁵⁵ nos ensina que, em se tratando de danos punitivos, “há um desvio na análise para se apurar o *quantum debeatur*, pois enquanto se observa normalmente o dano e as suas consequências, a indenização punitiva erige como um dos pontos fundamentais a conduta do causador do dano”.

¹⁵¹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. Vol. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun de 2007, p.17.

¹⁵² *Ibidem*, loc.cit.

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p.16.

¹⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 184.

¹⁵⁵ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. *Op.cit.*, 2007, p. 20.

Desta forma, temos que a Suprema Corte americana diferencia os *compensatory damages* dos *exemplary damages*¹⁵⁶, sendo o primeiro correspondente à indenização compensatória, com o intuito de ressarcir os danos causados ao ofendido, enquanto o segundo se refere a uma quantia a mais, que visa desestimular a repetição do ato danoso, bem como punir o ofensor, e só será aplicado caso se verifique o dolo do ofensor ou ao menos a sua culpa grave.

Nesta senda, é válido transcrever o ensinamento de Daniel de Andrade Levy¹⁵⁷ acerca do assunto:

Nada obstante, a percepção progressiva da insuficiência das disciplinas sancionatórias no âmbito do campo específico da responsabilidade pelo fato do produto, bem como a noção cada vez mais comum de prevenção e precaução, acabaram por ampliar a interpretação da jurisprudência, possibilitando a condenação em *punitive damages* quando a conduta do réu fosse intencional ou irresponsável – no original, *willful or reckless*.

No direito norte-americano, inclusive, o referido instrumento somente se aplica à responsabilidade extracontratual ou aquiliana, não podendo haver sua aplicação nos casos que resultem em inexecução de contrato, independente do motivo.¹⁵⁸

De forma que, somente pode-se falar na aplicação desta punição quando se tratando de hipótese de responsabilidade extracontratual e que as circunstâncias subjetivas da conduta do ofensor se assemelhem ao dolo, isto é, como esclarecem Judith Martins-Costa e Mariana Parglender¹⁵⁹, situações de:

Malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de *punitive damages*, porém, a *gross negligence* (negligência grave), em alguns estados, os enseja.

Consoante esclarece Daniel de Andrade Levy¹⁶⁰, um dos grandes objetivos dos *punitive damages* na ótica estadunidense é evitar que as práticas lesivas das grandes empresas possam ser previstas numa lógica econômica, de forma que a relação custo-benefício em lesar os seus consumidores seja vantajosa à companhia.

¹⁵⁶ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado. Vol. 30**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun de 2007, p. 21.

¹⁵⁷ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *Punitive Damages*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, jan/mar, 2011, p. 188/189.

¹⁵⁸ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. *Op.cit.*, 2007, p. 21.

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p.19.

¹⁶⁰ LEVY, Daniel de Andrade. *Op.cit.*, 2011, p. 199/200.

Desta forma, a indenização punitiva não tem o condão somente de punir o ofensor, mas também – e principalmente – de funcionar como ferramenta preventiva, na medida em que, o lesante não tenha previsibilidade sobre as indenizações que terá de pagar, de modo a incluí-las no seu orçamento fixo, obtendo vantagens sobre as condutas danosas.

Assim, nas palavras de Anderson Schreiber¹⁶¹, existem pequenas lesões existenciais “provocadas por conduta maliciosa e repetitiva, onde a soma global das indenizações compensatórias ‘não justifica’, em termos econômicos, a adoção de um procedimento mais probo por parte do ofensor”. Tratam-se dos chamados “ilícitos lucrativos”¹⁶².

E, neste trabalho monográfico se entende que, o que se busca, com a aplicação dos *punitive damages* é justamente impedir a existência dessas situações, embora o supracitado autor discorde da aplicação do instituto, preferindo a adoção de mecanismos sancionatórios administrativos para resolver o problema.

Percebe-se então, que a responsabilidade civil clássica-ressarcitória se mostra insuficiente ante a essas situações cotidianas, em que, mesmo após o pagamento de indenizações, o sujeito causador do dano se beneficia com a prática dos atos ilícitos.

No entanto, uma característica marcante dos *punitive damages* no direito norte-americano é a de que podem ser aplicados tanto em casos de danos patrimoniais como em casos de danos extrapatrimoniais. Desse modo, diferentemente do que vem entendendo a doutrina brasileira, que, em sua maioria não estende a indenização punitiva aos danos essencialmente materiais, “a doutrina norte-americana, com acerto, aplica para qualquer tipo de dano, pois o *exemplary damages* tem como escopo primordial inibir condutas análogas, e não, ressarcir o lesado”.¹⁶³

Na experiência americana, os *exemplary damages* são fixados, via de regra, por um júri popular. Ocorre que, devido a algumas experiências de corrupção de jurados, influências e situações afins, erodiu uma suspeição generalizada no papel do júri para

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 214.

¹⁶² LEVY, Daniel de Andrade *apud* CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 74/75.

¹⁶³ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 23.

exercer esta função de forma livre e ilimitada, pelo que, a Suprema Corte passou a buscar fixar parâmetros visando minorar o que se chama de “indústria das indenizações milionárias”.¹⁶⁴

Neste sentido, exemplifica-se por meio de breve síntese de dois *cases* que foram de suma importância no estabelecimento desses parâmetros.

O primeiro diz respeito ao caso *Honda Motors Corp. x Karl Oberg*, ocorrido em 1994, em que a Suprema Corte Americana pela primeira vez, anulou a decisão proferida pelo tribunal estadual, invocando a cláusula de *Due Process of Law* (devido processo legal), da Emenda 14 da Constituição Americana, alegando violação à referida garantia constitucional, isto porque, a Corte do estado de *Oregon* havia condenado a empresa a pagar U\$1.000.000,00 de ressarcimento, e uma indenização de cinco vezes esse valor a título de *punitive damages*.¹⁶⁵

O segundo, foi o caso *BMW of North America Inc. x Gore*, em 1996¹⁶⁶, em que também foi reconhecida a ofensa à garantia constitucional de devido processo legal, ante à indenização punitiva aplicada no caso, porém, neste caso específico, a situação foi tão desarrazoada que a Suprema Corte norte americana estabeleceu três diretrizes¹⁶⁷ a serem consideradas na aplicação do instituto punitivo em casos futuros, a saber:

I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente; II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; III. A diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.¹⁶⁸

Assim, a partir da fixação dessas bases, e da utilização de uma norma constitucional geral para frear os abusos, a ampla liberdade do júri para a fixação das indenizações

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p.19.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.19.

¹⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 62.

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. *Op.cit.*, p.19.

punitivas nos Estados Unidos tem diminuído bastante, procurando dar maior efetividade ao sistema, sem desvirtuá-lo.

O que se percebe dessa análise, é que, embora o sistema jurídico estadunidense tenha por base o *common law*, não havendo previsões legislativas específicas acerca dos danos punitivos, por meio do direito consuetudinário e das regulações feitas pela Suprema Corte, ao se manifestar diante de casos concretos, ocorreu uma limitação à arbitrariedade do júri visando a manutenção do instituto, que cumpre uma importante função de desestimular de condutas lesivas análogas.

3.2 REQUISITOS

Consoante fora delineado no tópico anterior, mesmo na doutrina estrangeira, onde os *punitive damages* se aplicam, essa aplicação não é uma regra, ou seja, não é diante de qualquer situação de dano causado que o ofensor será condenado a pagar um *plus* indenizatório, isto somente acontece quando ficar demonstrado no caso concreto que o sujeito agiu um elemento subjetivo específico, buscando alcançar aquele resultado.

Ou seja, na aplicação dos *exemplary damages* impera o modelo que – no ordenamento jurídico brasileiro – chamamos de responsabilidade subjetiva (depende da análise da culpa).

Ocorre que, conforme fora explicado no capítulo anterior, a responsabilidade civil passou por um caminho de evolução, que culminou na positivação de um cláusula geral de objetivação da responsabilidade civil, no Código Civil de 2002, visando trazer melhores condições de reparação para aqueles que, muitas vezes, não conseguiam provar a culpa dos ofensores – devido às inovações tecnológicas, notadamente – e assim, restavam prejudicados.

Neste interim, destaca-se que, em se tratando de responsabilidade objetiva, os pressupostos para que haja a indenização compensatória são, tão somente, a existência de uma conduta, de um dano e de um nexo de causalidade que una os dois anteriores. Porém, os requisitos necessários para que se aplique *punitive damages* a um caso concreto se assemelham àqueles assinalados para a configuração de

responsabilidade subjetiva, isto é, além dos três anteriores, é necessário que haja a demonstração de culpa do agente causador do dano.

Neste tocante, Nelson Rosendal¹⁶⁹ nos explica:

Evidentemente a retribuição do ordenamento àquele que atua de maneira reprovável dependerá da verificação de outros elementos de ordem objetiva. Todavia, sem a comprovação do elemento intencional do agente, a eventual conflagração de danos apenas desencadeará mecanismos compensatórios a título de danos patrimoniais e morais ou a desconstituição do ato sancionado pela invalidade ou ineficácia, porém jamais a pena civil.

Importante ressaltar que existe uma grande diferença entre a pena civil e a reparação, pois enquanto uma se justifica em razão da natureza ilícita do dano, a outra surge em função dos efeitos que foram gerados pela prática danosa, buscando repará-los.¹⁷⁰

Inclusive, por conta disso, é irrelevante saber se houve ou não intenção para fins de mera reparação, pois o dano terá de ser reparado independentemente do elemento subjetivo do agente que causou o dano. A aferição da culpa só passa a ser relevante no momento em que se quer analisar a aplicação ou não da pena civil.

Pode-se destacar, ainda, que um traço marcante do instituto é a alteração no foco, de modo que enquanto geralmente o que se observa, para fins de quantificação da indenização reparatória, é o dano e suas consequências, a indenização punitiva elege como um dos pontos fundamentais a conduta do causador do dano e a o grau da sua reprovabilidade.¹⁷¹ Desta forma, o dano em si passa a ser analisado de forma secundária para a definição do *quantum* a ser concedido a título de indenização punitiva.

Ou seja, se por um lado a indenização compensatória se volta a reparar o dano sofrido pela vítima, de forma estrita, e, por conseguinte só valora a gravidade do dano sofrido, a indenização punitiva necessita aferir também, e principalmente, a gravidade do comportamento praticado pelo lesante para que seja, ou não, aplicável diante daquele caso concreto.

¹⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 49.

¹⁷⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁷¹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 20.

Inclusive, Heitor Baptista de A. Castro¹⁷² nos rememora acerca da escolha do próprio legislador pátrio em considerar necessária a demonstração de elemento subjetivo do agente para aplicar “penas civis”, como, por exemplo, no caso do artigo 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor¹⁷³ que estabelece que, para que haja repetição do indébito em dobro, há necessidade de demonstração de má-fé do sujeito que promoveu a cobrança indevida.

Sendo assim, estabelece-se como premissa básica, na visão desta pesquisa, que, para que os *punitive damages* venham a ser aplicados no ordenamento brasileiro é necessário que haja a comprovação de intenção do agente, isto é, deve ser analisada a culpa, o que não significa dizer, no entanto, que a pena civil não poderá ser aplicada aos casos em que a lei presume a responsabilidade objetiva do agente, uma vez que a análise deverá ser feita em separado, consoante restará esclarecido mais à frente.

Deste modo, enquanto a reparação não pressupõe a análise da culpa do ofensor para que haja o dever de indenizar, a pena civil não se ocupa de analisar os efeitos da conduta – que fica a cargo da reparação – mas sim, a prática culposa de uma ação reprovável e ultrajante, a despeito de ambas as funções possuírem aplicabilidade prática conjunta, pois, geralmente, um comportamento dotado alta reprovabilidade gera um dano consequente, que precisará ser reparado.

Conforme os ensinamentos de André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁷⁴, os *punitive damages* constituem um valor variável, que será estabelecido em separado dos *compensatory damages*, nos casos em que a lesão causada for marcada por malícia, opressão ou grave negligência. Uma vez que, se a conduta do ofensor, não for gravemente reprovável, embora culposa, não será aplicável a indenização punitiva.

¹⁷² CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 87/88.

¹⁷³ Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. [BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017].

¹⁷⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 184/186.

O que se pretende esclarecer, então, é que diante de um dano sempre haverá o dever de reparar, mas nem sempre o causador do dano deverá ser penalizado com o pagamento de um *quantum* indenizatório extra.

Em sendo assim, conclui-se que no modelo de indenização punitiva, o foco da responsabilidade civil não é mais só a vítima, mas também o ofensor. Logo, como haverá uma valoração da conduta do ofensor, as indenizações serão diferenciadas de acordo com o grau de reprovabilidade de cada caso concreto, e isto termina por estabelecer um critério de justiça na responsabilidade civil, na visão de Naiara Guimarães¹⁷⁵, pois, por vezes, uma conduta com culpa leve/levíssima causa os mesmos resultados materiais que uma realizada com dolo direto.¹⁷⁶

Desta forma, impor sanções diferentes para casos em que se verifica a ocorrência de reprovabilidade acentuada, nada mais é do que uma clara aplicação do Princípio da Isonomia, conforme explica André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁷⁷, pois o referido princípio constitucional “impõe não apenas tratar igualmente os iguais, mas também desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”.¹⁷⁸

Assim, para enaltecer a compatibilidade dos *punitive damages* com o ordenamento brasileiro, faz-se mister apresentar o entendimento trazido por Nelson Rosenvald¹⁷⁹, no sentido de que “a censura ao comportamento do agente não incompatibiliza a pena civil com as hipóteses de aplicação da teoria objetiva da responsabilidade civil”, isto

¹⁷⁵ CERQUEIRA, Naiara Guimarães de. Disciplina jurídica dos *Punitive Damages* no Ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. Jun./2008, v.127. 2011. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1395/1082r>>. Acesso em: 13 abr. 2017, p. 6.

¹⁷⁶ Configura-se quando o agente efetivamente que cometer o crime previsto no Código Penal. O agente dirige a prática da sua conduta ao resultado finalístico por ele pretendido diretamente. [GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2013, p. 189].

¹⁷⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 243.

¹⁷⁸ Este conceito remonta ao modelo da justiça distributiva, sobre o qual é válida a seguinte lição: “A justiça distributiva consiste em dar a cada um o que é devido e sua função é dar desigualmente aos desiguais para torná-los iguais. (...) A função ou finalidade da justiça distributiva sendo a de igualar os desiguais, dando lhes desigualmente os bens, implica afirmar que numa cidade onde a diferença entre ricos e pobres é muito grande vigora a injustiça, pois não dá a todos o que lhes é devido como seres humanos.” [CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática. 2000. Disponível em: < http://home.ufam.edu.br/andersonlfc/Economia_Etica/Convite%20%20Filosofia%20-%20Marilena%20Chauí.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2017, p. 494].

¹⁷⁹ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 188/189.

porque, o mencionado autor explica que, neste terreno, as finalidades compensatórias e de desestímulo se complementam, e para isso traz um exemplo muito claro:

Ilustrativamente, o empregador é responsável pelos danos causados a seus empregados a terceiros independentemente de culpa (art. 932, III, c/c art. 933, CC). O nexos causal entre os danos sofridos pelo terceiro e o comportamento de uma pessoa que agiu na esfera de subordinação alheia são suficientes para atrair a imputação objetiva da responsabilidade do empregador pelo fato de terceiro. Todavia, pode-se cogitar daquele proprietário de estabelecimento comercial que ordena a seus funcionários o uso de violência irrestrita em qualquer hipótese de entrevero entre clientes. Trata-se de um comportamento ultrajante que expõe a risco um número indeterminado de pessoas. Daí a viabilidade da cumulação da reparação de danos patrimoniais e moral (com espeque na teoria objetiva) com a pena civil, percebida na concretude do caso pela grave e intencional conduta do empregador (pessoa natural ou jurídica).

Isto posto, haveria uma separação na forma de qualificação dos fatos danosos, de forma que, em um primeiro passo analisa-se o nexos de causalidade entre a conduta do agente o dano causado, e em estando configurado, isto é suficiente para que haja reparação, tanto de danos patrimoniais como morais. Já no segundo momento, analisa-se se aquela conduta do ofensor foi reprovável e dotada de intenção, e aí sim aplica-se a sanção punitiva, se for o caso, visando desestimular a repetição do fato.¹⁸⁰

Esse entendimento é relevante pois, como dito anteriormente, o ordenamento brasileiro possui inúmeras situações regidas pelo regime de responsabilidade objetiva, e caso se afastasse por completo a incidência da pena civil neste âmbito, o instituto seria inócuo. Nesta lógica, o que se entende no presente trabalho é que a culpa do ofensor é essencial à aplicação da indenização punitiva, mas isso não significa que não se possa analisar a culpa nos casos em que a legislação preveja objetivação da responsabilidade. Porém, que a culpa será analisada posteriormente à definição do *quantum* reparatório, que prescinde deste elemento, somente para verificar a aplicabilidade dos *punitive damages* no caso concreto em análise.

Além da culpa, alguns autores elencam como critério necessário à aplicação da pena civil a reiteração da conduta danosa, a exemplo de Umberto Scramim¹⁸¹, quando relata que “a culpa grave, malícia, dolo, reiteração de condutas, desprezo, demonstrado, dentre outros comportamentos reprováveis do ofensor, inserem-se na

¹⁸⁰ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 189.

¹⁸¹ SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. O Dano Moral e a sua problemática: Quantificação, Função Punitiva e os *Punitive Damages*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 207.

extensão do dano”, e Luísa Vidal e Marcelo Milagres¹⁸² quando dizem que “deve haver ainda um prejuízo que atinja a uma coletividade pela sua extensão ou reiteração”.

No entanto, no entendimento seguido por este trabalho monográfico, a reiteração da conduta, embora seja um fator relevante para ocorrer a aplicação dos *punitive damages*, não deve ser considerada como um pressuposto propriamente dito. Isto porque, se assim for considerado, estaremos permitindo que uma conduta isolada, porém gravemente dolosa – que tenha gerado um enorme prejuízo não seria razão suficiente para a aplicação de pena civil, justamente por ser de difícil repetição, enquanto que uma conduta muito menos grave, mas usualmente repetida mereceria uma condenação mais alta, com finalidade preventiva.¹⁸³

Inclusive, Salomão Resedá explica que os *punitive damages* devem ser excepcionais, na medida em que sua aplicação só será viável “em situações nas quais há uma gravidade no ato praticado ou apesar de inexistente tal característica, ser tal conduta executada reiteradamente.”¹⁸⁴

Ou seja, o autor traz novamente a ideia de que a indenização punitiva poderia ser aplicada independentemente de reiteração naqueles casos de alta reprovabilidade do ato praticado.

É importante destacar que o que se busca repelir do sistema são as condutas gravemente reprováveis, sejam elas reiteradas ou não. Porém, na visão deste trabalho, embora não se descarte a possibilidade de aplicação nos casos em que não haja reiteração, a aplicação mais recorrente e comum, se fará nos casos de reiteração da conduta lesiva.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸⁵ também relata que a jurisprudência brasileira vem utilizando como critérios a gradação da culpa e o nível econômico do ofensor. Contudo no viés seguido por esta pesquisa, também não se entende como critério razoável a

¹⁸² VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Da (in)admissibilidade da pena civil pelo Direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 172.

¹⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 53/54.

¹⁸⁴ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 279.

¹⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op.cit.*, 2004, p. 73.

simples análise da condição financeira das partes, concorda-se aqui com a crítica feita pelo professor Thiago Borges¹⁸⁶:

Alguns dos fundamentos utilizados para aplicação dos danos punitivos parecem inadequados quando pensados isoladamente, como a condição social e econômica do agente e da vítima. Quando se leva em consideração a condição sócio-econômica da vítima, acaba-se por levar a indenizações menores para as pessoas mais pobres, como acontece cotidianamente nos juizados especiais de consumidor. Com efeito, não é difícil participar de audiências que, em uma situação fática idêntica, o juiz condene o fornecedor a uma indenização maior para a pessoa que mora em um bairro melhor e tem emprego mais bem remunerado que para uma pessoa menos favorecida sócio-economicamente. Por outro lado, aplicar uma indenização mais elevada apenas com base no fato de que se trata de um agente causador do dano economicamente mais abastado também não nos parece argumento suficiente. Em alguns casos, o julgador se limita a dizer que “a indenização deve ser majorada em razão da condição econômica favorável do agente, que não se sentirá dissuadido com uma indenização muito baixa”. O argumento é frágil e não resiste a uma análise mais minuciosa de alguns casos concretos em que pessoas abastadas se sentem terrivelmente mal pelo simples fato de terem cometido um dano, e a condenação a pagar os danos morais compensatórios já é para elas desestímulo suficiente à reincidência (sendo em muitos casos nem seria o caso de haver qualquer risco de o dano voltar a acontecer).

Assim, a condição econômica das partes não deve significar uma lógica de proporcionalidade de modo que, quem é mais abastado pague mais e quem é menos abastado pague menos, necessariamente. O magistrado deve analisar a reprovabilidade da conduta praticada e, usando critérios de razoabilidade fixar o montante indenizatório, que, contudo, deve ser adequado a desestimular o lesante, por isto que muitas vezes, grandes empresas serão condenadas em um valor maior, pois um valor menor não surtiria o efeito de desestimular, mas isto não deverá ocorrer necessariamente.

Inclusive, sobre o tema, André Gustavo Correa de Andrade¹⁸⁷ explica que o que acontece é que, enquanto uma determinada quantia pode cumprir bem o papel de desestímulo frente a uma certa companhia, o mesmo valor, em se tratando de companhia muito maior, com maior fortuna, não surtiria o mesmo efeito, por isso que, em certos casos, empresas mais ricas pagarão mais, para que a quantia seja eficaz quanto à função dissuasiva que pretende cumprir, mas “não se trata pura e

¹⁸⁶ BORGES, Thiago Carvalho. Danos Punitivos: Hipóteses de aplicação no Direito brasileiro. In: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.2, t. XX, 2010, p. 451.

¹⁸⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 302/303.

simplesmente fazer pagar mais a quem tenha mais para pagar, mas de fixar valor que tenha efetivamente o poder de desestimular”.

O mesmo autor nos explica que inobstante as considerações feitas acerca do padrão financeiro do ofensor, a condição econômica do ofendido não deve jamais ser considerada, sob pena de ferir o princípio constitucional da igualdade, uma vez que diante de um mesmo dano sofrido, a vítima menos abastada receberia menos do que a mais abastada, deixando-a mais sujeita a sofrer ataques aos seus interesses, tratando-se de um critério discriminatório.¹⁸⁸

Um último fato que merece discussão nesta seara, seria a necessidade de obtenção de lucro com o ato ilícito, para que fosse possível a aplicação de pena civil. Ocorre que, na visão assumida por esta pesquisa, não se trata de um requisito essencial, visto que a prova deste lucro por vezes se mostra diabólica, nem sempre é uma tarefa fácil. Por isto, não é necessário que haja uma correspondência matemática entre o valor do lucro ilicitamente obtido e o valor da indenização punitiva, cabendo ao julgador utilizar-se de indícios, estimativas e analogias para estabelecer o *quantum* punitivo.¹⁸⁹

Diante do exposto, conclui-se que, o único verdadeiro pressuposto para que haja aplicação do *punitive damages* é a aferição do elemento subjetivo por parte do ofensor, sendo a reiteração e o lucro ilícito obtido com o ato lesivo, fatores relevantes – porém não essenciais. Ademais, o *quantum* punitivo deverá ser arbitrado levando em consideração as circunstâncias do caso concreto e não a condição financeira das partes unicamente.

Esclarece-se ainda que os critérios de aplicação deverão se trazidos por previsão legislativa acerca do instituto, que até o momento não existe, porém, voltaremos a tratar deste tema em momento oportuno.

¹⁸⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 303.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 308/309.

3.3 DINÂMICA DE APLICAÇÃO

A relevância de discutir a dinâmica dos *punitive damages* se faz diante da grande confusão existente na doutrina e jurisprudência brasileiras em aplicar a indenização punitiva como desdobramento lógico dos danos morais, excluindo a sua aplicação da seara de danos exclusivamente patrimoniais, sem que nos pareça haver qualquer razão lógica para tal entendimento, pois, consoante já demonstrado, o instituto se desenvolveu nos Estados Unidos, e lá se aplica tanto frente a danos morais, quando em caso de danos materiais.

Nesse sentido, o que se objetiva ao discutir a dinâmica de aplicação dos *punitive damages* é basicamente destacar aspectos que lhe caracterizem como pena civil ou como uma “função pedagógica dos danos morais”, expressão largamente utilizada pela doutrina e jurisprudência brasileira quando da invocação do referido instituto.

No entanto, é de bom alvitre destacar que, os *punitive damages* são um instituto que possui natureza jurídica incerta¹⁹⁰, vez que não há unanimidade na sua definição, sendo entendido por vezes como pena, e por vezes como tão somente um montante pecuniário acrescido ao montante de indenização compensatória, mas sem que este *plus* tenha caráter indenizatório, se individualmente considerado.¹⁹¹

Adalmo Oliveira dos Santos Júnior¹⁹² destaca que “a jurisprudência estadunidense considera os *danos punitivos* como sendo incidental, de natureza acessória. Em vista dessa acessoriedade (...) só existiriam se houvesse algum dano real. ”

Desta forma, não existe um consenso acerca da classificação dos *punitive damages*, que por vezes é entendida como simples pena privada e por vezes como um montante extra a ser concedido no caso concreto – em caso de conduta gravemente reprovável por parte do ofensor – que não necessariamente teria caráter de “indenização”, pois

¹⁹⁰ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 20.

¹⁹¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁹² *Ibidem*, *loc.cit.*

não busca a ressarcir nenhum prejuízo, e o termo “indenização” traria a ideia de tornar indene, ou seja, sem danos.¹⁹³

Não obstante, frisa-se que, conforme estabelecido no início deste capítulo, embora haja grande divergência doutrinária acerca de serem, ou não, apropriadas as traduções como “indenização punitiva” e “dano punitivo”, neste trabalho, todas elas são consideradas sinônimas, por fins didáticos e por não ser o aprofundamento conceitual relevante para as conclusões deste trabalho.

3.3.1 Os *punitive damages* como pena civil

Esclarecidas estas noções introdutórias, cumpre estabelecer que existe grande resistência acerca da aceitação de uma sanção punitiva, expressamente prevista, no direito privado brasileiro, que decorre muito da ideia de que a pena civil, historicamente, consoante fora narrado anteriormente, era exercida pelos particulares como forma de vingança privada, de maneira muito primitiva, de forma que com o desenvolvimento da civilização a função de punir ficou a cargo somente do Direito Penal, enquanto o Direito Civil se encarregou de estabelecer as recomposições patrimoniais frente a um dano.¹⁹⁴

Neste sentido, subsiste um ceticismo com relação à admissão de sanções punitivas no direito civil, sendo por vezes enxergada como um retrocesso aos tempos primitivos, em oposição às conquistas alcançadas pela sociedade moderna, como a objetivação da responsabilidade civil, no sentido de ter ocorrido uma desvinculação entre o Direito Civil e o Direito Penal, buscando estabelecer um fácil acesso às reparações.

Todavia, esta preocupação, no entendimento de Nelson Rosenvald¹⁹⁵ não tem razão de ser, visto que “toda essa intransigência decorre de como as penas privadas eram aplicadas no passado, mas não aquilo que se pretende atualmente”.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p.17.

¹⁹⁴ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 68.

¹⁹⁵ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 13.

Ademais, faz-se mister salientar que, essa definição rigorosa de competências entre os âmbitos Civil e Penal vem sendo, paulatinamente, relativizada. Neste tocante, Thais Gouveia Pascoalato Venturi¹⁹⁶ nos ensina que:

Se de um lado, o sistema de responsabilidade penal começa a se articular para também propiciar, ainda que por vias indiretas, a reparação de danos às vítimas, de outro lado, o sistema de responsabilidade civil igualmente vem sofrendo mutações internas, na medida em que passa a se comprometer não mais apenas com a satisfação específica das vítimas por via de restituição integral aos danos, mas, adicionalmente, também com a prevenção (tão geral quanto possível) contra a violação de direitos. (...). Assim, antes de serem consideradas contrárias aos sistema sancionatório civil ou, mesmo, paradoxais quanto à sua predisposição de “ameaçar punir ou punir para prevenir”, as multas civis podem e devem ser compreendidas não apenas como necessárias (em determinados campos relacionados com fundadas e graves ameaças de violação de direitos fundamentais), como também mais um símbolo de uma profícua inter-relação funcional entre os sistemas de responsabilidade, imprescindível para torna-los mais eficientes.

Isto ocorre porque frente às situações cotidianas de ilícitos lucrativos, já anteriormente citadas, a função meramente reparatória da responsabilidade civil se mostra inadequada às necessidades sociais, havendo, portanto, uma necessidade de aproximação entre os ramos do Direito Civil e Penal, para permitir que determinadas condutas sejam punidas por aquele, por não precisarem do aparato especial e essencial deste, que se caracteriza como *ultima ratio*.

Atualmente, a responsabilidade civil tem caráter autônomo à responsabilidade penal, conforme se esclareceu no panorama de evolução trazido no primeiro capítulo deste trabalho. Inclusive, enquanto as sanções penais incidem de forma principal sobre a liberdade pessoal, as sanções civis implicam em pena pecuniária paga pelo ofensor ao ofendido.

Impõe-se, assim, uma revisão dos fundamentos próprios da responsabilidade civil tradicional, que vem mostrando lacunas, precisando se readaptar para solucionar de forma satisfatória as demandas sociais do momento histórico atual.¹⁹⁷

Não podemos contar com um modelo engessado de responsabilidade civil, o instituto deve ser revisitado quando “os avanços tecnológicos e, sobretudo das aspirações

¹⁹⁶ VENTURI, Thais Gouveia Pascoalato *apud* CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 68/69.

¹⁹⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 229.

éticas de uma determinada coletividade, determinem uma reelaboração de determinada função da responsabilidade civil”.¹⁹⁸

Importante destacar, no entanto, que só poderão existir normas que veiculem penas civis quando o objetivo primário desta regra seja o desestímulo de um comportamento antijurídico e reprovável daquele agente que poderia agir de forma proba, mas não o fez.¹⁹⁹ Ou seja, conforme a premissa estabelecida quando se tratou dos “requisitos”, o elemento subjetivo do agente é pressuposto para a incidência da pena civil.

Inobstante seja a função dissuasiva – que será minuciosamente analisada nesta pesquisa em momento oportuno – primordial à pena punitiva, este intuito de dissuasão fica inócuo se não houver no direito instrumentos aptos a permitir a sua efetivação, tal como os *punitive damages*, em forma de uma pena civil a ser aplicada quando preenchidos os requisitos para tanto.²⁰⁰

Inclusive, a este respeito Mario Barcellona²⁰¹ frisa que, para que a função dissuasiva da responsabilidade civil deixe de ficar apenas no aspecto sociológico, é necessário que novas regras sejam editadas.

Tendo em vista o exposto, é importante frisar que a finalidade precípua da pena civil não é o “mal pelo mal”, isto é, impor um mal em simples retribuição ao mal causado²⁰², se assim fosse, estaríamos admitindo a volta da Lei de Talião, mas sim, o exercício de um controle social sobre condutas lesivas e indesejadas, quando praticadas de forma intencional pelo agente (dolo ou culpa grave), como forma de desestimular a reiteração de tais condutas.

Neste tocante é válido colacionar a conclusão feita por Heitor Baptista de Almeida Castro²⁰³:

Portanto, é indesmentível o reconhecimento da natureza e da função desempenhada pelos *punitive damages*, podendo-se afirmar que se trata de uma sanção privada de natureza punitiva que busca punir o transgressor pela conduta lesiva dolosa ou culposa (malícia ou negligência grosseira), mesmo

¹⁹⁸ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 78.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 49.

²⁰⁰ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 65.

²⁰¹ BARCELLONA, Mario *apud* ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 75.

²⁰² CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. *Op.cit.*, 2016, p. 69.

²⁰³ *Ibidem*, p. 78/79.

na responsabilidade objetiva, bem como implementar a prevenção de danos pela dissuasão de novas práticas da mesma natureza para o futuro.

O ponto de partida para a aplicação da pena civil no ordenamento brasileiro revela-se na compreensão da diferença existente entre pena e reparação. A este respeito, Nelson Rosenvald²⁰⁴ nos explica que não há liame obrigatório entre estes dois institutos, apesar de na prática caminharem juntos.

O referido autor ainda destaca que não há necessidade, sequer, de que existam danos reparáveis para que o juiz condene o ofensor em uma sanção punitiva, vez que esta se relaciona com a reprovabilidade da conduta e não com a extensão dos danos causados. “A sanção punitiva civil exercerá uma função pedagógica, sendo merecedora de tutela independentemente da ausência de prejuízo econômico do lesado.”²⁰⁵

Desta forma, é cediço que que a indenização punitiva se diferencia da ressarcitória no seu objetivo, vez que, na acepção punitiva, o julgador irá analisar, a partir dos fatos que lastreiam o pedido reparatório, uma possível aplicação de pena ao sujeito que causou o dano, de modo que a eventual condenação em *punitive damages* se demonstrará como um *plus* ao montante de indenização reparatória.²⁰⁶

Sendo assim, o instituto funciona como um elemento surpresa àqueles litigantes habituais que se planejam estrategicamente para lesar os consumidores, fazendo um cálculo estimado prévio de quanto terão de dispender com as indenizações reparatórias, relativas aos danos que causaram, e ainda saírem lucrando sob práticas lesivas aos direitos de outrem.

Importante ressaltar ainda que, em se tratando de pena civil, algumas características merecem destaque, tais quais, que o destinatário da sanção será o autor do ilícito, ou seja, igualmente à responsabilidade penal, a pena será personalíssima.²⁰⁷ Isto acontece, pois, o intuito primordial do instituto, é o de inibir a repetição do comportamento, evidenciando-se assim o fundamento da intransmissibilidade.

²⁰⁴ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 177.

²⁰⁵ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 179.

²⁰⁶ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 20.

²⁰⁷ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 51.

Existe, neste ponto, a argumentação contrária ao poder de inibição da sanção civil, considerando os contratos de seguro que são corriqueiramente utilizados atualmente. A este respeito, Maria Celina Bodin de Moraes²⁰⁸ nos explica que “na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado será punido (porque ele pode ter feito um seguro, por exemplo).”

Contudo, quanto a este argumento, este trabalho monográfico segue o raciocínio desenvolvido por André Gustavo Correa de Andrade²⁰⁹, quando diz que a operação que será realizada para fixar o valor correspondente à indenização punitiva deve ser feita em separado da operação que buscará apurar a indenização compensatória referente ao mesmo dano, de modo que a parcela punitiva não seria repassada à seguradora, somente a reparatória. Desta forma, o autor estabelece que:

Além disso, tendo o responsável contrato de seguro, a separação das parcelas possibilitaria excluir da indenização securitária o montante referente à indenização punitiva. Com efeito, o art. 781 do Código Civil limita a indenização securitária ao “valor do interesse segurado”, o que vale dizer que o segurado não deverá receber mais do que o necessário para reparar ou (em se tratando de dano moral) compensar o dano. A indenização punitiva, porque não se presta a reparar ou compensar o dano, não estaria, em princípio, abrangida pela cobertura securitária, ressalvada a existência de cláusula na apólice que previsse expressamente a cobertura dessa verba.”

Somente se ressalva, do fragmento colacionado acima, a possibilidade de previsão na apólice sobre a cobertura da verba punitiva, por entender, esta pesquisa, conforme esclarecido acima, que a pena civil teria caráter personalíssimo.

Essa pessoalidade da pena, por óbvio, insere também a pessoa jurídica como sujeito passivo das penas civis, sempre que o ato praticado se inserir no contexto da atividade empresarial.²¹⁰

Desta forma, percebe-se que, quando aplicada de forma adequada, a sanção civil sempre será qualitativamente indiferente com relação à indenização reparatória, por ter natureza peculiar em termos de estrutura e finalidade, implicando em verdadeira retribuição ao autor da violação, sem levar em conta a questão do ressarcimento.²¹¹

²⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 74.

²⁰⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 299.

²¹⁰ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 52.

²¹¹ *Ibidem*, p. 178.

Nelson Rosenvald²¹² defende ainda que a pena civil se subordina ao princípio da reserva legal, “pelo qual a lei antecipe no preceito secundário a ameaça de uma pena e, no preceito primário, descreva com precisão os seus contornos, (...) e taxatividade das hipóteses”. Contudo, na visão deste estudo, não deverá haver contornos rígidos definidos em lei, sob pena de desvirtuação do instituto, porém, o tema voltará a ser tratado no momento em que falarmos sobre a previsão legislativa.

Defende-se assim, a aplicação da pena civil, no ordenamento jurídico brasileiro por ser verdadeira técnica de controle social que busca inibir e retribuir comportamentos reprováveis, protegendo os valores sociais,²¹³ sendo, entendida como uma verdadeira “resposta jurídica a determinados comportamentos, ofensivos a certa categoria de bens jurídicos, em situações nas quais outras medidas ou formas de sanção se mostram inaptas.”²¹⁴

Insta ressaltar a necessidade de aplicação da pena civil no cenário brasileiro, que valoriza a responsabilidade objetiva, isto porque, no momento em que a culpa é abolida das discussões de responsabilidade, persistindo tão somente a conduta do agente e o nexo causal como suficientes a desencadear na reparação da vítima, a responsabilidade civil se exime da função de desestimular comportamentos indesejados, “pois a diligência do potencial causador do dano – ou o seu esforço na redução das margens de risco – não terá qualquer impacto.”²¹⁵

Assim, a pena civil busca evidenciar essa função de desestímulo, atuando naquelas situações em que a reparação por si só não é capaz de desestimular o ofensor à prática de ilícitos, mormente nos casos dos ilícitos lucrativos.²¹⁶

Logo conclui-se que “a pena civil se fará necessária em situações nas quais a mera reparação do dano foi insuficiente para dissuadir o ofensor, mas a sanção penal se mostrar excessivamente desproporcional”.²¹⁷ Neste sentido, inclusive, é válida a lição de Nelson Rosenvald:

²¹² ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 53.

²¹³ *Ibidem*, *loc.cit.*

²¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 229.

²¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 75/76.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 81.

²¹⁷ VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização Punitiva no Brasil: Desafios e Configuração. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57, jan/mar, 2014, p. 186.

Sustentamos que o setor da responsabilidade civil é apto a exercer importante função de garantia no ordenamento interno, tutelando a prevalência de direitos fundamentais e interesses gerais em contraste à expansão dos poderes privados. Isto se dará pelo recurso à sanção preventiva, como importante mecanismo operativo, capaz de garantir a liberdade dos cidadãos contra o arbítrio (não mais do Estado inimigo), mas do mercado desregulamentado, que comprime a autonomia dos privados e a tutela dos interesses públicos. A pena civil extracontratual oferece resposta a ilícitos perpetrados por meio de comportamentos que ofendem direitos de forma particularmente grave, sobremaneira nos casos em que os danos são de difícil demonstração (v.g., a violação de direitos da personalidade²¹⁸). Igualmente, será um instrumento de real efetividade quando aquele que ingressa com a demanda é apenas um dentre uma ampla categoria de pessoas ofendidas em situações semelhantes. Somem-se a isto as situações em que sanções penais se revelem insuficientes para operar com eficácia de desestímulo.²¹⁸

Restou demonstrado pois, que a aplicação dos *punitive damages* faz-se necessária no ordenamento jurídico brasileiro, visando efetivar a função dissuasiva da responsabilidade civil, mostrando-se adequada às demandas do momento histórico social, e se coadunando com a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito, necessitando, todavia, que haja alguma legislação acerca do assunto, para evitar abusos e indenizações milionárias, como ocorreu na experiência americana, até que fossem estabelecidos critérios de aplicação.

3.3.2 Os *punitive damages* como vertente pedagógica do dano moral

É importante ressaltar que, a despeito da experiência norte-americana que permite a aplicação dos *punitive damages*, consagrando assim tanto a função reparatória, quanto a função punitiva da responsabilidade civil, conforme já fora relatado, no ordenamento jurídico brasileiro, a função da responsabilidade civil é apenas ressarcitória, por previsão legal, do artigo 944²¹⁹ do Código Civil.

No entanto, a discussão acerca do caráter punitivo vem, cada vez mais, ganhando força nos países de *civil law* em virtude da insuficiência da indenização meramente compensatória, face às relações capitalistas e massificadas que dominam o cenário econômico atualmente.

²¹⁸ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 165.

²¹⁹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. [BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 abr. 2017].

Isto porque, sabe-se que o modelo ressarcitório implica em indenizar o sujeito lesado exatamente na proporção do dano sofrido, restabelecendo o *status quo ante*. Ocorre que, esta lógica funciona muito bem nos casos de ocorrência de danos patrimoniais, em que é possível fazer uma equação matemática dos danos sofridos, o que não ocorre da mesma forma no âmbito dos danos extrapatrimoniais, visto que não é monetariamente mensurável, de forma precisa, a sua extensão.²²⁰

Justamente neste terreno, todavia, é que a jurisprudência e doutrina majoritária brasileira vêm se debruçando para defender a aplicação da indenização punitiva. Isto é, como não existem parâmetros legais bem definidos acerca do tema, o Poder Judiciário vai construindo a sua própria aplicação prática, acabando por colocar a indenização punitiva como uma “extensão natural” do dano moral, de forma que a sua concessão se dá em conjunto com o *quantum* reparatório a título de dano moral, criando uma grande confusão.

Sobre a questão, é válida a ilustração que segue:

Como meio de mitigarem a aplicação da sanção no seio indenizatório, a doutrina quase unânime só admite a punição quando houver dano moral. Ou seja, a doutrina e a jurisprudência concordam em grande parte que deve haver uma indenização punitiva para certos casos, porém para não adotarem inteiramente, receosos quanto aos seus efeitos, limitaram-no ao dano moral. A jurisprudência aproveitando da imensurabilidade deste tipo de lesão embute na indenização, uma punição.²²¹

Ocorre que, conforme fora exaustivamente repisado no tópico anterior, a função da pena civil não guarda qualquer semelhança com a função da reparação, visto que, enquanto aquela busca punir e dissuadir o ofensor de persistir cometendo práticas danosas, esta se presta a compensar o dano sofrido, restabelecendo o estado anterior das coisas.

Muito embora as funções da pena civil ainda serão discutidas mais a fundo neste capítulo, é certo que, com as premissas até aqui estabelecidas, já é possível afirmar que é um erro dos magistrados condenar o ofensor a pagar uma única quantia, supostamente apta a desempenhar a função reparatória do dano moral e a função de

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 21.

²²¹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 11.

pena civil, sem distinguir as análises, que, consoante já fora esclarecido, devem ocorrer de forma separada.

É importante ressaltar que, a razão de ser da expansão da função punitiva em nosso ordenamento ter caminhado de forma intrínsecamente ligada aos danos morais pode ser ligada ao fato de que, anos atrás, o pagamento pela dor sofrida era considerado imoral, de modo que foi necessário encontrar outra motivação para evitar que as condenações por danos a direitos extrapatrimoniais continuassem a ter caráter meramente simbólico. Assim, passou-se a considerar que a pena privada seria fundamento bastante aceitável diante da ocorrência de danos morais, ganhando espaço a discussão.²²²

Contudo, fora anteriormente relatada um pouco da experiência americana dos *punitive damages*, onde o instituto verdadeiramente fincou as suas raízes, e esclareceu-se que, no ordenamento jurídico norte-americano, os *exemplary damages* são aplicados tanto em dano patrimoniais como extrapatrimoniais, não existe uma obrigatoriedade de vinculação com os danos morais. Aqui, ao revés, a doutrina é relutante em expandir a sanção punitiva para danos essencialmente econômicos, apesar de os *exemplary damages* terem como escopo primordial inibir condutas análogas, e não, ressarcir o lesado.²²³

Assim, no Brasil, “vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral.”²²⁴ Neste sentido, inclusive, destaca Anderson Schreiber:

Assim, a doutrina amplamente majoritária sustenta um duplo caráter de reparação do dano moral: (i) o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; (ii) o “caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou”. (...) Fala-se, no mesmo sentido, em função pedagógica, dissuasiva ou de desestímulo, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior ao dano moral efetivamente sofrido.

Todavia, Nelson Rosenvald, elucida três premissas básicas e fundamentais para compreender o cerne da discussão que está sendo trazida no presente trabalho,

²²² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 52.

²²³ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 177.

²²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 211/212.

sendo elas: 1) a pena civil não guarda identidade com os danos extrapatrimoniais; 2) a pena civil só se justifica como punição se conjugada a comportamentos caracterizados pelo dolo ou culpa grave; 3) a sentença pode condenar o agente causador do dano à pena civil mesmo que não reconheça a configuração do dano moral.²²⁵

Sendo assim, filiando-se à forma estadunidense de aplicação do instituto, é clarificado que não se pode considerar a ocorrência de danos morais uma condição *sine qua non* à possibilidade de aplicação dos *punitive damages*, como preconiza, por exemplo, André Gustavo Correa de Andrade²²⁶, ao classificar a ocorrência de dano moral como “pressuposto à indenização punitiva”.

Tanto não é um requisito essencial que, o eventual julgamento de improcedência do pleito de indenização por dano moral não pode ser prejudicial à análise, em apartado, do pleito de *punitive damages*. Ou seja, se o exame da esfera psicológica do lesado não aponta a ocorrência de danos extrapatrimoniais aos seus direitos da personalidade ou esfera de dignidade, “isto não será um fato impeditivo ao minucioso exame do comportamento intencional do ofensor causador do dano e das demais circunstâncias relacionadas ao ilícito por ele perpetrado.”²²⁷

Por isto, “tão salutar quanto a discussão sobre a introdução da sanção punitiva no Brasil é a própria delimitação das extremas do dano moral”²²⁸, visto que, se dele se excluir aquilo que não lhe pertence, perceber-se-á que aquele excesso que vem erroneamente sendo incluído nele, poderia perfeitamente se ajustar a outro instituto jurídico, qual seja, a indenização punitiva.

Sobre esta situação esquizofrênica que está ocorrendo cotidianamente na justiça brasileira, vale colacionar o entendimento de Judith Martins-Costa e Mariana Parglender²²⁹:

Presente essa contradição que haveria ao estenderem-se os *punitive damages* aos casos de imputação objetiva- e presente, fundamentalmente, o

²²⁵ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 182.

²²⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 262/264.

²²⁷ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 187/188.

²²⁸ *Ibidem*, p. 184.

²²⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 24.

modelo construído na tradição anglo-saxã- estamos convictas ser condição de aplicação dessa doutrina o elemento subjetivo, elemento verdadeiramente inafastável, batendo lembrar- em análise sistemática- que a responsabilidade objetiva não é admissível no âmbito do Direito Penal, nem mesmo na seara ambiental.

No mesmo sentido, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa²³⁰ esclarece que o caráter punitivo não é inerente à natureza da indenização por dano moral, tendo em vista que desde os primórdios do instituto, já era aplicado como forma de agravamento da indenização de prejuízos de caráter patrimonial, desta forma, não há que se confundir com um aspecto próprio do dano moral.

Ademais, ressalta o supracitado autor, de forma bastante conclusiva que:

O que o caráter punitivo da indenização por dano moral faz, e é aí que reside o problema, é a agravar a dificuldade de mensuração inerente a este tipo de lesão, ao introduzir na equação elementos estranhos ao próprio conceito de dano (como o grau de culpa e o patrimônio do ofensor), e, conseqüentemente, elevar absurdamente o grau de incerteza do ofensor quanto à ordem de grandeza da indenização que eventualmente poderá ser condenado a pagar. Sendo o valor da condenação arbitrado conforme preconizam a doutrina e a jurisprudência dominantes atualmente, não há como saber o que é indenização e o que é multa, onde começa a reparação e onde termina a punição. O que inclusive, dificulta a revisão do valor das indenizações pela instância superior.²³¹

O que se pretende esclarecer, no entanto, é que, apesar de concordar com os argumentos utilizados por Eduardo Yoshikawa²³² para defender que a indenização punitiva não deve ser aplicada de forma exclusiva ao dano moral, como se fosse uma categoria inerente a este, o referido autor entende que a melhor solução é afastar a aplicabilidade dos *punitive damages* do ordenamento brasileiro.

No entanto, o que aqui se defende é a sua aplicação, porém não da forma que vem sido feita atualmente, como um “desdobramento natural” da indenização por danos morais, e sim, como o instituto é aplicado no direito norte-americano, como *plus pecuniário* em casos que a conduta do ofensor seja gravemente reprovável, seja o dano causado material ou moral.

²³⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/88 e do art. 944, caput, do CC/2002). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul/set, 2008, p. 88.

²³¹ *Ibidem*, p. 90/91.

²³² *Ibidem*, *loc.cit.*

Até porque, como bem destaca Adalmo Júnior²³³, diante de um caso concreto, muitas vezes o dano moral e material são indissociáveis, ficando difícil distinguir onde um termina e começa o outro, o que, inclusive, influenciou o Superior Tribunal de Justiça a editar a súmula 37²³⁴ que determina ser possível a cumulação de indenização por danos morais e materiais diante do mesmo fato.

Assim, não somente por conveniência, mas por verdadeira necessidade, a operação realizada para a fixação do *quantum* correspondente aos *punitive damages* deve ser feita separadamente da realizada para se chegar ao valor referente à indenização reparatória da mesma lesão, para que se garanta uma verdadeira transparência e controle sobre a adequação dos critérios utilizados, da valoração efetuada pelo julgador.²³⁵

Este critério bifásico, que consiste na separação das análises, é sensato e coerente com a exata medida do dano moral, visto que será constatada a violação a situações jurídicas existenciais inicialmente, e, em regra, o dano extrapatrimonial se configurará *in re ipsa*, visto que basta a narração dos fatos para que o julgador seja capaz de detectar a ofensa à dignidade da pessoa humana.²³⁶

Assim, o que acontece atualmente no Brasil, ao tratar dos *exemplary damages* como um “apêndice do dano moral” é que, ou não se analisa a culpa do ofensor e apenas em existindo elementos para responsabilizá-lo objetivamente, o julgador já concede indenização punitiva, violando o pressuposto central do instituto, que é a análise da reprovabilidade da conduta do ofensor, ou, se analisa a culpa para a própria configuração do dever de reparar os danos morais sofridos, o que não pode ser

²³³ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 27.

²³⁴ Súmula 37 São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. [Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=37&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 07 abr. 2017].

²³⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 299.

²³⁶ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 184.

aceitado, em virtude do disposto nos artigos 186²³⁷ e 927, parágrafo único²³⁸ do Código Civil.

Ressalte-se que, o dolo ou culpa grave do ofensor não serão critérios de indentificação da função reparatória responsabilidade civil, mas sim da pena civil a ela acrescida – e não – incluída.²³⁹

A emergência dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro, e a causa do seu sucesso e popularidade se deve exatamente ao fato de virem sendo adotados sem previsão legal anterior, de modo que os magistrados, diante de flagrantes injustiças, não se sentem no dever de aguardar a atuação do Poder Legislativo, fazendo as regras de aplicação no caso concreto, o que também leva, infelizmente, à consequência negativa de esta também ser “a razão subjacente à construção tortuosa do caráter punitivo como elemento de reparação do dano moral, e não como parcela adicional à compensação.”²⁴⁰

Por este motivo, Anderson Schreiber frisa que a defesa à adoção dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro se faz inadequada, por estar na contramão da recente evolução da responsabilidade civil, uma vez que com o destaque da responsabilidade objetiva, o instituto tem ficado cada vez mais sensível à noção de culpabilidade, enquanto que a indenização punitiva é justamente a essência da orientação oposta, fundando-se por completo na noção de culpabilidade do agente.²⁴¹

Pelo exposto, resta claro que há uma grande confusão na dinâmica assumida pelos *punitive damages* dentro do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela tardia regulamentação acerca da indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, seja por ser um terreno mais subjetivo, que admite diversas interpretações quanto às circunstâncias que ensejariam uma reparação.

²³⁷ 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. [BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017].

²³⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [*Ibidem, loc.cit.*].

²³⁹ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 186.

²⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 215.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 217.

Todavia, demonstraremos oportunamente julgados que materializam toda esta problemática, pois passaremos agora a explicar as valiosas funções desenvolvidas pelo instituto, e, por conseguinte, a contribuição que teria na proteção dos bens jurídicos, se fosse efetivamente recepcionado e positivado pelo direito brasileiro, com contornos mais sólidos.

3.4 FUNÇÕES: PUNITIVA x DISSUASIVA/PREVENTIVA

No primeiro capítulo deste trabalho destacou-se um breve panorama de evolução da responsabilidade civil, notadamente no ordenamento jurídico brasileiro, e demonstrou-se que a ideia da culpa como elemento probatório necessário ao alcance das vítimas à reparação acabou sendo um fator que barrava a reparabilidade integral dos danos, visto que, frente ao contexto histórico da época, o desenvolvimento tecnológico exacerbado dificultava muito a produção de provas, criando a situação da “prova diabólica”.

Assim, como a responsabilidade civil é, por natureza, um instituto que busca atender às necessidades sociais, devendo, assim, se adaptar e evoluir junto com as mudanças da sociedade, o legislador sentiu a necessidade de, se inspirando na doutrina estrangeira, principalmente no Código de Napoleão, introduzir um sistema de reparabilidade que facilitasse aos lesados o acesso às indenizações que lhe eram devidas, alcançando a modalidade objetiva de reparação.

Narrou-se ainda que, atualmente, há uma grande resistência doutrinária em acatar a função punitiva da indenização, tendo em vista os primórdios do instituto, que implicava num exercício incipiente e desregrado da vingança privada.

Todavia, é certo que o sistema jurídico já evoluiu bastante desde os tempos antigos, tendo hoje uma sistemática regrada e bem delineada que não mais abriria espaço para um exercício “do mal pelo mal”.

No entanto, a evolução social não para, e junto com essas mudanças, devem os institutos jurídicos evoluir, sob pena de tornarem-se insuficientes aos seus propósitos ou até obsoletos.

Neste diapasão, faz-se mister salientar que nos dias atuais a responsabilidade civil positivada no Código Civil brasileiro, que possui função meramente ressarcitória, vem mostrando as suas falhas de operação, sendo necessário, por conseguinte, que o instituto novamente se modifique, para se adaptar às necessidades dos cidadãos.

A preocupação da responsabilidade civil não pode se circunscrever, assim, ao dano já consumado e à reparabilidade deste, é necessário que haja o objetivo de impedir a prática do dano, sua continuação ou repetição, mormente no tocante àqueles bens ou direitos que não encontram na tutela reparatória uma adequada proteção, a exemplo dos direitos da personalidade.²⁴²

É necessário pois, que haja um instituto apto a materializar e operacionalizar estas funções de prevenção/dissuasão e punição, que estão se fazendo necessárias frente ao contexto histórico atual.

Desta forma, a função dos *punitive damages* é punir o ofensor de modo a estabelecer uma sanção, um *quantum*, adicional à indenização compensatória a que foi condenado, visando servir de exemplo para que aquela pessoa ou empresa não venha a repetir aquele ato lesivo, e ainda, para que terceiros, em tendo conhecimento da sanção, também não o façam. No entanto, não serão aplicáveis a toda e qualquer lesão, devendo preencher requisitos já comentados em tópico anterior.

Desta forma, há uma distinção fundamental entre a tutela ressarcitória e a tutela inibitória, visto que esta visa a prevenção da realização, da continuação ou da reiteração do ilícito, enquanto aquela se digna a identificar quem deve reparar um dano já consumado, independentemente de o dano ter sido praticado com ou sem culpa.²⁴³

Adotar os *punitive damages*, portanto, “não se trata de desvalorizar o papel tradicionalmente desempenhado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer, de

²⁴² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 225.

²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 36.

um lado, que a prevenção do dano é preferível”²⁴⁴, tanto para o lesado como para o ofensor.

Neste sentido, Ramón Daniel Pizarro²⁴⁵ descreve que as funções preventiva e ressarcitória se complementam:

A função preventiva do direito de danos tem aumentado de importância nos últimos tempos. Esta atitude, de viés claramente dissuasório, apresenta-se como um complemento idôneo às tradicionais vias ressarcitórias. Tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação.

Seguindo a mesma, linha, André Gustavo Correa de Andrade traz a sua contribuição:

A indenização punitiva atende a dois propósitos bem-definidos que a apartam da indenização de natureza compensatória: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio de dissuasão). Essas duas finalidades estão intensamente interligadas e constituem como que as duas faces de uma moeda: a punição tende a prevenir; a prevenção se dá por meio de uma punição.²⁴⁶

É preciso, pois, que se reconheça que não há incompatibilidade entre as funções de compensação e dissuasão, e sim complementariedade, e que, a simples reparação do dano causado se tornou insuficiente para atender satisfatoriamente aos conflitos sociais modernos.

Isto porque, o mercado capitalista, lastreado na produção massificada tende a lesar os direitos dos indivíduos, buscando sempre uma maior lucratividade, uma expansão econômica. Neste ponto, volta-se à discussão dos ilícitos lucrativos, que já foram anteriormente citados, porém, é válida a lição abaixo para esclarecer o tema:

Os ilícitos lucrativos, na forma coloquial, são condutas lesivas que “valem a pena”. Os lucros dela auferidos são superiores aos eventuais prejuízos a serem ressarcidos, o que pressupõe uma visão economia dessa dinâmica. A indenização punitiva deve conscientizar o agente de que o ilícito não compensa ou, no famoso adágio anglo-saxão, *tort does not pay*. Ocorre que, hoje, a concepção tradicional da Responsabilidade Civil, fundada no rigoroso princípio da reparação integral, tem se tornado verdadeira carta de alforria para que o ofensor, ciente, *a priori*, dos eventuais danos que possa causar, internalize tais custos como variável da equação que, ao fim, resultará em lucro auferido.²⁴⁷

²⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 227.

²⁴⁵ PIZARRO, Ramón Daniel *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2003, p. 227.

²⁴⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2009, p. 239.

²⁴⁷ LEVY, Daniel de Andrade *apud* CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 74/75.

Diante deste cenário, não pode o sistema jurídico se curvar a estas práticas lesivas, aceitando-as sem que seja imposta uma sanção eficiente a barrar a repetição desses acontecimentos.

Como bem destacou o trecho acima citado, o ordenamento jurídico deve fazer com que as suas normas sejam respeitadas, senão pela simples consciência de respeito às normas, ao menos por medo de uma sanção desconfortável, visto que a debilidade econômica do valor das indenizações reparatórias, notadamente aquelas concedidas a título de danos morais, implica em reduzir a imperatividade do ordenamento jurídico, prejudicando a coercibilidade das normas.²⁴⁸

O que se objetiva, então, através da aplicação dos *punitve damages* é restabelecer a imperatividade das normas jurídicas, estimular o obediência destas pelo temor da imposição de punições desconfortáveis em caso de descumprimento, evitando que a reparação se torne um “preço” já conhecido previamente, que o ofensor se disponha a pagar para continuar violando os direitos de outrem.²⁴⁹

Ressalte-se que a base de sustentação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro é a chamada “Teoria do Valor do Desestímulo”²⁵⁰, que implica em considerar que a sanção imputada ao causador do dano desestímule este e o restante da sociedade a praticar condutas análogas.

A aplicação desta teoria é fundamental para que o ofensor se abstenha de praticar novas condutas lesivas, servindo a condenação, ainda, como aviso à sociedade, de modo que, ao mesmo tempo em que se sanciona os autores dos danos, oferecem exemplos à sociedade, de que certos comportamentos são repudiados pelo direito.

Isto porque, sabe-se que grande quantidade dos processos em curso na justiça brasileira, hoje em dia, principalmente nos juizados especiais cíveis e do consumidor, provêm de práticas lesivas reiteradas, praticadas pelas grandes empresas, que cotidianamente lesam em pequenas quantias os seus consumidores, enriquecendo às custas destes, visto que poucos serão aqueles que irão a juízo reclamar e, destes

²⁴⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 244.

²⁴⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁵⁰ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 34.

que irão e ganharão, a monta das indenizações devidas será inferior ao montante global subtraído, de forma que vale a pena, economicamente, persistir nas práticas lesivas.²⁵¹

Assim, a função dissuasiva/dissuasória, busca prevenir novos comportamentos reprováveis, invertendo essa lógica de custo-benefício e demonstrando a essas empresas que devem agir de forma proba perante os seus usuários, pautando-se na boa-fé contratual.

Assim, é certo que a função de dissuasão age como um medicamento que ataca a própria doença, de modo que esta não volte a se manifestar, diferentemente do que faz a indenização compensatória, que somente trata os sintomas, não curando a origem, fazendo com que a doença volte a se manifestar.²⁵²

“Desta forma, as funções punitiva e dissuasiva se interligam: a punição tendendo a prevenir, e a prevenção sendo exercida por meio da punição.”²⁵³

É importante que seja a indenização punitiva incluída de forma legítima pelo sistema brasileiro pois, ainda que o modelo de responsabilização objetiva seja eficaz para viabilizar o acesso das vítimas às reparações, é ineficaz quanto ao fator de desestímulo a condutas lesivas, visto que diante da certeza de que qualquer dano implicará no dever de indenizar, independentemente de culpa, o agente econômico é estimulado a incluir o “custo do risco” no próprio preço do produto/serviço, fazendo uma calculada coletivização das perdas.²⁵⁴

Esclareça-se que, não somente os ilícitos lucrativos são motivos que demandam a inclusão da pena civil no ordenamento jurídico brasileiro, mas também as situações de danos causados com dolo ou culpa grave, que não necessariamente terão que ser reiteradas, pois, como a própria denominação sugere, a indenização punitiva exerce

²⁵¹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 40.

²⁵² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 225.

²⁵³ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 188.

o papel e punição de condutas graves, que atua como retribuição à lesão injustamente causada ao ofendido.²⁵⁵

Ao inverter o foco da figura do lesado para a do ofensor, a indenização punitiva serve a um imperativo ético, pois determina a valoração diferenciada para comportamentos que merecem diferente censura, ou seja, possibilita a distinção entre comportamento mais reprovável de um menos reprovável.²⁵⁶

Neste tocante, é fundamental colacionar um exemplo trazido por André Gustavo Correa de Andrade, que, embora extenso, é esclarecedor ao que se está pretendendo demonstrar neste trabalho:

Imaginem-se dois acidentes de trânsito, o primeiro, causado por motorista que tem habilitação há anos, sem uma única infração, que dirigia em velocidade compatível com o local, mas, por inexplicável imperícia na mudança de marchas, perdeu o controle do automóvel em uma curva e colidiu com outro veículo. O motorista prontamente socorre a vítima, levando-a ao hospital, dando-lhe toda a assistência necessária e demonstrando grande consternação com o ocorrido. O segundo acidente é causado por motorista que, após ingerir bebida alcoólica em quantidade acima da permitida pelas leis de trânsito, dirigia seu automóvel em rua movimentada, em excesso de velocidade, apostando corrida com outro veículo, o que fez com que perdesse o controle e atingisse um terceiro automóvel. Após o acidente, o motorista tenta se evadir do local sem prestar auxílio à vítima, só não o conseguindo porque é alcançado pela polícia. Em nenhum momento o motorista causador do acidente demonstra arrependimento, e até manifesta indiferença pelo ocorrido. Assumindo que as vítimas de ambos os acidentes hipotéticos sofreram lesões igualmente graves e abstraindo qualquer outra possível diferença relevante entre as situações, atentaria contra o senso comum condenar os dois motoristas ao pagamento de igual valor de indenização por dano moral. Repugnaria ao sentimento de justiça atribuir igual peso a condutas tão desiguais, porque tão diferentemente censuráveis (...) em atenção à distinta reprovabilidade das condutas dos motoristas ou à diferente intensidade da culpa de cada um.²⁵⁷

Ora, o que se percebe do exemplo acima trazido é que, na primeira situação o erro era inescusável, ou seja, qualquer pessoa diligente, diante da mesma situação poderia ter causado o resultado mencionado, mesmo sem ter tido nenhuma intenção ou assumido nenhum risco para tal. Neste caso, tendo em vista que a responsabilidade civil objetiva prega que somente são requisitos ao dever de indenizar, a conduta do agente, o dano causado e o nexo de causalidade, é certo que o motorista A teria de ressarcir a vítima

²⁵⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 239.

²⁵⁶ *Ibidem*, loc.cit.

²⁵⁷ *Ibidem*, loc.cit.

pelos danos causados, tanto materiais quanto morais, se fosse o caso. Porém, não há que se falar em *punitive damages* no caso em comento.

Já na segunda situação, de forma diversa, o elemento subjetivo do agente se mostra claro, este agiu de forma completamente alheia ao seu dever geral de cautela, e, por isso, além de reparar a vítima pelos danos causados, deve o motorista B ser condenado a pagar um *plus* pecuniário a título de *punitive damages*, visto que, além de merecer uma retribuição pelo mal causado, o tipo de conduta ilícita praticada por ele, sim, precisa ser dissuadida, ou seja, este ofensor precisa se conscientizar de que a sua conduta foi reprovável e contrária ao direito e não deverá ser repetida.

É essencial ainda, esclarecer que não se pode afirmar que no caso dos eventuais julgamentos dos casos de acidente narrados acima, a imposição de uma quantia mais elevada de indenização para a agressão dolosa decorra do maior sofrimento experimentado pela vítima, do que, na mesma agressão – de natureza não intencional. Visto que, isto seria compatível a inserir um elemento *ad hoc*, qual seja, “um *plus* de sofrimento da vítima” em razão da intenção do autor do dano, que é um elemento de difícil ou impossível comprovação.²⁵⁸

Já que a pessoa lesada, no momento que sofreu o dano – e no exemplo foi dito que as consequências dos dois acidentes foram igualmente graves – jamais saberá se aquela atitude foi ou não intencional, pouco importa, o sofrimento que lhe será causado é o mesmo, nas duas situações. Assim, o que impõe uma consequência condenatória mais grave no segundo caso é a análise posterior, pelo julgador, da maior reprovabilidade da conduta do sujeito que causou o dano, ante às circunstâncias do caso concreto, e não um “*plus* de sofrimento da vítima”.

Deve haver, então, um enfoque da finalidade preventiva/dissuasória, porque valoriza os bens e interesses jurídicos, pregando uma “não danificação” e não o seu valor

²⁵⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 240/241.

econômico.²⁵⁹ Inclusive, o art. 5º, inciso XXXV²⁶⁰, da CF/88, garante a proteção judiciária contra a ameaça a direito, reforçando a necessidade da tutela inibitória.²⁶¹

A função dissuasória, é, portanto, a mais importante das finalidades dos *punitve damages*, desempenha um papel importante nas situações nas quais a indenização compensatória não vem constituindo resposta jurídica socialmente adequada e eficaz, além de atender a “um anseio geral de proteção da dignidade humana em uma época em que o indivíduo se vê imprensado, comprimido por interesses econômicos, sempre colocados em primeiro plano.”²⁶²

Em contrapartida, Nelson Rosenvald²⁶³ elucida que “a punição, por sua vez, será um efeito necessário do uso da sanção, não um escopo em si”.

Porém, esta função de evitar danos será inócua se o Direito não fornecer instrumentos adequados de sua efetivação, de forma que é necessário que se adotem instrumentos para esta operacionalização.²⁶⁴

Assim, no entendimento seguido por esta pesquisa, a indenização punitiva, consubstanciada na pena civil de natureza pecuniária, funciona como adequado instrumento preventivo de condutas ilícitas, fomentando a cautela na gestão dos riscos da atividade e possibilitando uma efetiva redução dos danos através da prevenção.

3.5 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: O PROBLEMA DA NÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

²⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 226.

²⁶⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017].

²⁶¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2009, p. 225.

²⁶² *Ibidem*, p. 245.

²⁶³ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil.** São Paulo: Atlas. 2013, p. 80.

²⁶⁴ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil.** 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 65.

Inicialmente, para discorrer sobre a aplicação que tem sido feita atualmente, pela jurisprudência brasileira, dos *punitive damages* ou “função pedagógica do dano moral”, conforme foi elucidado anteriormente, é preciso rememorar de forma sucinta sobre a confusão que se instalou.

Por não haver previsão legislativa acerca do tema, e por outro lado, a função meramente reparatória da responsabilidade civil vir mostrando as suas falhas frente a situações de danos gravemente dolosos, danos repetitivos, ilícitos lucrativos, indústria do dano moral, dentre outros aspectos abordados nesta pesquisa, os magistrados vêm aplicando a função punitiva da indenização de forma muito incipiente, e desuniformizada, não havendo segurança quanto aos critérios ou formas de aplicação.

Narrou-se que, a maneira mais comum de vermos a aplicação dos *punitive damages* na experiência brasileira é como um desdobramento lógico do dano moral, ou seja, o *quantum* concedido a título de danos morais abarcaria a função de reparar e também de punir e desestimular o ofensor, sendo certo que não se esclarece qual parcela deste valor se destinaria à função compensatória e qual parcela se referiria à função punitiva.

Diversas são as problemáticas relacionadas a essa esquizofrênica situação, que já foram pinceladas, mas é de bom alvitre frisar: a um, o instituto na sua origem não se aplica somente aos danos morais, a dois, para que haja aplicação de *exemplary damages* é pressuposto que se faça uma análise do elemento subjetivo do ofensor, a três, é uma quantia independente – que deve ser concedida de forma isolada, e não conjugada com os danos morais, até para facilitar eventual interesse recursal acerca do assunto.

Não fosse suficiente, destacou-se anteriormente o raciocínio de Anderson Schreiber²⁶⁵ no sentido de que é um grave equívoco a aplicação dos *punitive damages* como conteúdo dos danos morais, visto que, isto vai de encontro à recente evolução da responsabilidade civil, visto que existe hoje no Código Civil uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Inclusive, como clarifica o supracitado autor:

Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em

²⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 217.

que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto.²⁶⁶

Neste sentido, a posição jurisprudencial que vem sendo adotada atualmente no Brasil contraria expressamente o artigo 944 do Código Civil, e, ao combinar os critérios punitivos e compensatórios dentro do mesmo instituto, se distancia completamente do modelo estadunidense que distingue claramente os *compensatory damages* dos *exemplary damages*.²⁶⁷

Isto porque, é exatamente na seara dos danos morais, que a jurisprudência brasileira tem aplicado condenações punitivas, pois, “no Brasil, toda a discussão em torno do caráter exemplar da responsabilidade civil acaba por cingir-se à problemática da reparação do dano moral.”²⁶⁸

Neste sentido, Adalmo Oliveira dos Santos Júnior²⁶⁹ destaca que:

A doutrina e jurisprudência majoritária brasileira atualmente reconhecem o caráter punitivo das indenizações que envolvem o dano moral. Como será expandido posteriormente, não há qualquer fundamentação plausível para a adoção dos *punitive damages* no dano extrapatrimonial e sua restrição no dano material. Não há diferença ontológica entre dano material e moral que justifique essa distinção. E ainda, há que se ressaltar que o foco não é primordialmente o dano, e sim, a conduta do agente, não importando a qualidade da lesão”.

Acreditam alguns autores²⁷⁰, todavia, que isso ocorra em razão de a indenização por dano moral ter sido um tema muito polêmico e tormentoso até a Constituição de 1988, “por isso escolhem o caminho mais fácil, pois como somente o dano extrapatrimonial é imensurável, torna-se extremamente viável a aplicação de sanção de natureza civil.”²⁷¹

Pelos motivos já expostos, discorda-se da linha de raciocínio que pauta as decisões dos nossos tribunais superiores quanto à forma de aplicar o instituto, atualmente.

²⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 213.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 212/213.

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 24.

²⁶⁹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 23.

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. *Op.cit.*, p. 22.

²⁷¹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. *Op.cit.*, 2007, p. 25.

Consiste em grave erro do julgador aferir a malícia do agente ou o seu desprezo quando da prática da conduta lesiva no momento da justificação do cálculo do valor dos danos morais. Ao identificar ofensas à dignidade humana, o magistrado deverá, para arbitrar a indenização compensatória, apenas verificar a extensão do dano e o impacto do dano na esfera psicofísica da vítima, sem fazer, neste momento, consideração a respeito das razões que levaram o agente a praticar o ilícito, ou qualquer finalidade inibitória.²⁷²

O que ocorre na prática, é uma confusão entre a função dissuasiva e a reparatória, unindo-as como uma única condenação, “por consequência, gera-se uma insatisfatória reparação dos danos, como também uma insuficiente ou ao menos imperceptível prevenção e punição de comportamentos lesivos.”²⁷³

É tendência na jurisprudência atual²⁷⁴, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, nos mostra “um contínuo recurso à função de punir e/ou prevenir no interno do dano moral, quando, em verdade, seria própria de uma condenação autônoma, a título de pena civil.”²⁷⁵

Entretanto, a aplicação dos *punitive damages* exige, como mostrou, outros critérios, que precisam ser analisados, sob pena de o instituto ser inútil aos fins que persegue. Caso contrário, a aplicação indiscriminada da indenização punitiva, a todo e qualquer

²⁷² ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 183/184.

²⁷³ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁷⁴ A título de exemplificação, colaciona-se a seguinte ementa: LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (...) O dano moral encontra matriz constitucional cujas regras expressam a tutela aos direitos da personalidade; Para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a condição social das partes, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação para a vítima, não podendo ser fonte de locupletamento; (...) pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar ("punitive damages"), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 455846/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 21/10/2004]. No mesmo sentido: [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1171826/RS**, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 27/05/2011]; [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 140499/RS**, Rel. Min. Marga Tessler. DJ 28/05/2015]; e [BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 344005020095150109**, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 03/11/2015].

²⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 187.

caso, além de se mostrar como um jogo de azar, acarretaria situações indesejáveis de hiper-prevenção e supercompensação.²⁷⁶

Sendo assim, faz-se mister diferenciar o arbitramento de indenização por dano moral, no seu caráter compensatório, que diz respeito a utilizar critérios de ponderação axiológica e proporcionalidade, considerando a posição da vítima e o prejuízo causado – para quantificar o montante indenizatório –, e a concessão de indenização punitiva quando da existência de algum dano moral, que é noção distinta de ressarcimento, significando verdadeira imposição de pena, com base em conduta reprovável – dolosa ou gravemente culposa.²⁷⁷

Isto porque, na primeira hipótese, a indenização compensatória dos danos morais será devida frente a quaisquer critérios de imputação – objetivo ou subjetivo – e, na segunda hipótese, relativa aos *punitive damages* somente deveria ser aplicada em caso de imputação de responsabilidade subjetiva, sob pena de ocorrer uma grave contradição. Uma vez que, conforme explicam Judith Martins-Costa e Mariana Parglender²⁷⁸ o que é avaliado para fixar o quantum da indenização punitiva é “a maior ou menor gravidade da conduta do autor do dano e o maior ou menor grau de reprovação ético-jurídica da conduta”.

Porém, neste trabalho, concorda-se com a ideia de que os *punitive damages* não serão excluídos dos casos em que a lei prevê a responsabilização objetiva do agente. Sendo necessário, somente, que a avaliação dos montantes indenizatórios – reparatório e punitivo – ocorra em momentos distintos, para evitar confusões conceituais.

Desta forma, não só a jurisprudência se equivoca na aplicação dos parâmetros de aplicação dos *punitive damages*, mas os advogados, no Brasil, ao pleitear a aplicação da indenização punitiva, comumente, para não dizer sempre, fazem dentro do tópico que pleiteia os danos morais, como um *plus* indenizatório pelo “sofrimento” da vítima, sem qualquer distinção, em casos de imputação objetiva da responsabilidade do agente causador do dano.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 23.

²⁷⁷ *Ibidem*, loc.cit.

²⁷⁸ *Ibidem*, loc.cit.

Assim, a utilização da indenização punitiva, como está hoje, no Brasil, enseja mais problemas do que soluções, evidencia a chamada loteria forense, e a insegurança/imprevisibilidade nas decisões judiciais. Além de, por não haver critérios de distinção, por vezes acaba por premiar vítimas, causando enriquecimento sem causa e fomentando a famigerada indústria dos danos morais. De forma que, para que a pena civil tenha, de fato, alguma utilidade quanto aos fins que persegue – dissuadir e punir – “parece necessário resolver os dois problemas que mais ameaçam a justiça do seu mecanismo: o forte incentivo à malícia e a sua dependência completa do arbitrio do juiz.”²⁷⁹

Desta forma, na linha de raciocínio seguida pela presente pesquisa monográfica, critica-se a prática arraigada na doutrina e principalmente na jurisprudência brasileira de apenas conceder indenizações punitivas em ações que pleiteiam danos morais, e mais ainda, de tratar os *punitive damages* como verdadeiro desdobramento do dano moral, muitas vezes sem sequer analisar a existência de aspecto subjetivo do causador do dano.

²⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 76.

4 PRINCIPAIS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O que se busca neste capítulo é a análise das principais críticas que se fazem à aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os devidos contrapontos a cada uma delas.

Destaca-se no entanto que, não se busca neste trabalho esgotar a análise de todas as críticas feitas ao instituto, por não caber um estudo tão aprofundado, que resultaria em um prolongamento excessivo da obra. Desta forma, selecionou-se as objeções mais contundentes e recorrentes para serem detalhadas.

4.1 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGISLATIVA ESPECÍFICA- *NULLA POENA SINE LEGE*

Uma das maiores críticas feitas à aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, diz respeito à ausência de previsão legislativa acerca do tema, pois, tendo em vista que trata-se de inegável aplicação de pena, ainda que na esfera civil, feriria ferrenhamente o princípio da reserva legal, mais conhecido como *nulla poena sine lege*²⁸⁰, consagrado no artigo 5º, XXXIX²⁸¹ da Constituição Federal de 1988.

Contudo, existem diversos contrapontos a esta crítica, alguns mais sólidos, e outros nem tão adequados, no entendimento seguido por esta pesquisa, conforme se passa a demonstrar.

²⁸⁰ Sobre o tema: “É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. (...). Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.” [GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2013, p. 94/95].

²⁸¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mai. 2017].

André Gustavo Correa de Andrade²⁸² nos explica que a indenização punitiva do dano moral seria aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, independente de previsão legal, pois, entende que o fundamento deste instituto encontra-se na própria Constituição Federal, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecido no art 1º, inciso III do referido diploma. Neste sentido, o autor afirma que:

Dissemina-se a ideia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional. (...). Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato. (...). Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.

Todavia, no entendimento desta linha de pesquisa, embora se concorde que deva haver uma forte proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por ser elemento fundante do sistema jurídico, não se concorda que o argumento apresentado seja suficiente.

Isto é, o simples fato da existência de previsão constitucional acerca do mencionado princípio não é suficiente a legitimar a aplicação de sanções punitivas sem previsão infraconstitucional que traga contornos e garantias, sob pena de haver uma grande insegurança jurídica por parte dos litigantes que estarão sujeitos a sofrer essa sanção.

Ou seja, embora se considere o argumento apresentado, parece ser a “saída mais fácil”, menos trabalhosa, que, no entanto, gera um terreno de grandes incertezas.

Além de que, a justificativa dada pelo autor fica muito atrelada à ideia de dano moral, da ofensa à dignidade e aos direitos da personalidade como danos extrapatrimoniais em si – de acordo com as conceituações apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho – e, já foi explicado que a aplicação dos *punitive damages*, ao menos no seu modelo original, cabe tanto para os casos de ocorrência de danos morais quanto para danos materiais.

²⁸² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 101.

Consoante fora anteriormente demonstrado, o Código Civil vigente não contempla de forma expressa uma indenização de caráter punitivo, ao revés, a regra geral, do artigo 944 é a de que a extensão do dano constitui a medida e o limite da reparação.²⁸³

A única exceção trazida, está no parágrafo único²⁸⁴ do supramencionado dispositivo e prevê a redução equitativa da indenização nos casos em que haja excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e a lesão e com isso “rompe com longa tradição civilista pátria, conferindo relevância à culpa do agente como critério para a estimativa do montante indenizatório”.²⁸⁵

Porém, o que se verifica desta exceção é que ela não prejudica a extensão do dano como um limite máximo ao *quantum* indenizatório, vez que prevê justamente a possibilidade de parte do dano ficar sem reparação ante à diminuída culpa do agente, ou seja, é uma exceção que se dá em prejuízo do próprio dano.

Assim, não existe uma possibilidade legal para que o montante indenizatório supere a extensão do dano, e, somente neste caso é que haveria um caráter punitivo na indenização.

Como esclarece André Gustavo Correa de Andrade²⁸⁶ “com fundamento na equidade, admite-se que a culpa possa servir como critério para mitigar a responsabilidade civil, mas não para agravá-la.” Enquanto que, conforme fora esclarecido, a indenização punitiva tem como principal característica a análise da culpa do ofensor para que surja um *plus* indenizatório, justamente o oposto do que está positivado no CC/02.

Porém, no entendimento deste trabalho monográfico, o fato de existir uma exceção já pode ser considerado uma inclinação a considerar a culpa na responsabilização do agente, de alguma forma – ainda que para reduzir a indenização devida – de modo que, poderia surgir no sistema jurídico brasileiro a possibilidade de consideração da culpa para fins de agravamento da responsabilidade, também.

²⁸³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 236.

²⁸⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. [BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 abr. 2017].

²⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2009, p. 236.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 237.

Destaca-se ainda, que, o princípio da reserva legal, previsto constitucionalmente, consoante acima destacado, não excetua a aplicação da pena à tutela de direito penal, dispondo apenas que não haverá crime sem lei anterior o definindo, nem cominação de pena sem prévia previsão legal, sendo claramente possível, assim, a existência de pena civil para coibir ilícitos civis – desde que prevista em lei.²⁸⁷

Neste sentido, Heitor Baptista²⁸⁸ destaca que seria necessário haver a previsão da conduta a ser sancionada e a sua consequência, importando definir não apenas a conduta indesejada e o bem jurídico protegido, como também a prévia quantificação, possibilitando ao ofensor a ciência dos elementos que levarão à incidência sanção, para que possa conformar o seu comportamento como forma de evitar a pena. O autor afirma ainda que se faz necessária:

A indicação do quantum em limites mínimos e máximos, assim como elementos quantificadores à disposição do julgador para valoração e quantificação da pena, a exemplo do que ocorre com as atenuantes e agravantes do Direito Penal. (...). Portanto, a adoção do controle judicial à luz da proporcionalidade, com base em elementos rigorosos e pré-definidos na norma para quantificação da pena é o caminho mais adequado ao incremento da eficácia da prevenção pela pena privada pecuniária, definindo a doutrina os critérios para fundamentação do magistrado na aplicação da pena, a saber: a) grau de culpa do sujeito passivo; b) a capacidade econômica do sujeito passivo. c) extensão do dano; c) gravidade da lesão.²⁸⁹

O que se percebe, no entanto, é que caso exista uma legislação que preveja de forma tão pormenorizada o instituto, trazendo inclusive a prévia quantificação, como pretende o supracitado autor, a função a que se presta a indenização punitiva restará totalmente desvirtuada. Isto porque, voltaremos àquela análise do custo-benefício, dos ilícitos lucrativos, de modo que o ofensor – tendo ciência da quantia pela qual poderá ser penalizado – fará novos cálculos, incluindo este valor abstratamente previsto e continuará a lesar os direitos de outrem de forma calculada.

Assim, fica claro que para que o instituto seja eficaz é preciso que haja um “que” de imprevisibilidade, sob pena da sua função preventiva e punitiva restar completamente comprometida.

²⁸⁷ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 84.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 85.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 86/90.

No mesmo sentido se posiciona Nelson Rosenvald²⁹⁰ conforme se verifica:

Ademais, consideramos equivocada não apenas a associação entre os valores das penas e das reparações, como censuramos ainda a estipulação legal de valores mínimos e máximos de condenação a título de sanções punitivas aquilianas. É certo que a inexistência de extremas prefixadas possa gerar inquietação aos potenciais ofensores, mas contam com o inegável mérito de excluir a possibilidade de uma prévia contabilidade do agente quanto à vantagem econômica.

Assim, a ausência de critérios previamente determinados se coaduna com a fluidez necessária à eficácia do instituto e evita que os transgressores internalizem o custo da sanção civil no seu sistema produtivo, o que, se acontecesse, acabaria por esvaziar a função dissuasória e punitiva do instrumento.²⁹¹

Neste sentido, Paula Meira Lourenço²⁹² destaca que a eficácia da indenização punitiva será “tanto maior, quanto menos hipóteses o lesante tiver de saber, antecipadamente, qual a quantia que terá de pagar, para que não faça uma previsão com base no já referido raciocínio da base puramente econômica”.

Por isto inclusive, discorda-se do entendimento de André Gustavo Correa²⁹³ de Andrade quando afirma que:

Seria aceitável, porém, o estabelecimento de regra que combinasse a previsão de limites indenizatórios suficientemente altos com a fixação de exceções que possibilitassem a flexibilização da regra, admitindo a elevação dos montantes indenizatórios quando demonstrado que o ofensor obteve ganhos financeiros superiores com o ato ilícito ou que os valores preestabelecidos não seriam suficientes, no caso concreto, para exercer as funções de retribuição e dissuasão. Uma norma como essa, se bem elaborada, constituiria, na verdade, um reforço à finalidade dissuasória do instituto, uma vez que a indicação dos valores a que estariam sujeitos os ofensores exerceria considerável força intimidadora em relação à maioria das pessoas, enquanto a cláusula de exceção constituiria um acréscimo de coerção em relação aos demais potenciais ofensores.

O que se percebe, nesta pesquisa, é que opiniões como a de Heitor Baptista e a de André Gustavo Correa, destacadas acima, que buscam a definição rigorosa de parâmetros de aplicação e quantificação dos *punitive damages*, terminam por

²⁹⁰ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 215.

²⁹¹ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 89.

²⁹² LOURENÇO, Paula Meira *apud* CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. *Op.cit.*, 2016, p. 89.

²⁹³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 312.

confundir a sanção civil com a sanção penal, buscando a criação de um “tipo delituoso fechado” com uma conseqüente sanção previamente conhecida.

Ocorre que, Direito Civil e Direito Penal são searas autônomas, independentes, tendo cada uma as suas particularidades, de forma que essa pretensão ficaria inviável no direito privado.

É certo que a lei penal não tem como, em tipos fechados, prever todos os fatos aptos a causarem danos a outrem, pelo que, muitas ofensas à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade escapam ao alcance da justiça criminal, de forma que, os *punitive damages* se mostram como instrumento indispensável à prevenção e dissuasão de condutas.²⁹⁴

O Direito Penal funciona como *ultima ratio*, e não pode dar conta de todos os tipos de danos que eventualmente surjam, até porque, os bens jurídicos tutelados por esta área do direito são extremamente selecionados.

Assim, a sanção civil, tem características diferentes da sanção penal, e não se pode pretender igualar as duas esferas. No máximo, aproximá-las por meio da exaltação de algumas garantias de defesa no caso da aplicação dos *punitive damages*, pois, embora estritamente pecuniária, não deixa de ser uma sanção.

Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes destaca que, o *modus operandi* com que o instituto vem sendo aplicado, ou seja, baseado apenas no arbítrio do aplicador, não se compadece com o tipo de tutela e de garantias que o sistema jurídico deve oferecer a juízos punitivos de qualquer espécie.²⁹⁵

Porém, conforme ressalta Nelson Rosenvald, na seara civil o princípio da tipicidade não possui a mesma exigência de precisão e rigorosidade das normas penais, de forma que, só será possível para a sanção civil alcançar as suas finalidades “com alguma dose de mitigação com relação aos princípios de direito criminal”.²⁹⁶ O autor ainda esclarece que:

Como reflexo da exigência da legalidade e proporcionalidade das penas, jamais o ordenamento civil poderá olvidar as garantias processuais em prol

²⁹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 239.

²⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 74.

²⁹⁶ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 212.

dos réus, resguardando-se a idoneidade dos julgamentos. Não se quer aqui estender ao ofensor, *ipsis litteris*, o vasto instrumental que lhe é concedido pelo processo penal, mesmo porque se a legalidade é de certa forma mitigada, o mesmo se dará com os mecanismos de tutela postos à disposição do acusado. (...). De outro lado, considerada a presunção de inocência do agente, inviável se lhe aplicar as presunções de culpa e de causalidade que servem à fixação da reparação de danos patrimoniais e morais. Dessume-se do exposto a imprescindível constatação pelo juiz do ilícito e da conduta reprovável do ofensor.²⁹⁷

Ademais, como demonstrado, o princípio da *nulla poena sine lege* não reserva à seara criminal, o poder de punir, apenas determina que não haverá pena sem lei anterior que a defina, podendo, por conseguinte, ser uma lei de matéria penal, civil ou administrativa.

O Direito Penal só deve se preocupar com aqueles ataques considerados “mais intoleráveis”, e, para os outros casos, a proteção fica a cargo das esferas do direito civil e do direito administrativo. Deste modo, apesar de a indenização punitiva se aproximar da seara penal muito mais do que os outros institutos civilistas, os *punitive damages* não podem ser acobertados pelo princípio da *nulla poena sine lege*.²⁹⁸

Isto porque, este princípio apenas tem o condão de abranger as relações inseridas no âmbito penal, no entender de Salomão Resedá, que inclusive explica que as razões para a existência do mencionado princípio residem na seara criminal, exclusivamente, não havendo razão para ampliar a sua aplicação ao âmbito civil, que significaria uma legitimação à mitigação do poder dos magistrados em dirimir os conflitos nesta área, visto que o legislador não tem capacidade de prever todos os tipos de danos estipulados pela sociedade nas relações civis.²⁹⁹

Sendo assim, visto que a finalidade de prevenção e dissuasão já detalhadamente destrinchadas no segundo capítulo desta pesquisa, ficam inócuas enquanto o Direito brasileiro não fornecer adequados instrumentos à sua efetivação, é necessário que se edite previsão legislativa acerca do tema.

²⁹⁷ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 218.

²⁹⁸ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 276.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 277.

Ademais, acerca do suposto empecilho aqui discutido, é uma crítica que tem prazo de validade, pois basta vontade política legislativa para que tal “problema” seja solucionado, como destaca Heitor Baptista:³⁰⁰

As premissas ora lançadas permitem, como visto, a internalização da pena civil no ordenamento jurídico brasileiro (...) exigindo, para tanto, vontade política legislativa, sendo que o ingresso da pena civil nestes parâmetros, além de promover a eficácia da função preventiva e todos os benefícios consequentes da contenção dos danos, serve como proteção ao próprio mercado e aos agentes econômicos, pois darão um norte da conduta a ser seguida e da consequência ao seu descumprimento, sendo que, atualmente, a sanção punitiva é aplicada tangencialmente e sem critério científico algum.

Demonstra-se, a título exemplificativo que, o deputado Ricardo Fiúza previu a inclusão de novo parágrafo no artigo 944 do CC/02, que teria a seguinte redação “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.”³⁰¹

Porém, embora já se vislumbre a comoção da doutrina em prol de uma mudança, a visão desta pesquisa concorda com as críticas que se fazem a este projeto de lei, no sentido de que:

A proposição é equivocada ao deixar a aplicação de penalidade ao exclusivo alvedrio do julgador, ausentes quaisquer critérios e ao não atar o caráter de punição à prova de uma conduta reprovável, importando, assim, em agressão aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.³⁰²

Sobre o tema, Nelson Rosenvald ainda destaca que o referido projeto comete “o equívoco de introduzir no universo do dano moral algo que lhe é absolutamente estranho, posto ínsito à pena civil”.³⁰³ No mesmo sentido, Heitor Baptista³⁰⁴ destaca que este projeto pretendia “incluir um parágrafo no artigo 944 do CC/02 para prever a punição como critério quantitativo do dano moral, o que já é um equívoco em si mesmo.”

³⁰⁰ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 96.

³⁰¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 236.

³⁰² MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 19.

³⁰³ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 207.

³⁰⁴ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. *Op.cit.*, 2016, p. 98.

Também se discutiu o tema na Jornada de Direito Civil de 2002, onde foi editada outra sugestão de alteração no parágrafo único do artigo 944, que traria a seguinte redação: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir ou majorar, equitativamente a indenização.”³⁰⁵

Entende-se que, embora esta última proposta seja mais adequada do que a que fora demonstrada anteriormente, ainda não é exatamente adequada quanto ao que se busca, visto que não deixa claro a existência de uma diferenciação entre a reparação do dano e a indenização punitiva.

Nelson Rosenvald³⁰⁶ se posiciona no sentido de que a pena civil não pode ser extraída diretamente, ou seja, sem que sejam criadas novas leis, dos artigos 186 ou 927, *caput*, do Código Civil e submetida a uma decisão judicial que irá aplicá-la consoante as particularidades do caso.

E, neste trabalho entende-se que tal raciocínio é correto, ou seja, para que o instituto tenha plena aplicabilidade, é necessário que seja criada legislação específica sobre o assunto.

Assim, inobstante se concorde, neste trabalho, com a importação da indenização punitiva para o ordenamento brasileiro, sem prejuízo das adaptações necessárias, não se apoia que deva haver uma aplicabilidade irrestrita de tal penalidade. O que aqui se defende é uma cláusula genérica de aplicação dos *punitive damages*, sob pena de engessamento do instituto, mas que deve prever que a penalidade só é aplicável no caso de comprovado elemento subjetivo do ofensor, mas que não tipifique condutas como ocorre no Direito Penal, pelos motivos já demonstrados.

Pelo exposto, conclui-se pela instabilidade deste argumento apresentado como empecilho à aplicação dos *punitive damages* no sistema jurídico brasileiro, visto que trata-se de uma questão de vontade política legislativa em criar uma regra acerca do tema, pois, consoante demonstrado, a CF/88 jamais reservou o poder de aplicar sanções ao âmbito do Direito Penal, exigindo tão somente que haja prévia lei definindo a sanção – qualquer que seja a sua área de aplicação.

³⁰⁵ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 35.

³⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 204.

4.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO LESADO

Se discute bastante na doutrina a questão do enriquecimento sem causa que a aplicação da indenização punitiva gera para a vítima do dano. No ponto de vista desta pesquisa, este é o ponto mais delicado a se tratar quando se discute a possibilidade de aplicação ou não da sanção civil, tendo em vista ser a crítica mais pertinente.

No entanto, embora seja um argumento fundado, existem diversas diferentes visões doutrinárias que buscam coibir esta crítica.

De início cumpre esclarecer que o suposto enriquecimento sem causa se configuraria porque a vítima, que sofreu um certo dano, receberia a título indenizatório uma quantia muito superior àquela necessária para reparar a sua lesão. Ou seja, haveria um enriquecimento sem causa da vítima se o valor da indenização punitiva for revertida em seu favor, visto que esta terá um “lucro” maior do que a extensão do dano que sofreu.³⁰⁷

Assim, sustenta-se na doutrina, não raramente, que a sanção punitiva, na medida em que “constitui uma soma não relacionada com seu dano, mas com a reprovabilidade da conduta do seu causador, determinaria um enriquecimento sem causa, injustificado ou indevido para a vítima.”³⁰⁸

Neste tocante, o Código Civil de 2002 traz no seu artgo 884³⁰⁹ o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, que é um valor essencial, norteador do Direito Privado brasileiro, e deve ser protegido, conforme preconiza Maria Celina Bodin de Moraes:³¹⁰

Ressalte-se a relevância que o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa tem em nosso ordenamento. De fato, não raramente, o seu pontencial argumentativo é tão forte que é fácil reconhecer a posição central que ocupa a figura nas decisões de nossos Tribunais. Seja em decorrência de nossa herança cultural católica, seja em virtude da influência direta do direito canônico nos ordenamentos romano-germânicos, fato é que no sistema da

³⁰⁷ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 91.

³⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 275.

³⁰⁹ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. [BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 mai. 2017].

³¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 66.

common law, ao contrário do nosso, o instituto do *unfair enrichment* é marginal e pouco relevante.

Pelo que, como contrapontos, pode-se apresentar alguns raciocínios, como o desenvolvido por André Gustavo Correa de Andrade³¹¹, que, por sua vez, sustenta que em sede de indenização punitiva jamais poderia se falar em enriquecimento sem causa, pois nunca se poderá dizer que o dano moral é excessivo no caso da perda de um ente querido, por exemplo.

Porém, no viés desta pesquisa não se concorda com o argumento que o autor utiliza, considerando-o insuficiente, visto que ele está defendendo uma visão que restringe a aplicabilidade dos *punitive damages* ao âmbito do dano moral, e, como já esclarecido neste trabalho, essa associação é equivocada.

Já Heitor Baptista³¹² explica que se fala em enriquecimento sem causa em virtude de de uma confusão conceitual entre reparação e punição, mas que, em verdade, esta busca fins diversos daquela, não guardando, estas categorias, um vínculo de interdependência. O que se analisa na punição é a reprovabilidade da conduta, e por isso esta não deveria se adequar ao limite da reparação, qual seja, a extensão do dano, pelo que, não haveria que se falar em enriquecimento sem causa.

Outro argumento utilizado para rebater esta crítica é o de que ainda que exista um “enriquecimento”, não se pode dizer que este é sem causa, visto que, em existindo uma previsão legislativa, a punição terá uma causa justa, devendo ser aplicada pelo julgador por meio de decisão fundamentada.³¹³

No mesmo sentido, José de Aguiar Dias³¹⁴ afirma que “se a ideia da pena é justa em si, evidente se torna que o pretendido enriquecimento ou empobrecimento terão base legal, uma causa, o que elimina qualquer crítica a respeito”. E, ainda, Nelson Rosenthal³¹⁵ esclarece que “não se pode cogitar locupletamento ilícito quando o

³¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 275.

³¹² CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 91.

³¹³ *Ibidem*, *loc.cit.* No mesmo sentido, ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2009, p. 275.

³¹⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Renovar. 2006, p. 843/844.

³¹⁵ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 196.

montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial. Esta é a justa causa da atribuição patrimonial”.

Boris Starck³¹⁶ também se filia à corrente de que: se a pena privada for considerada justa em si mesma, o enriquecimento ou empobrecimento gerados por ela, terão lastro jurídico e, portanto, deixarão de ser “sem causa”.

Ocorre que o que pretende parte da doutrina e jurisprudência brasileira é permitir a aplicação dos *punitive damages* somente quando “o dano moral for patente e o *quantum debeatur* for limitado a quantia que não enriqueça a vítima e que por outro lado a compense pela dor infligida”.³¹⁷ O que pretende Boris Starck destacar, no entanto, é que não há como conciliar o inconciliável – pois onde houver punição pecuniária para uma parte, sempre haverá enriquecimento para a outra parte.

Assim, seguindo este raciocínio não há problema em se destinar o valor concedido a título de indenização punitiva à vítima da lesão.

Sobre esta linha de pensamento, Adalmo Júnior se manifesta de forma sensata:

A aplicação da indenização punitiva no Brasil ocorre atualmente de uma maneira tão cheia de regras desconexas que é rebarbativo. A jurisprudência teve a cautela de fazer uma massa amálgama composta de normas de institutos diversos que resulta numa construção teratológica. Entende que o juiz, na fixação do quantum indenizatório, observar-se-á o seguinte: deve fixar a indenização com o fito de compensar o dano suportado pela vítima, mas concomitantemente deve punir exemplarmente o ofensor de modo que o iniba de praticar condutas análogas, e ainda por cima, o valor do montante não pode fazer a vítima enriquecer. Uma elucubração cerebrina fantasmagórica, pois na mesma equação deve conciliar o inconciliável. Resulta que uma regra anula a outra, até que se chegue ao nada. Se a teoria é ruim, pior ainda é a aplicação em casos concretos.³¹⁸

Outro raciocínio que tem o condão de legitimar a vítima como destinatária dos *punitive damages*, afastando a crítica do enriquecimento sem causa é aquele que faz uma analogia entre os *exemplary damages* e as *astreintes* fixadas no processo civil.³¹⁹ Isto

³¹⁶ STARCK, Boris *apud* JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 33/34.

³¹⁷ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 34.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

³¹⁹ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 197.

porque, o Código de Processo Civil de 2015 prevê de forma expressa, no seu artigo 537, § 2º³²⁰ que o destinatário da multa será o exequente.

Deste modo, se o exequente é legitimado a receber o valor de eventual multa que venha a ser imposta ao executado, ainda que seja uma multa diária que se acumulou, resultando em um valor altíssimo, em virtude do descumprimento de uma decisão, e isto é autorizado por lei³²¹, que inclusive entrou em vigência há pouco tempo – por que não seria o ofendido legitimado a receber a indenização punitiva imposta à empresa no julgamento do seu caso concreto?

É um argumento interessante, que se lastreia na ideia de que, enquanto o executado tem o direito subjetivo à satisfação de um comando jurisdicional declarado em seu favor, o ofendido também tem um direito subjetivo a não ser lesado, de forma que, ambos devem ser destinatários das vantagens pecuniárias correspondentes a cada caso.³²²

Ainda sobre possíveis justificações para destinar o valor da indenização punitiva à vítima do dano, é válido destacar a posição de Júlio Manuel Vieira Gomes³²³:

Pelo menos em certas hipóteses em que o autor da intromissão na esfera jurídica alheia age com dolo ou culpa grave e, até, por vezes, depois de uma ponderação racional – em termos de racionalidade econômica – dos custos e benefícios que a sua conduta ilícita lhe pode acarretar, repugna mais que o agente conserve um lucro ilícito do que a circunstância de o lesado receber um benefício que ele próprio não poderia obter.

³²⁰ Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 2º O valor da multa será devido ao exequente. [BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/15**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017].

³²¹ Sobre o tema, é importante destacar que, embora o CPC/15 preveja de forma expressa que o destinatário da multa é o exequente, existe discussão doutrinária sobre a possibilidade de gerar enriquecimento sem causa, neste sentido: “Embora não exista, a princípio, um limite máximo para a multa, se a medida se mostrar desproporcional em relação ao bem da vida que com ela se pretende resguardar, e considerada a regra que veda o enriquecimento sem causa, é possível que, no caso concreto, o seu montante seja adequado a parâmetros razoáveis. (...). Entendemos que a revisão do montante acumulado a título de multa coercitiva é possível, mas deve ser visto como algo excepcional. (...). Isso é possível quando, no caso concreto, se põem em choque as máximas da *efetividade* e da *vedação ao enriquecimento sem causa*. [DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7ª ed. Bahia: Juspodivm. 2017, p. 606/617].

³²² CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 92.

³²³ GOMES, Júlio Manuel Vieira *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 276.

Ou seja, embora o autor reconheça que existe o enriquecimento sem causa, ele entende que este enriquecimento é justificável e não causaria tanto asco quando a situação que deu origem àquela indenização, que é ainda mais repugnável. No mesmo sentido se posicionam outros doutrinadores³²⁴ quando afirmam que o fim buscado pela indenização punitiva, qual seja, essencialmente, o de prevenção de condutas análogas, transcendem a circunstância de possível enriquecimento da vítima.

De modo que, as vantagens que esta forma de punição pode trazer para a sociedade tornam irrelevante a consequência econômica para o ofendido, “seria como que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater a doença e impedir a sua recorrência.”³²⁵

Ou seja, mesmo reconhecendo a possibilidade de gerar enriquecimento da vítima, os autores supracitados entendem que este é justificável e colocam-no como consequência necessária ao atingimento de objetivos maiores.

Embora se considere a validade dos argumentos supramencionados, entende-se que, na prática, esta solução geraria mais injustiças do que um sentimento de justiça, visto que, diante, por exemplo, de um mesmo dano que é causado de forma reiterada a vários clientes de uma empresa, uma vítima x seria indiscutivelmente beneficiada em detrimento das demais, que sofreram a mesma lesão, pelo simples fato de o magistrado ter entendido por aplicar a indenização punitiva justo na sua vez.

Ou seja, no cotidiano, essa solução de simples justificação da origem do enriquecimento terminaria por criar uma insatisfação geral, transformando a justiça em uma espécie de loteria.

Pelo que, este trabalho entende como solução mais adequada para coibir o enriquecimento sem causa a criação de um fundo específico de destinação das indenizações punitivas, que fossem posteriormente revertidas em prol de um benefício

³²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 276.

³²⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

maior. Inclusive, Maria Celina Bodin de Moraes³²⁶ e Nelson Rosenthal³²⁷ adotam esse posicionamento.

Isto se justifica pois, desta forma não haverá que se falar em injustiças e distinções entre vítimas do mesmo tipo de dano, e, por outro lado, a vítima não sofrerá nenhum prejuízo em não receber esse *plus* indenizatório, visto que, os danos – sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, que tenha sofrido – serão devidamente reparados de acordo com a extensão dos mesmos, conforme se explicou ao longo do trabalho.

Desta forma, o ideal é que a sentença condenatória que entenda ser necessário, naquele caso concreto a condenação do ofensor também a título de *punitive damages*, destrinche em três partes os valores devidos, isto é, x a título de danos patrimoniais, y a título de danos morais e z a título de *punitive damages* – sendo que apenas esta última quantia será revertida em favor de um fundo, enquanto que as duas anteriores serão direcionadas à vítima do dano.

Este modelo, inclusive facilita o interesse recursal da parte condenada, visto que, nos moldes em que as condenações punitivas são concedidas atualmente, como “função pedagógica do dano moral”, como já demonstrado, a sentença coloca um valor único a título de reparação de danos morais e *punitive damages*, impossibilitando a parte de ter ciência sobre qual parcela daquele valor corresponde efetivamente à compensação dos danos morais e quanto diz respeito à sanção punitiva.

Assim, caso a empresa deseje recorrer apenas da indenização punitiva, por exemplo, demonstrando que aquele valor definido pelo magistrado é, porventura, exagerado, inclusive para fins dissuasórios, visto que a companhia vem enfrentando dificuldades financeiras ou qualquer outra razão, esta poderá fazê-lo com mais precisão.

A Lei 7.347/85, que trata danos com dimensão transindividual, como, por exemplo, os danos ambientais e ao consumidor, traz a imputabilidade de uma multa, diante desses casos, que deve ser recolhida a fundo público – o chamado “fundo de defesa dos

³²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 77.

³²⁷ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 198.

direitos difusos”³²⁸ –, consoante se extrai do seu artigo 13³²⁹ para efetivar o princípio da prevenção que norteia o Direito Ambiental e também influencia nas relações de consumo.³³⁰

Neste sentido temos que a quantia que foi paga pelo ofensor a título de punição não será direcionada ao lesado, e sim se reverterá em benefício de um universo de lesados, prezando pelo bem jurídico coletivo.

Salomão Resedá³³¹ afirma que, uma vez encontrado o montante destinado ao lesado, ele deve ser desmembrado da quantia total, de forma que, o restante será considerado como *punitive damages*. Deste modo, não deve haver um temor de enriquecimento sem causa, pois “dentro do montante estabelecido a título de indenização, existem duas classes distintas: aquela referente à compensação, e a outra relacionada ao desestímulo.” O referido autor ainda concorda que “não há porque não suscitar a aplicação análoga do art. 13 da Lei 7.347/85. ”

Ou seja, o supracitado autor entende que a quantia referente à indenização punitiva deverá ser destinada a um fundo, não gerando, desta forma, enriquecimento ilícito para o lesado, que somente receberá a parcela reparatória da indenização.

Adeptas desta corrente, Judith Martins-Costa e Mariana Parglender³³² opinam:

Um fundo criado por lei- a gestão pública do fundo e a destinação dos seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a “indenização” para beneficiar exclusivamente a vítima do dano) parece ser o mais adequado caminho- se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil- para regradar os danos típicos da sociedade industrial sem que recaiamos- por vezes, por ingenuidade- nas armadilhas da desumanizante “lógica de mercado”.

³²⁸ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 92.

³²⁹ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados. [BRASIL. **Lei nº 7.347/85**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017].

³³⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 24.

³³¹ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 299.

³³² MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. *Op.cit.*, p. 25.

Adalmo Júnior³³³ nos explica, no entanto, que o dano moral coletivo no caso dos danos ambientais não deixa de ser uma indenização punitiva, o que ocorre é que é aceita com menos resistência pelos doutrinadores brasileiros vez que se destina a um fundo público, e, por isso, não gera enriquecimento sem causa ao lesado.

No mesmo sentido, Nelson Rosenvald assevera que:

O modelo jurídico do dano moral coletivo (...) passível de estipulação diante de lesão a qualquer interesse difuso ou coletivo, não passa de peculiar espécie de pena civil criativamente desenhada no ordenamento brasileiro, em nada se assemelhando com a natureza do dano extrapatrimonial. (...) Trata-se de espécie de pena civil, acolhida pelo princípio da reserva legal e que é aceita com menos resistência pela doutrina, pois não repercute a controvérsia do enriquecimento sem causa, já que, como uma sanção punitiva que objetiva dar uma resposta à sociedade, nada mais correto do que o depósito dos valores em fundos predeterminados, sejam eles públicos ou privados de natureza pública.³³⁴

Heitor Baptista³³⁵ embora não concorde que exista um enriquecimento sem causa, conforme demonstrado acima, pondera que é pertinente a destinação da verba proveniente das indenizações punitivas a um fundo público por fundamento diverso, qual seja, o de que a conduta lesiva não é somente prejudicial à vítima do caso concreto, mas igualmente à coletividade, de forma que, sempre haverá um interesse coletivo na imposição da pena civil, ainda que não seja esta imposta em ação coletiva para tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Neste sentido, Nelson Rosenvald afirma que embora a pretensão à sanção civil decorra de iniciativa do lesado individualmente, a imposição desta pena civil se justificaria em razão do interesse coletivo na proteção de bens metaindividuais.³³⁶ No mesmo sentido entendem Tauana Vianna³³⁷ e Maria Celina Bodin de Moraes³³⁸, porém, esta última autora afirma que a indenização punitiva seria devida somente no caso de danos coletivos e não individuais.

³³³ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 41.

³³⁴ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 201/203.

³³⁵ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 92.

³³⁶ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 195.

³³⁷ VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização Punitiva no Brasil: Desafios e Configuração. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57, jan/mar, 2014, p. 193.

³³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004, p. 77.

Adalmo Júnior, por sua vez, traz uma ponderação válida:

No caso de aplicação da indenização punitiva, escorreita é a solução de recompensar o lesado que propôs a ação com o pagamento de quantia superior ao que deveria receber a título de reparação de dano. O restante da quantia da indenização punitiva deveria ir para algum fundo, associação ou mesmo para o Poder Judiciário. O que não se pode deixar acontecer é o ofensor continuar com o seu ganho lesando direitos alheios. Deve-se neutralizar este lucro.³³⁹

Assim, alguns doutrinadores³⁴⁰ entendem que a melhor solução é a divisão do valor punitivo entre a vítima e os fundos de reparação coletivos, e que, esta divisão deve ser feita de forma proporcional tendo por parâmetro a prevalência de direitos individuais ou coletivos, no caso.

Ou seja, quando “o direito for imediatamente difuso, os fundos de reparação coletivos receberiam uma proporção maior do que a vítima e, na lógica inversa (direito mediamente difuso), a vítima receberia uma proporção maior”. Nelson Rosenvald³⁴¹ inclusive exemplifica:

Exemplificando: (a) dano imediatamente difuso – produto comercializado por empresa nas praias sem qualquer consideração quanto à higiene. O consumidor que ajuíza a demanda receberia ¼ da condenação pela pena civil, além da integralidade dos danos patrimoniais e morais; (b) dano mediamente difuso – revista semanal dedicada a exibir a vida das “celebridades”. Eventual dano à honra ou à privacidade requer além da condenação pelo dano moral (integralmente destinada ao ofendido), uma sanção civil igualmente repartida entre a vítima e entidades(s) beneficente(s).

Porém, vale ressaltar que no entendimento deste trabalho monográfico a questão da proporcionalidade se mostraria deveras tormentosa na prática, uma vez que poderia haver discordância entre julgadores sobre a natureza do direito, entendendo alguns que diante de um mesmo dano, uma parcela maior teria de ser destinada à vítima e uma parcela menor ao fundo e vice-versa. Pelo que, entende-se mais adequado que o valor proveniente da condenação por *punitive damages* seja integralmente destinado a um fundo.

³³⁹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 45.

³⁴⁰ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 199. No mesmo sentido, CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 93.

³⁴¹ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 199.

Outra ideia é apresentada por Salomão Resedá, quando sugere que o julgador faça o direcionamento da verba punitiva “ao fundo correspondente com a “temática” do dano”³⁴², visando evitar eventuais privilégios de instituições.

Porém, embora se admire a solução, na prática isto pode se revelar dificultoso, por não existirem “fundos atrelados a todos os tipos de “temáticas de dano”, ou, abrir espaço para corrupção devido à variedade de destinações. É preferível, na visão deste trabalho que seja criado um fundo único para reunir as verbas provenientes das indenizações punitivas, mesmo que daí o dinheiro seja distribuído para diferentes propósitos.

Sobre o tema, ainda é válido mencionar que o artigo 883, do CC/02, ao tratar sobre o pagamento indevido diz que “não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”, e, em seguida, o parágrafo único do mencionado dispositivo estabelece que “no caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.”³⁴³

Embora não se trate especificamente do assunto que aqui se discute, analogicamente, pode-se perceber que a referida previsão nada mais é do que uma punição que se faz a alguém que procurou cometer ato ilícito, e, o fruto desta punição é revertido em favor de uma entidade beneficente, a critério do juiz.

Ou seja, já se vislumbra neste exemplo mais uma possibilidade de reversão de quantia em favor de um “fundo social”.

Ademais, faz-se mister salientar que, embora a indenização punitiva ainda careça de qualquer previsão legal, e muito menos esteja previsto o destino dessa quantia, já existem decisões judiciais que concedem valores a título de indenização punitiva e reverterem a quantia para instituições, consoante se exemplifica abaixo:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se

³⁴² RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 306.

³⁴³ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 94.

coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.³⁴⁴

Porém, justamente por conta da ausência de previsão legal sobre o tema, o STJ tem se posicionado no sentido de reformar esse tipo de decisões, mas não pelo conteúdo delas, progressista e consonante com a efetividade que se busca da responsabilidade civil atualmente, por meio da prevenção e punição, mas sim pelo modo desregulamentado e incerto que o tema vem sendo enfrentado pelo ordenamento jurídico brasileiro.³⁴⁵

Outro ponto importante, diz respeito a compreender que nem todas as indenizações elevadas têm caráter punitivo, por vezes, o dano gerado é muito grande, gerando, por conseguinte, um alto valor de indenização ao lesado, que fora, no entanto, justamente fixada, e nesses casos não há que se falar em enriquecimento sem causa.³⁴⁶

Inclusive, cumpre frisar que o objetivo de desestimular e/ou punir o agente lesante com a imposição de uma sanção pecuniária "não significa a exigência de que componha um valor absurdo, despropositado e superior às forças de quem paga".³⁴⁷

Contudo, Anderson Schreiber destaca que a forma com que a prática judicial brasileira tem incorporado os *punitive damages*, acarreta em graves inconsistências em face do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, visto que "a quantia paga a título de punição vem, inexplicavelmente, atribuída à vítima", além de significar a clara aplicação de penas sem lastro legal prévio.³⁴⁸

Devido a isto, o referido autor traz algumas alternativas à aplicação da indenização punitiva, conforme se observa:

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 00271584120108260564/SP**, Rel. Teixeira Leite, Data de Publicação: 19/07/2013.

³⁴⁵ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 95/96.

³⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017, p. 24.

³⁴⁷ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 36.

³⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 213.

Em primeiro lugar, como alternativa à admissão dos *punitive damages*, pode-se facilmente adotar uma postura jurisprudencial mais generosa na quantificação das indenizações puramente compensatórias por dano extrapatrimonial, para que não restem economicamente tímidas. Tais indenizações, por dependerem tão somente do arbitramento judicial, teriam seus valores consideravelmente elevados em uma perspectiva que atentasse, efetivamente, às condições pessoais da vítima. Uma compensação mais personificada asseguraria tutela mais efetiva à dignidade humana que a aplicação generalizada de indenizações punitivas a qualquer hipótese de dano moral.³⁴⁹

No entanto, na vertente seguida por esta pesquisa, discorda-se da opinião do autor. Inicialmente porque há um contrassenso do referido doutrinador ao dizer que, no Brasil, os *punitive damages* são embutidos de forma anômala nos danos morais, diferentemente do que acontece no instituto no resto do mundo, visto que a indenização punitiva deve ser um montante individual,³⁵⁰ e depois dizer que uma alternativa à aplicação dos *punitive damages* seria aumentar o valor de indenização a título de danos morais.

Visto que, neste último caso estar-se-á, assumidamente, concedendo ao ofendido, a título de reparação por danos extrapatrimoniais mais do que o suficiente para compensar o dano sofrido pelo lesado e legitimando essa prática.

E, conforme já anteriormente relatado, este trabalho não concorda em levar em conta as características pessoais da vítima, para fins de quantificação da indenização, seja qual for a sua natureza, por se entender que é um fator um tanto quanto discriminatório, e viola o Princípio da Igualdade.

Por fim, admitir a aplicação de pena civil não significa dizer que haverá uma “aplicação generalizada a qualquer hipótese de dano moral”³⁵¹, como relatou acima Anderson Schreiber, primeiro porque a aplicação desta sanção tem de ser analisada em separado da aplicação da reparação dos danos, segundo porque a referida punição se mostra viável tanto em casos de ocorrência de danos morais quanto em casos de ocorrência de danos materiais, e terceiro porque tem que haver dolo ou culpa grave na conduta do agente para que os *punitive damages* sejam aplicados ao caso concreto.

³⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 214.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 211/212.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 214.

Outra alternativa trazida à aplicação dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro, visando coibir o enriquecimento sem causa, seria a de adotar sanções administrativas, tais como suspensões e multas, a serem aplicadas pelo órgão regulador da atividade do ofensor. Esse modelo superaria a discussão acerca do enriquecimento sem causa, vez que o ganho econômico seria destinado ao poder público e desestimula os comportamentos antijurídicos. Além de que, a adoção desse modelo se mostra “menos tormentosa” do que acolher a indenização punitiva.³⁵²

Porém, esse argumento não merece prosperar visto que, consoante ficou esclarecido, não é a aplicação dos *punitive damages* em si mesma que gera o enriquecimento sem causa da vítima, mas a escolha dessa vítima como destinatária da verba proveniente da indenização punitiva. Desta forma, basta que esses valores sejam destinados a fundos públicos para resolver este problema.

Desta forma, por todos os argumentos expostos acima, entende-se que muito embora a objeção de aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro com base na geração de enriquecimento sem causa à vítima seja contundente, o problema também tem solução, não sendo, assim, suficiente para embasar a não aplicação do instituto, que se faz necessária na realidade brasileira.

4.3 OUTRAS CRÍTICAS

A despeito das considerações feitas de forma particularizada sobre a ausência de previsão legislativa acerca da indenização punitiva e do suposto enriquecimento sem causa que a aplicação do instituto geraria, muitas outras são as objeções colocadas à aplicação dos *punitive damages* no sistema jurídico brasileiro, porém, como dito anteriormente, o presente trabalho não tem o condão de esgotar as críticas, visto que ficaria excessivamente extenso, pelo que, selecionou-se as mais pertinentes e recorrentes, e, neste momento tratar-se-á de forma sucinta sobre algumas.

Inicialmente pode-se destacar que a doutrina frequentemente discute que a aplicação dos *punitive damages* poderia acarretar em um *bis in idem*. Porém, os fundamentos

³⁵² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 215.

para justificar a dupla punição diferem a depender do autor que está tratando do tema. Explica-se.

Luisa Vidal e Marcelo Milagres³⁵³ explanam que é necessário que haja um controle nacional na execução da pena privada, de forma que, para o mesmo ofensor, pela mesma conduta, não seja aplicada mais de uma punição. Contudo, na visão destes autores o risco de “sobreposição” de penas existe em função da possibilidade de coexistência entre ações individuais e coletivas – que tratem do mesmo fato, sem prejuízo, porém, da possibilidade de persecução criminal e/ou administrativa.

Já Nelson Rosenvald se manifesta sobre o assunto no sentido de que não há dificuldade em se negar a ocorrência de *bis in idem* quando a seara civil apresenta uma consequência para um ato ilícito, que se apresenta cumulativamente como ilícito administrativo ou penal para impor ao ofendido uma reparação por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. “Trata-se do mesmo fato, mas não de uma segunda pena ao ofensor, porém de uma reparação pelas lesões sofridas pela vítima.”³⁵⁴

Com relação à indenização punitiva especificamente, no entanto, o autor afirma que se está diante de uma segunda pena, ainda que esta não possua caráter formalmente administrativo ou penal, visto que a sua natureza é de punição.³⁵⁵ No mesmo sentido se posiciona Salomão Resedá.³⁵⁶

Contudo, isto não seria suficiente para afastar a aplicação da sanção civil, tendo em vista que as áreas administrativa, criminal e civil são autônomas, acarretando, porém, em um dever do magistrado civil de reduzir o *quantum* da pena pecuniária ou, do juiz criminal em diminuir a pena. “Não se quer aqui impedir um *bis in idem* formal, mas um *bis in idem* substancial, no qual dois processos, independentes um do outro, apresentam conexão, (...) o mesmo objetivo preventivo.”³⁵⁷

Este trabalho monográfico concorda com o argumento oferecido por este último autor, sugere-se que magistrado da esfera cível, ao aplicar a condenação por *punitive*

³⁵³ VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Da (in)admissibilidade da pena civil pelo Direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 172.

³⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 217.

³⁵⁵ *Ibidem*, loc.cit.

³⁵⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 277.

³⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, 2013, p. 217.

damages observe se aquela lesão também se constitui como um ilícito penal ou administrativo, e assim, sopesa o valor da condenação punitiva.

Porém, o ponto mais relevante destacado por Nelson Rosenvald é o de que, na prática, percebe-se uma pequena quantidade de situações em que “uma condenação à pena civil, no âmbito da proporcionalidade, terá que render homenagem a uma anterior condenação criminal pelo mesmo fato.”³⁵⁸ E, caso isto se configure, deve ser adotada a solução destacada acima.

Inclusive, a favor a da aplicação dos *punitive damages*, Nelson Rosenvald destaca ainda que:

Esse posicionamento se conjuga com a tendência clara de afastamento do direito penal do combate à violação de determinados bens jurídicos eleitos como secundários naquela esfera. Necessariamente caberá ao direito civil – tal como já se imputa ao direito administrativo –, a regulamentação dos novos instrumentos de tutela, para tanto evitando excessos em sua aplicação.

André Gustavo Correa, por sua vez, explica que no momento de quantificação da indenização punitiva deve-se levar em conta as funções a que ela se presta, quais sejam, punição da conduta lesiva e prevenção de novos ilícitos. Se isso for feito, não haverá que se falar em *bis in idem*, pois este somente se configurará se na quantificação da sanção for levado em conta outros fatores como, por exemplo, a compensação da vítima, já que, como a indenização punitiva é arbitrada em separado e a vítima já foi compensada pelo dano, o cálculo deste fator, sim, levaria à configuração de um *bis in idem*.³⁵⁹

Se assim fosse feito, o autor do dano pagaria duas vezes pelo mesmo propósito, e o que se propõe são realmente “dois pagamentos”, mas com funções e propósitos diferentes.

Pelo que, se a aplicação do instituto fosse feita da forma adequada, isto é, em separado da indenização reparatória, não haveria que se falar na ocorrência de *bis in idem*.

O que se percebe, assim, é que, no tocante à possibilidade de dupla punição, a doutrina não é uníssona sobre o que exatamente ensejaria esse *bis in idem*, discutem-

³⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 218.

³⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 298.

se em verdade “diferentes *bis in idem*”, ou seja, diferentes fatores aptos a gerar a existência de dupla punição.

Uma outra questão que gera inquietação acerca do tema é o perigo de excesso nas indenizações, visto que, inclusive na jurisprudência americana, onde o instituto tem mais força, existem várias queixas neste sentido.³⁶⁰

Todavia, esclarece-se que nos países de *common law*, onde originariamente se adota o instituto em comento, o julgamento de casos envolvendo responsabilidade civil, é destinado a um júri popular, composto de pessoas leigas, porém, como no Brasil, o julgamento de tais casos está a cargo de juízes togados, já diminui substancialmente a chance de um julgamento passional.³⁶¹

Neste sentido, Salomão Resedá³⁶² afirma que:

Portanto, a preocupação com a liberdade conferida ao magistrado na busca pelo valor a título de *punitive damage* sufraga em seus próprios fundamentos. Não há pessoa mais qualificada a determinar a aplicação do ideal de justiça do que o julgador. Ademais, diante do duplo grau de jurisdição é possível consertar qualquer decisão que seja considerada abusiva.

Assim, é certo que os recursos se mostram como mecanismos adequados e suficientes contra excessos que venham, porventura, a serem cometidos na fixação da indenização punitiva.³⁶³

Ademais, não é possível valorar um instrumento pela exceção, isto é, não se pode assumir que o uso indevido feito por alguns julgadores desmereça a aplicação do instituto como um todo, que traz muitos benefícios, como servir de mecanismo operacionalizador da função preventiva da responsabilidade civil, que busca barrar o cometimento de ilícitos na sua origem.

Assim, demonstra-se que esta também não é uma razão suficiente a afastar a aplicabilidade do instituto do sistema jurídico brasileiro.

³⁶⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 273.

³⁶¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁶² RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 282.

³⁶³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2009, p. 273.

Outra crítica recorrente, como destaca André Gustavo Correa de Andrade³⁶⁴ é a de que a aplicabilidade da indenização punitiva no direito brasileiro significaria um rompimento da tradicional função reparatória da responsabilidade civil.

Porém, este argumento não merece prosperar na medida em que, consoante explanado no segundo capítulo deste trabalho, a indenização punitiva se coloca em posição de complementariedade em relação à função compensatória, não buscando jamais retirar o protagonismo desta. Até porque, a sanção punitiva não será aplicada a qualquer caso de responsabilização civil – apesar de sempre existir um dever de reparar – mas, tão somente, nos casos de comprovado elemento subjetivo do ofensor.

Inclusive, o que se busca não é desmerecer o caráter reparatório da responsabilidade civil, mas reconhecer que a prevenção do dano é mais vantajosa e preferível à reparação de uma lesão já sofrida.³⁶⁵

Assim, visto que a indenização punitiva deve ser aplicada em separado da parcela reparatória, seja a título de danos materiais ou morais, como já exaustivamente repisado, não há que se falar em rompimento ou mitigação da função compensatória, que permanece preservada em sua integralidade.

Critica-se ainda a aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro sob o fundamento de que seria um estímulo à famigerada “indústria do dano moral”.

Neste sentido Salomão Resedá atenta que, “é evidente que o pagamento de quantias consideradas atíça a ambição de inúmeros aproveitadores que utilizariam o Poder Judiciário apenas para pleitear indenizações indevidas”.³⁶⁶ Nelson Rosenvald também demonstra preocupação com essa possibilidade.³⁶⁷

Conforme explica Anderson Schreiber³⁶⁸ a expressão “indústria do dano moral” é utilizada para se referir ao fenômeno de superproliferação das ações de

³⁶⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 272.

³⁶⁵ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 269.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 283.

³⁶⁷ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013, p. 198.

³⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 193/194.

ressarcimento, que se dá, principalmente pelo contorno impreciso do conceito de danos morais, já discutido no primeiro capítulo desta pesquisa.

Assim, o mencionado autor explana que:

Mais que a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, o que o uso do termo *indústria* anuncia é uma frontal rejeição à sua produção mecânica, algo artificial, com vistas à obtenção de lucro, em uma espécie de abordagem capitalizada de um instituto ontologicamente existencial.³⁶⁹

Porém, consoante destaca André Gustavo Correa de Andrade³⁷⁰, a ferramenta para coibir demandas abusivas e infundadas que visem especular com os danos morais deve ser oriunda, inicialmente da formação de uma tendência jurisprudencial forte, que rejeite firmemente pleitos desarrazoados neste sentido. “O sistemático não acolhimento de postulações dessa índole desestimularia os aventureiros e acarretaria a paulatina diminuição de tais demandas. ”

Ademais, cumpre aos magistrados a fixação de valores compensatórios proporcionais ao dano, com o fito de frear a obtenção de enriquecimento ou vantagens às custas da propositura de ações indenizatórias. O que não se mostra razoável é vedar a aplicação de um importante instrumento, como a indenização punitiva, que tem funções essenciais, sob o fundamento de desestimular demandas temerárias.³⁷¹

Além disso, para coibir essa “superproliferação” de demandas indenizatórias, faz-se necessária a utilização rigorosa, pelos julgadores do aparato processual existente para frear a litigância de má-fé.³⁷²

Por fim, se a destinação da verba punitiva for direcionada a fundos públicos, como se defende nesta pesquisa, não haverá que se falar em estímulo à indústria do dano moral, visto que a vítima não receberá nenhuma quantia superior àquela necessária para compensar o dano sofrido.

³⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 194.

³⁷⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 277.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 277/278.

³⁷² *Ibidem*, *loc.cit.*

Argumenta-se ainda que os *punitive damages* constituiriam um estímulo à vingança, que não deve ser encorajada na sociedade moderna.³⁷³

Porém, como destaca André Gustavo³⁷⁴ não é uma tarefa do Direito apagar essa característica da raça humana. “O que o direito pode e deve fazer é conferir civilidade à reação do injusto, para impedir o “olho por olho”. E nada mais civilizado do que a aplicação de uma sanção pecuniária como retribuição. ”

Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes³⁷⁵ afirma que a indenização punitiva como é aplicada atualmente, no Brasil, representa um incentivo à malícia, visto que a sua aplicação é feita sem critérios, provém somente da discricionariedade de cada magistrado, que não separam a compensação da punição. A autora destaca ainda que para que a sanção civil realmente atingisse as finalidades para que se propõe, “seria mais do que desejável que a parcela respectiva fosse adequadamente destacada. ”

Ademais, como já explicado no segundo capítulo deste trabalho, a ideia de vingança privada, de imposição da pena civil de forma incipiente ficou nos primórdios do instituto, o que se busca, é justamente uma regulamentação, para evitar a insegurança jurídica.

Assim, a simples alegação de que os *punitive damages* gerariam o desejo de vingança é um argumento muito raso e subjetivo para impedir a aplicabilidade desta ferramenta.

Por último, é válido discutir acerca da alegação de que a indenização punitiva poderia gerar um risco social economicamente danoso às empresas do país.

Isto é, a condenação de uma companhia a pagar valores exacerbados a título de indenização punitiva colocaria em risco a sua estabilidade econômica, pelo que, geraria um efeito de, além de levar algumas empresas à falência, desencorajar a iniciativa econômica a empreender.³⁷⁶

Neste sentido, Heitor Baptista destaca que:

³⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 278.

³⁷⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 328/329.

³⁷⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2009, p. 279.

Se de um lado, a responsabilidade civil deve tutelar preventivamente os interesses sociais contemporâneos, deve, por outra vertente, fazê-lo de modo equilibrado e não predatório à livre iniciativa do mercado, servindo, assim, a um só tempo como garantia da sociedade contra abusos e condutas sabidamente ilegais que geram cada vez mais danos de difícil ou incerta reparação, e, igualmente, num juízo de ponderação de interesses, para defesa do desenvolvimento econômico.³⁷⁷

Porém, a feição econômica não deve ser a única a ser considerada para decidir pela inutilidade ou utilidade do instrumento aqui discutido, e menos ainda para concluir pela sua justiça ou injustiça.³⁷⁸

Inclusive, o adequado emprego da sanção punitiva tem o condão de afastar os riscos econômicos “produzindo, ao contrário, o efeito positivo de prevenir danos a consumidores e usuários de produtos e serviços, que, no final das contas, são aqueles em proveito de quem as atividades econômicas devem desenvolver-se”.³⁷⁹

Ademais, como esclarecido anteriormente, a individualização dos montantes condenatórios a título de punição e reparação facilitará inclusive, ao ofensor, identificar o quanto está sendo condenado a pagar a título de *punitive damages*, podendo, desta forma, interpor recurso para demonstrar que esta quantia é desarrazoada, e prejudica a saúde econômica da empresa, obviamente, provando o alegado.

Sendo assim, deve-se ter em mente que a função primordial da indenização punitiva é a de funcionar como instrumento dissuasório de condutas ilícitas, intencionalmente praticadas, pelo que, o objetivo é justamente que pese no bolso do lesante, para que ele interrompa esse tipo de prática.

4.4 NECESSIDADE DE ANÁLISE DA CULPA DO OFENSOR: RETROCESSO À OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL?

³⁷⁷ CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, p. 99.

³⁷⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 279.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 280.

Todo o raciocínio desenvolvido ao longo do presente trabalho nos traz a um questionamento final, qual seja, “Afim, a necessidade de análise da culpa do ofensor como um pressuposto de aplicação dos *punitive damages* significa um retrocesso à objetivação da responsabilidade civil?”

Por tudo que foi demonstrado a resposta é: depende. Isto porque, se esta indagação for feita ante à realidade atual da pena civil no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, uma aplicação solta, desregrada, deixada ao simples alvedrio dos magistrados, utilizada como parte inclusa da indenização dos danos morais, sim, significa um retrocesso.

Explica-se. A responsabilidade civil evoluiu para a inclusão de uma cláusula geral de objetivação no CC/02, no parágrafo único do artigo 927, como demonstrado no capítulo primeiro deste trabalho, com o intuito de facilitar às vítimas o efetivo alcance à reparação integral diante de danos sofridos.

Sendo assim, os atos ilícitos que gerem danos a outrem, sejam estes materiais ou exclusivamente morais, devem ser reparados independentemente da existência de culpa. Pelo que, no momento em que se coloca a indenização punitiva como categoria inclusa na seara dos danos extrapatrimoniais, implicando em um só valor de condenação, está-se exatamente cometendo um retrocesso, no sentido de que, como a análise da culpa é pressuposto para haver indenização punitiva, estar-se-á condicionando a reparação dos danos morais à existência de culpa do agente, contrariando, inclusive, a letra da lei.

Ou, seja, o fato de não separar a quantificação da indenização reparatória da indenização punitiva significa, em si mesmo, um retrocesso à objetivação da responsabilidade civil.

Neste momento, cumpre trazer novamente a conclusão feita por Anderson Schreiber, que já foi anteriormente demonstrada nesta pesquisa, mas que resume perfeitamente este raciocínio:

No Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria condenação do dano moral. (...) Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto. (...) Como já se viu, o avanço da responsabilidade objetiva e as alterações na própria noção de culpa têm

conduzido a responsabilidade civil a um campo dissociado de preocupações subjetivistas e cada vez menos sensível à ideia de culpabilidade. Os *punitive damages* são a essência da orientação contrária – fundam-se, inteiramente, no grau de culpabilidade do agente. (...) Opõem-se, desta forma, a toda a marcha que a responsabilidade civil vem desenvolvendo nos dois últimos séculos.³⁸⁰

Por outro lado, caso a pergunta seja feita diante da possibilidade de aplicação correta do instituto, isto é, como é proposto na sua origem, como figura autônoma à categoria de danos extrapatrimoniais ou patrimoniais, porém, podendo ser cumulativa a ambos, não há que se falar em retrocesso da objetivação da responsabilidade civil.

Inclusive, conforme assevera Adalmo Júnior, “se o que se pune é a conduta do ofensor não importa se o dano foi patrimonial ou extrapatrimonial.”³⁸¹

Chega-se a esta conclusão visto que, como explicado no segundo capítulo desta pesquisa, mesmo em caso de responsabilidade objetiva serão aplicáveis os *punitive damages*, se o agente causador do dano, comprovadamente, tiver atuado intencionalmente, visto que a análise se dará em etapas separadas.³⁸²

Sobre o tema, é válida a lição que se colaciona abaixo:

Outro argumento é o de que a indenização punitiva introduz o elemento culpa, que é afastado nos casos de responsabilidade objetiva. Quanto a isso, já se observou que a indenização punitiva não modifica o fundamento da responsabilidade do agente. Nos casos em que este responde pelo risco de sua atividade, sua responsabilidade era e continua a ser objetiva. A prova da culpa se faz necessária apenas para a imposição da indenização punitiva, não para a fixação da indenização compensatória ou para a reparação dos danos morais.³⁸³

Assim, não há empecilho para que, em ação que se discuta responsabilidade civil objetiva, o autor produza prova acerca do elemento subjetivo do demandado. “Afinal, a responsabilidade objetiva não é sinônima de responsabilidade sem culpa, mas de responsabilidade civil que prescinde da culpa e, conseqüentemente, dispensa, a princípio, a prova da culpa.”³⁸⁴

Neste sentido, André Gustavo Correa de Andrade exemplifica:

³⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 211/217.

³⁸¹ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 29.

³⁸² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 270/271.

³⁸³ *Ibidem*, p. 297.

³⁸⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op.cit.*, 2009, p. 270/271.

Em se tratando, por exemplo, de dano moral decorrente do fato do produto ou do serviço, na qual a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva, a indenização punitiva dependeria de comprovação, a cargo do consumidor atingido, de que o evento decorreu de culpa grave daquele.³⁸⁵

Assim, fica claro que a análise tem que ser feita de forma separada, de modo que, para configurar o dever de indenizar os danos causados, somente importam os elementos caracterizadores da responsabilidade objetiva (conduta, dano e nexo causal), enquanto para aplicar a indenização punitiva importam os mesmos três elementos com a adição da culpa grave ou dolo.

Desta forma, diante dos argumentos expostos ao longo do trabalho, foram demonstrados contrapontos suficientes a demonstrar que a indenização punitiva se faz necessária e é compatível como o ordenamento jurídico brasileiro, desde que aplicada da forma adequada. Pelo que, não existem fundamentos jurídicos hábeis a impedir esse necessário avanço, para que a responsabilidade civil continue sendo eficaz ao atendimento das necessidades sociais.

Inclusive, Salomão Resedá³⁸⁶ se posiciona nesse mesmo sentido quanto à necessidade de aplicação da indenização punitiva no direito brasileiro, desde que feitas as mudanças necessárias, destacando ainda que “a sua aplicabilidade é muito mais do que evidente, ela é necessária.”³⁸⁷

Sendo assim, o direito não é uma ciência inerte, com um fim em si mesmo, mas sim, serve como instrumento de atendimento às necessidades sociais, em busca da pacificação dos conflitos, e, para atender satisfatoriamente a tal função, deve evoluir junto com a sociedade, visto que, estagnar-se diante do movimento social é abrir espaço para injustiças.³⁸⁸

Compete ao direito, desta forma, o estabelecimento de limites além de evitar “e resolver conflitos típicos da sociedade contemporânea, cumprindo aos juristas a

³⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 270/271.

³⁸⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Santa Catarina: Conceito Editorial. 2009, p. 306.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 299.

³⁸⁸ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, abr/jun, 2007, p. 37.

superação dos institutos clássicos da responsabilidade civil e a elaboração de novas teorias aptas a resguardar o equilíbrio social. ”³⁸⁹

Pelo exposto, destaca-se que, da mesma forma que a responsabilidade teve de evoluir para alcançar o modelo objetivo de reparação, visto que, o protagonismo da culpa estava barrando o justo acesso às indenizações, pelas vítimas de danos, agora, a função meramente ressarcitória da responsabilidade vem mostrando as suas lacunas, e, mais uma vez, a fluidez das relações sociais clama por uma mudança do sistema, que precisa ocorrer, sob pena de tornar-se ineficaz.

O que não se pode é fechar os olhos às necessidades atuais da sociedade, em uma era capitalista, de condutas premeditadas e calculadas, e legitimar o uso deturpado de um instituto nobre, que, realmente, ao ser utilizado de forma equivocada traz mais malefícios do que benefícios.

A função punitiva e, principalmente, preventiva da responsabilidade civil mostra-se mais do que necessária e adequada à realidade brasileira, devendo, portanto, o Poder Legislativo tomar providências acerca da adoção regulamentada dos *punitive damages* no direito brasileiro.

³⁸⁹ VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Da (in)admissibilidade da pena civil pelo Direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014, p. 163.

5 CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto ao longo dos capítulos desta pesquisa conclui-se inicialmente que a responsabilidade civil não tem um fim em si mesma e está a serviço dos anseios sociais, razão pela qual deve evoluir juntamente com as mudanças da sociedade, sob pena de tornar-se obsoleta.

Assim, à medida em que a sociedade se modifica, novas necessidades surgem e precisam ser supridas, de forma que, se nos primórdios, a retribuição se concentrava na mão dos homens, prevalecendo a Lei de Talião e a vingança privada, é certo que, quando as comunidades se organizaram de forma mais clara, o poder de regular as relações civis foi transferido ao Estado.

Nesta época, reinava a ideia de responsabilização subjetiva pelos danos causados, isto é, somente haveria o dever de indenizar uma vez demonstrada a existência de conduta do agente, culpa do agente, dano e nexos causal. Porém, com as mudanças ocorridas no contexto social, mormente pela Revolução Industrial, a necessidade de demonstração da culpabilidade do agente se mostrou como um verdadeiro filtro à obtenção de reparações, configurando situações de prova diabólica, e gerando muitas injustiças.

Daí porque, sentiu-se a necessidade de modificar este sistema, que não mais atendia satisfatoriamente às necessidades do contexto social, e então foram desenvolvidas as situações de culpa presumida, até alcançar as Teorias do Risco, que terminaram por acarretar em um sistema de objetivação da responsabilidade.

Neste novo modelo, para que haja o dever de reparar, basta que a vítima do dano comprove a existência de uma conduta, de um dano e de um nexos causal que una os dois anteriores, prescindindo a demonstração da culpa, justamente como forma de facilitar o acesso às indenizações devidas.

Assim, o Código Civil de 2002 trouxe no seu artigo 927, parágrafo único aquilo que a doutrina denomina de “cláusula geral de objetivação da responsabilidade civil”. Ressaltando-se que, jamais se pretendeu desprezar a teoria clássica (subjetiva) da responsabilidade civil, mas tão somente, adequar o instituto ao contexto histórico do momento.

Ocorre que, a sociedade não é inerte, ela está a todo tempo se modificando e daí surgem novamente, novas necessidades. Com isto, o sistema capitalista atual faz com que existam demandas massificadas e repetitivas, de modo que o aspecto econômico, muitas vezes, prevaleça sobre o respeito aos direitos de outrem.

Daí que a função meramente reparatória da responsabilidade civil, positivada no CC/02, começa a mostrar a suas lacunas, pois, passa-se a perceber que não basta apenas ressarcir os danos causados, na exata medida da sua extensão, deve-se também, e principalmente, barrar a existência destes, na sua origem.

Para isto, é necessário e urgente a adoção, pelo sistema jurídico brasileiro, de um instituto operacional, capaz de exercer esta função preventiva/dissuasiva. Daí que, ante à ausência de qualquer previsão legislativa sobre uma ferramenta com essas características, a doutrina e os tribunais passaram a se aventurar sobre institutos estrangeiros como os *punitive damages*, porém, esta utilização tem se dado de forma insegura, solta, sem parâmetros estabelecidos, o que acaba por desvirtuar o instituto, causando uma situação de extrema insegurança jurídica.

Paralelamente a isto, temos que a indenizabilidade dos danos morais, no Brasil, foi um tema deveras controverso até o advento da CF/88, e, ainda que, atualmente não se discuta mais sobre a possibilidade de reparação desta categoria de danos, muita incerteza ainda paira sobre o campo da conceituação, quantificação, funções e critérios de aplicação destes danos, consoante restou demonstrado nesta pesquisa.

Daí porque, por ser este terreno pantanoso, extremamente subjetivo, a função punitiva e preventiva da responsabilidade civil acabou por ser, equivocadamente, inserida na esfera dos danos extrapatrimoniais, como se desdobramento desta fosse, passando a ser conhecida como “função pedagógica” ou “dupla função” da indenizabilidade dos danos morais

Ocorre que, este “fenômeno” não tem precedentes no mundo, pois o instituto não nasceu associado a esta categoria de danos, e não existe motivo razoável para a sua incidência ser excluída em caso de danos exclusivamente materiais, gerando uma grande confusão conceitual entre “reparação” e “punição”.

Noutro giro, esta pesquisa ainda buscou demonstrar os pressupostos de aplicação da indenização punitiva, para demonstrar que não se deve e nem pode tratar a indenização por danos morais como reparação e punição ao mesmo tempo, vez que,

o Código Civil prevê que para o dever de reparar, prescinde-se a aferição da culpa, e, a aplicação dos *punitive damages*, desde o seu surgimento, tem como requisito central a aferição da culpa grave ou dolo do agente. Como unir opostos na mesma figura?

Daí que, passou-se a analisar o cerne deste trabalho, isto é, se diante deste cenário, a aplicação dos *exemplary damages*, no direito brasileiro, significaria um retrocesso à objetivação da responsabilidade civil? E concluiu-se que depende.

Explica-se. Se considerarmos as circunstâncias atuais, desregradas com que o instituto vem sendo aplicado pela jurisprudência, como desdobramento natural dos danos morais, reunindo as duas figuras em um mesmo montante condenatório, sim, é um retrocesso, visto que não se pode condicionar a reparação de danos extrapatrimoniais à existência de culpa, contrariando a letra da lei, e também não se pode aplicar *punitive damages* de forma indistinta, desprezando a análise da culpa do ofensor, sob pena de trazer mais malefícios do que benefícios.

No entanto, se considerarmos a forma correta de aplicação da ferramenta, isto é, como categoria autônoma à reparação dos danos morais, podendo ser cumulado tanto com estes como com os danos exclusivamente materiais, desde que haja a aferição da culpa do ofensor, e, geralmente - porém não como requisito - a repetição da conduta, ou seja, pressupondo uma análise em separado que termine por estabelecer três diferentes valores de condenação (um para reparação dos danos materiais, outro para reparação dos danos morais e outro para a indenização punitiva), em capítulos separados da sentença, não, não significa um retrocesso.

Isto porque, as diversas situações de responsabilidade objetiva que imperam no ordenamento brasileiro, hoje, não teriam o condão de afastar a aplicação dos *punitive damages*, já que as análises serão separadas. Diante de um dano, inicialmente deve-se analisar a existência de prejuízos materiais e morais, e daí, deve o magistrado quantificar a reparação destes levando em consideração, tão somente, a extensão dos danos (obviamente desde que configuradas uma conduta, um dano e um nexo causal). Posteriormente, o magistrado analisará, naquele caso concreto a existência de elemento subjetivo do ofensor, e em havendo dolo ou culpa grave na prática daquela lesão, poderá condenar o ofensor em *punitive damages*, com o intuito de punir e desestimular condutas análogas, visando barrar a ocorrência de novos danos.

Por fim, esta pesquisa procurou demonstrar as principais críticas que se fazem à aplicação do instituto, no sistema jurídico brasileiro, demonstrando que nenhuma delas é absoluta, havendo soluções passíveis de habilitar a aplicação desta ferramenta que se mostra não só útil, como necessária, frente ao contexto histórico e econômico atual, para que a responsabilidade civil continue a acompanhar as mudanças sociais e servir adequadamente às necessidades do momento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

BARRETO, Eduardo Augusto Viana. **Dano Moral Punitivo**. 2010. Monografia. Orientador: Profa. Diana Perez. (Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil) – Faculdade Baiana de Direito e Escola de Magistrados da Bahia, Salvador.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

BORGES, Thiago Carvalho. Danos Punitivos: Hipóteses de aplicação no Direito brasileiro. *In: Teses da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v.2, t. XX, 2010.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/15**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

_____. **Enunciados V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

_____. **Lei nº 7.347/85**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=37&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. **Súmulas do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3055>>. Acesso em 01 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 140499/RS**, Rel. Min. Marga Tessler. DJ 28/05/2015. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192667341/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-nos-edcl-no-resp-1404991-rs-2013-0317876-2/certidao-de-julgamento-192667352>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1152541/RS**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 21.9.2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078871/recurso-especial-resp-1152541-rs-2009-0157076-0-stj/inteiro-teor-21078872>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1171826/RS**, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 27/05/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21667031/recurso-especial-resp-1171826-rs-2009-0230259-2-stj/inteiro-teor-21667032?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 455846/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 21/10/2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795332/agravo-de-instrumento-ai-455846-rj-stf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 11.786**, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, DJ 6.10.1952. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22RE+11786%22&idtopico=T10000001>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 00271584120108260564/SP**, Rel. Teixeira Leite, Data de Publicação: 19/07/2013. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116992525/apelacao-apl-271584120108260564-sp-0027158-4120108260564>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 344005020095150109**, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro. DEJT 03/11/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/253073797/recurso-de-revista-rr-344005020095150109/inteiro-teor-253073817>>. Acesso em: 02 mai. 2017. CAHALI, Youssef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. v. 21, jan/mar, 2005.

CASTRO, Heitor Baptista de Almeida. **A Eficácia da Função Preventiva na Responsabilidade Civil contemporânea pela Pena Civil**. 2016. Monografia. Orientador: Prof. Rodolfo Pamplona Filho. (Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

CERQUEIRA, Naiara Guimarães de. Disciplina jurídica dos *Punitive Damages* no Ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. Jun./2008, v.127. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1395/1082r>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática. 2000. Disponível em: <http://home.ufam.edu.br/andersonlfc/Economia_Etica/Convite%20%20Filosofia%20-%20Marilena%20Chaiui.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2017.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Renovar. 2006.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 7ª ed. Bahia: Juspodivm. 2017.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 86, abr/jun, 1941.

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

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Bahia: Juspodivm. 2013.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *Punitive Damages*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, jan/mar, 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

_____. Situação Atual, no Direito Civil Moderno, das Teorias da Culpa e do Risco. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 83, jul/set, 1940.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **A Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva do Direito brasileiro - Importância e Alcance jurídicos à luz de uma perspectiva Civil- Constitucional**. 2009. Dissertação. Orientadora: Profa. Pastora

do Socorro Teixeira Leal (Programa de Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Pará.

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

MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

_____. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr/jun, 2004.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. 2008.

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

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

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas. 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: Indenização no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2011.

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

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. O Dano Moral e a sua problemática: Quantificação, Função Punitiva e os *Punitive Damages*. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014.

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

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2ª ed. São Paulo: Forense. 1969.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

TARTUCE, Flávio. A cláusula geral de responsabilidade objetiva nos dez anos do Código Civil de 2002. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 50, abr/jun, 2012.

VALLER, Wladimir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: E.V. 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 15ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização Punitiva no Brasil: Desafios e Configuração. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57, jan/mar, 2014.

VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Função Punitiva da Responsabilidade Civil: Da (in)admissibilidade da pena civil pelo Direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60, out/dez, 2014.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/88 e do art. 944, caput, do CC/2002). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul/set, 2008.