

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

GIOVANNA APARECIDA ROSSINI MINTO

A introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro

Ribeirão Preto

2018



GIOVANNA APARECIDA ROSSINI MINTO

A introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cristina Godoy Bernardo de Oliveira

Ribeirão Preto

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

R667i Rossini Minto , Giovanna Aparecida  
A introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro / Giovanna Aparecida Rossini Minto ; orientadora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira . -- Ribeirão Preto, 2018.  
127 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018.

1. CIÊNCIAS SOCIAIS . 2. DIREITO . 3. DIREITO CIVIL . 4. RESPONSABILIDADE CIVIL . I. Godoy Bernardo de Oliveira , Cristina, orient. II. Título

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: MINTO, Giovanna Aparecida Rossini Minto

Título: A introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



## **AGRADECIMENTOS**

Miguel Cervantes escreveu em Dom Quixote que “um sonho que se sonha só é apenas um sonho, mas um sonho sonhado junto é a realidade”, sendo assim acredito que nenhum trabalho pode ser realizado de maneira isolada e dele sempre fazem parte uma série de fatores que tornam a obra completa. São várias as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração do trabalho e faço aqui os meus agradecimentos.

Aos meus pais, meus exemplos de amor, carinho e companheirismo, por não medirem esforços para eu realizar todos os meus sonhos, sem os quais nada disso seria possível.

Ao Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, pela generosidade e humildade com que troca conhecimentos, mas principalmente por demonstrar com entusiasmo e disposição que o aprendizado é um exercício contínuo, inspirando em mim as mais profundas reflexões.

À professora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira pela atenção e por gentilmente aceitar a orientação deste trabalho.

Ao Rodrigo Porto Barrachini, pelo apoio e parceria nesta etapa tão importante que é a pós-graduação.

Por fim, a todos os amigos que fiz nesta fase de pós graduação, por dividirem comigo as empreitadas e aflições deste período, pelas conversas confortantes e debates enriquecedores.



## RESUMO

MINTO, Giovanna Aparecida Rossini. **A introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro.** 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

A responsabilidade civil foi a área do Direito que mais sofreu mudanças a partir do século XX, sobretudo em decorrência da revolução industrial que intensifica a produção e o consumo, culminando no reconhecimento de novos danos. Neste contexto, torna-se necessário repensar as funções da responsabilidade civil sendo que, além do escopo compensatório a indenização deve atender a uma finalidade punitiva ou pedagógica, à semelhança dos *punitive damages* nos Tribunais norte-americanos. A pesquisa tem o objetivo de analisar as críticas formuladas à introdução do instituto em nosso ordenamento, bem como delimitar os critérios para a sua aplicação.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Indenização punitiva. *Punitive damages*.



## **ABSTRACT**

MINTO, Giovanna Aparecida Rossini. **The punitive damages introduction in brazilian law.** 2018. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

The civil liability is the field of law that has incurred in the most intensive changes since the 20<sup>th</sup> century, due to, mainly, the development of new technologies that have increased the production and the consume, resulting in the recognition of new sort of damages. In this context, it is paramount to revisit the purposes of the civil liability system, because the indemnification must attend the purposes of punishment and deterrence. This research aims to analyze the critics to the introduction of the punitive damages in Brazilian civil law and to fix the criteria to its application.

**Keywords:** Tort law. Punitive damages.



## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO CARÁTER EXEMPLAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>17</b>
1.1. A pena privada no direito romano clássico.....	19
1.2. Punitive e compensatory damages: conceitos e distinções: .....	22
1.3. Antecedentes históricos dos punitive damages.....	23
1.4. As funções desempenhadas pelos punitive damages: punishment e deterrence.....	25
1.5. Os punitives damages sob o prisma da análise econômica do Direito .....	27
<b>CAPÍTULO 2. NOVOS PARADIGMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO DESPERTAR DAS NOVAS ESPÉCIES DE DANOS .....</b>	<b>31</b>
2.1. Paradigmas tradicionais da responsabilidade civil .....	32
2.3. A insuficiência do paradigma reparatório e as novas funções atribuídas à responsabilidade civil .....	38
2.3.1. A responsabilidade civil como sistema reparatório de danos .....	40
2.3.2. A função preventiva da responsabilidade civil .....	41
2.3.3. A função punitiva da responsabilidade civil .....	45
2.4. O Código Civil e as sanções punitivas.....	50
<b>CAPÍTULO 3. PROBLEMAS E PERSPECTIVAS ACERCA DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA .....</b>	<b>53</b>
3.1. Delineamentos dos punitive damages no sistema norte americano .....	53
3.2. Críticas doutrinárias à adoção da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro .....	57
<b>CAPÍTULO 4. A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>73</b>
4.1. A atuação do magistrado na prevenção dos danos.....	74
4.2. A função punitiva na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	77

<b>CAPÍTULO 5. CRITÉRIOS PARA INTRODUÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>89</b>
5.1. A adequação da indenização punitiva com o princípio da reparação integral. ....	90
5.2. A necessidade de prévia cominação legal .....	91
5.3. Pressupostos de incidência da indenização punitiva .....	94
5.3.1. Pressupostos objetivos .....	95
5.3.2. Pressupostos subjetivos .....	98
5.4. Aspectos processuais em relação a indenização punitiva .....	105
5.5. O destinatário da indenização punitiva .....	106
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>115</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>118</b>

*The life of the law has not been logic; it has been experience<sup>1</sup>.*

## INTRODUÇÃO

Diversas reformas legislativas reconhecem sólidos antecedentes no direito comparado. Os novos problemas sociais podem ser resolvidos mediante técnicas inspiradas na experiência jurídica estrangeira<sup>2</sup>.

O direito dos sistemas *common law* contraria intensamente a tradição da *civil law*, à qual estamos subordinados por herança da colonização portuguesa. Universalização e casuística, regra de lei e precedente, ciência e experiência, são as contraposições destes sistemas. Entretanto, conforme assinala Maria Celina Bodin de Moraes<sup>3</sup>, ainda que permaneçam estruturais diferenças entre as duas mais importantes famílias jurídicas é inegável a aproximação entre elas e, do nosso ponto de vista, a transposição de institutos e procedimentos típicos do direito americano é constantemente sentida, não apenas no âmbito do direito constitucional, mas também no direito privado.

Um destes institutos tem tido ampla repercussão em nosso país assim como é alvo e críticas e discussões: trata-se dos *punitive damages* ou da atribuição de um caráter punitivo à reparação do dano extrapatrimonial, matéria oriunda da tradição jurídica da *common law* e que recentemente encontra-se, de certo modo, assimilada pela jurisprudência e doutrina brasileira.

Até pouco tempo, tratar da introdução de uma indenização de caráter punitivo em nosso ordenamento era considerado como um anacronismo ou sacrilégio. Dentre os principais obstáculos apontados menciona-se: uma acentuada tendência a coletivização do dano através dos seguros e fundos de garantia e a crescente expansão da responsabilidade objetiva, na qual a obrigação de indenizar prescinde da análise de um elemento culposos.

---

<sup>1</sup> HOLMES JR, Oliver Wendell, *The common law*, New Jersey: The lawbook Exchange Ltda, 2005, p. 1.

<sup>2</sup> PIZARRO, Ramón Daniel, *Daños punitivos* In: PARELLADA, Carlos A (coord.), *Derecho de daños*, Buenos Aires: La Rocca, 1996, p. 288.

<sup>3</sup> *Punitive damages em sistemas civilistas: Problemas e perspectivas* in **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, abr./jun., 2004, p. 56.

Contudo, é possível afirmar que a responsabilidade civil foi sem dúvida a área do Direito que sofreu as maiores mudanças a partir do século XX. Sérgio Cavalieri Filho<sup>4</sup> escreve que os domínios da responsabilidade civil foram ampliados na mesma proporção em que se multiplicaram os inventos e as descobertas da atividade humana. Prova disso é a vasta literatura jurídica produzida no mundo todo sobre o tema, assim como a frequência com que a Justiça é chamada a decidir conflitos de interesses decorrentes de danos injustos.

Dois fatores promoveram esta evolução: a revolução industrial, notadamente a partir da segunda metade do século XX e a busca por uma justiça social na construção de uma sociedade solidária, o que traz a necessidade de se modificar a organização do Estado com maior intervenção na sociedade a fim de garantir o acesso dos cidadãos a todos os bens e serviços necessários a uma vida digna, deixando de ser mero espectador para também ser ator, voltado para o fortalecimento da sociedade solidária.

Se antes a regra era a irresponsabilidade e a responsabilidade a exceção, agora o legislador, jurisprudência e doutrina se esforçam pelos mais variados meios e processos técnicos apropriados para estarem ao lado da vítima e lhe assegurar uma posição favorável. Portanto, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido. Nesta perspectiva, o dano deixa de ser apenas um problema contra a vítima para ser também contra a coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade<sup>5</sup>.

Neste diapasão, torna-se necessário repensar as funções da responsabilidade civil sendo que além do escopo compensatório, a indenização deveria atender a uma finalidade punitiva ou pedagógica, aspecto desenvolvido pelos tribunais norte-americanos pela teoria dos *punitive damages*. Por esta regra procura-se atribuir uma indenização elevada com o objetivo de desestimular o ofensor a reiterar a conduta dolosamente praticada.

Entretanto, a aplicação da indenização punitiva não é irrestrita, sendo estipulada apenas em caso de cometimento de ilícitos extremamente gravosos (caracterizados pela intencionalidade ou flagrante e irresponsável desconsideração aos direitos alheios ou motivados pela ilícita persecução de benefícios econômicos aptos a causar danos que extrapolam o âmbito individual).

---

<sup>4</sup> *Responsabilidade objetiva na atualidade* In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2018, p. 355.

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Responsabilidade objetiva na atualidade...* op. cit., p. 371.

Ante a insuficiência do paradigma reparatório da responsabilidade civil para coibir estes atos ilícitos, torna-se imperioso o desenvolvimento de meios jurídicos adequados tanto para a eficiente prevenção de danos decorrentes deste tipo de conduta, quanto para a punição dos agentes que tenham atuado de maneira particularmente reprovável. Com o objetivo de encontrar subsídios filosóficos e jurídicos para a implantação e desenvolvimento da função punitiva da indenização, doutrina e jurisprudência passaram a procurar modelos semelhantes no âmbito do Direito Comparado e por isso as atenções são voltadas ao instituto jurídico dos *punitive damages*. A atração exercida por este instituto está na sua capacidade de ultrapassar a cisão entre Direito Público e Privado, introduzindo na responsabilidade civil a ideia de pena privada<sup>6</sup>.

Partindo destas premissas este trabalho tem como escopo responder a questão da possibilidade de introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, a dissertação foi dividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo apreciaremos as origens, aspectos históricos e fatores que corroboraram para surgimento da indenização com escopo punitivo. Tendo em vista as raízes romanistas de nosso ordenamento, o estudo se iniciará pela privada romana. A seguir, verificar-se-á como os *punitive damages* surgiram nos países de tradição da *common law*, partindo de seus precedentes históricos até a função por eles hoje desempenhada.

No segundo capítulo da dissertação verifica-se os novos paradigmas da responsabilidade civil diante do despertar das novas espécies de danos. Inicialmente são abordados os modelos tradicionais com a atribuição exclusivamente reparatória à responsabilidade civil fundada no modelo sustentado pelos pilares da culpa, dano e nexo causal. Ao final, em razão do reconhecimento de novos danos ressarcíveis, trata-se das novas funções atribuídas à responsabilidade civil e a insuficiência do paradigma reparatório.

Para verificar a oportunidade da introdução da indenização punitiva em nosso ordenamento, o terceiro capítulo é dedicado a analisar e rebater as críticas usualmente formuladas por juristas da tradição romano-germânica à aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro.

O Direito Comparado vê a unidade dos sistemas jurídicos e tem como objeto de análise além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento, o meio social, a prática

---

<sup>6</sup> MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva*, **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, jan./mar. 2005, p. 17.

contratual. Ainda que a lei seja a fonte primordial nos países de direito escrito, como o Brasil, não se limita a esta. A norma legislativa tem o sentido que a interpretação jurisprudencial lhe dá, assim fará trabalho incompleto quem pretenda tirar conclusões apenas do cotejo de textos legais. Ademais, a doutrina formula a elaboração dogmática das instituições dando mais ideia do estado de evolução do sistema jurídico<sup>7</sup>. Sendo assim, o quarto capítulo traz uma análise jurisprudencial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, acerca da função punitiva da responsabilidade civil.

Por fim, o quinto capítulo busca trazer determinados critérios ou paradigmas para a introdução da indenização punitiva ao nosso ordenamento jurídico, tais como a necessidade de prévia cominação legal, o destinatário da indenização, bem como seus pressupostos objetivos e subjetivos.

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mario da Sila., *Direito comparado e o seu estudo* in **Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto**, Recife: Ministério da educação e cultura, Universidade do Recife – Faculdade de Direito, v. 2, 1959, p. 526.

## 1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO CARÁTER EXEMPLAR DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Investigar para definir qual a função contemporânea da responsabilidade civil constitui tarefa emblemática diante das transformações a que esse fenômeno do direito das obrigações foi submetido, especialmente a forte tendência da eliminação do fator culpa como principal referência da sentença que obriga reparar os danos. Se o objetivo maior parece ser o de encontrar responsáveis e não propriamente culpados para que os danos sejam ressarcidos, a preocupação com o caráter punitivo parece anacrônica. Ocorre que a roda da vida não para de girar e seu movimento cria novos danos, reacendendo o desejo de descobrir se novas funções não estão despertando para uma diferente reflexão e talvez aceitação de novos paradigmas.

Paula Meira Lourenço<sup>8</sup> ensina que a reflexão acerca da ilicitude e da culpa do agente e o escopo preventivo e punitivo da responsabilidade civil não deve ser entendida como o renascimento do sistema de vingança privada. Ademais, se a indenização for limitada ao dano não servirá como desincentivo à violação do direito e a prática da conduta ilícita e culposa, nem pelo próprio agente nem por terceiros.

A fragilidade da função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil se comprova pelo reconhecimento de indenização pelos danos não patrimoniais, não obstante estes serem insuscetíveis de avaliação em dinheiro<sup>9</sup>. Assim, o critério clássico para se aferir o *quantum* indenizatório, qual seja a redução do patrimônio, demonstra-se insuficiente, e a doutrina começa a admitir o recurso a critérios que já não diziam respeito ao lesado, mas ao lesante e ao seu grau de culpa. Desta forma se inicia a discussão em torno da função compensatória da responsabilidade civil, que se alarga à reflexão acerca de outras funções, reforçada no século XX com a revolução industrial e o surgimento de novos danos<sup>10</sup>.

O caráter sancionador da responsabilidade civil ganha mais espaço nas discussões contemporâneas com as preocupações recentes com a justiça distributiva e com a necessidade

---

<sup>8</sup> *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 16

<sup>9</sup> LOURENÇO, Paula Meira., *A função punitiva da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 18.

<sup>10</sup> LOURENÇO, Paula Meira., *A função punitiva da responsabilidade civil...*, op. cit. P. 18.

de prevenção e punição de condutas reprováveis mediante o significativo aumento do *quantum* da indenização em determinados casos concretos<sup>11</sup>.

Desta forma, a figura dos *punitive damages* tem recebido bastante atenção da doutrina e jurisprudência por desempenhar o duplo papel de punir o culpado (autor do dano) e de servir como dissuasão da prática de certo comportamento social<sup>12</sup>.

Os conceitos de pena privada, função punitiva da indenização por danos morais e mesmo os *punitive damages* são peças de um processo evolutivo que culminou com a separação das responsabilidades civil e penal, mas seguiu caminhos diversos na tradição romanista e anglo-saxã.

A pergunta que nos fazemos neste ponto é: o Brasil está preparado para aplicar este instituto? Para respondê-la, entretanto, devemos analisar os aspectos históricos e os fatores que corroboraram para o surgimento da indenização com escopo punitivo.

A análise histórica permite a compreensão de diversos aspectos. Se considerarmos no interior de um instituto jurídico, teremos acesso à origem etimológica, conceitos e à evolução do tema. Por outro lado, ao observarmos sua feição externa, compreenderemos a origem das regras, sua conexão com as estruturas do mercado e da vida social, e a sua dependência em relação às correntes de pensamento que fazem parte da bagagem cultural do jurista e orientam o legislador ao seu tempo<sup>13</sup>.

Neste contexto, o direito comparado oferece amplo modelo de exame. Tendo em vista as raízes romanistas do nosso Direito Privado, iniciaremos o estudo pela pena privada romana.

---

<sup>11</sup> PARGENDLER, Mariana Souza., *O caráter exemplar da indenização e o direito civil brasileiro: pena privada ou punitive damages* in **XV Salão de Iniciação Científica. Porto Alegre** : UFRGS, 2003 [ <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>]

<sup>12</sup> COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza., *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 17.

<sup>13</sup> ROSENVALD, Nelson, *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

### 1.1. A pena privada no direito romano clássico

As origens remotas da responsabilidade civil estão relacionadas à vingança coletiva, que pode ser citada como a primeira forma de reação a comportamentos lesivos<sup>14</sup>. Na ausência de um poder central a *vendeta* era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia.

No ordenamento jurídico romano, a pena privada serviu, por um longo período, como modalidade típica de reação ao ato ilícito. Imperava a dicotomia entre os delitos públicos e os delitos privados, designados com os vocábulos *delictum* e *maleficium*. Os primeiros eram considerados de elevada importância social, a ponto de justificar a persecução direta pelo próprio Estado, em Tribunais especiais, visando a aplicação de uma pena pública, que podia consistir em morte, na imposição de castigos corporais ou na aplicação de uma multa em benefício do Estado. Em contrapartida, os delitos privados eram aqueles que causavam dano à honra, à integridade física ou aos bens do indivíduo. O Estado não tomava iniciativa de punir o ofensor, mas assegurava à vítima o direito de intentar uma *actio* para condenar o ofensor a pagar uma pena privada (*poena privata*), na forma de um múltiplo do dano. Sem prejuízo de ajuizar uma ação reipersecutória (*rei persecutio*), de forma cumulativa, para obter o ressarcimento do prejuízo<sup>15</sup>.

O sistema de delitos privados que vigorou nos períodos pré-clássico e clássico, como se verá adiante, em muito se aproxima do modelo existente nos países de *common law*. O direito privado se manifestava por meio das ações processuais que garantiam ao lesionado uma reparação. O Estado assegura à vítima duas pretensões distintas que podem ser exercidas cumulativamente: a de natureza compensatória, que busca ressarcir os danos sofridos (*compensatory damages* exercida pelas *actio reipersecutoriae*), e outra de natureza punitiva, que visa punir o ofensor (*actio poenales* que se aproximam dos *punitive damages*) com a entrega de uma quantia em dinheiro ao lesionado pelo ato<sup>16</sup>.

Emilio Betti<sup>17</sup>, ao tratar da origem da obrigação romana afirma que o ilícito daria causa à *vindicta* e o infrator sofreria a punição física pelo seu ato. Porém, seria possível

---

<sup>14</sup> Dois aspectos jurídicos relevantes deste período são a não individualização da pena e a desproporcionalidade das sanções. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes* in **Direito em Ação**, Brasília, v. 10, n. 1, jan/jun, 2013.

<sup>15</sup> ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, 6ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 223.

<sup>16</sup> ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano...* op. cit., p. 224.

<sup>17</sup> *La struttura dell'obbligazione romana e il problema dela sua genesi*, Milano: Giuffrè, 1955, p. 173.

substituir a vingança privada pela formação de um vínculo (*nexum*), que seria desconstituído pelo pagamento de uma sanção pecuniária. Contudo, a passagem da pena corporal para a sanção pecuniária não foi instantânea. Durante muito tempo elas coexistiram, como se observa pela análise da Lei das XII Tábuas<sup>18</sup>.

Portanto, o *ius civile* atribuía a determinados atos ilícitos o efeito de fazer surgir uma *obligatio* entre aquele que teria cometido um ato ilícito e aquele que teria sido lesado, em virtude do qual o primeiro estava obrigado a pagar ao segundo uma *poena*, consistente em uma soma de dinheiro.

O repassar das teorias do Direito Romano Clássico evidencia que a sanção por ato ilícito realmente acontecia, sendo que a depender do tipo de ação danosa ou algo assemelhado a graduação da culpa ainda incipiente, essa indenização ocorria tanto pela via punitiva como pela ressarcitória.

Na Era Republicana, com o processo de despenalização do ilícito penal e diversificação do ilícito privado nasce a noção de obrigação *ex delicto*. Arangio-Ruiz<sup>19</sup> escreve que as obrigações *ex delicto* são estritamente pessoais e vinculam o ofensor ao ofendido constringendo o primeiro ao pagamento de uma pena pecuniária ao segundo.

Contudo, na era imperial romana, o sucesso da pena pública inaugura uma progressiva crise da pena privada. Os juristas romanos registraram uma melhor efetividade da esfera penal de forma que o juízo cível se reserva às demandas ressarcitórias<sup>20</sup>. O distanciamento entre a responsabilidade civil e penal, também é consequência do crescimento do Império Romano, que passou a tomar para si a tarefa de punir os agentes que praticassem danos<sup>21</sup>.

Ademais, afastaram-se as várias ações específicas que existiam no direito romano, surgindo a ideia de pressupostos gerais da responsabilidade civil. O desprendimento da responsabilidade dos diversos tipos de ilícitos foi fundamental para o cancelamento da

---

<sup>18</sup>RODRIGES JUNIOR, Otávio Luiz, *Responsabilidade civil no direito romano* in MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio, *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 05.

<sup>19</sup> *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Napoli: E. Jovene, 1960, p. 364.

<sup>20</sup> ROSENVALD, Nelson, *As funções da responsabilidade civil* (op. cit.), p. 38.

<sup>21</sup> DIAS, José Aguiar., *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 11ª ed., 2006, p. 23.

função penal ligada à responsabilidade civil, já que se eliminaram as diferenças que existiam em relação à gravidade do ilícito e o elemento subjetivo do autor<sup>22</sup>.

Posteriormente, com a formação dos Estados Modernos e a centralização de poder o direito positivo passa a restringir as hipóteses de imposição de sanções pecuniárias. Observa-se uma grande expansão da esfera criminal através da criação de novos tipos penais, com atribuição ao Estado do monopólio da persecução, com a aplicação de uma pena pública. Além disso, nesse momento, o Estado já estava suficientemente forte para assumir tais tarefas. Sob a perspectiva de justiça comutativa (propagada por São Tomás de Aquino) elide-se qualquer forma de enriquecimento injustificado, sendo inadmissível a devolução de uma soma múltipla em prol da vítima<sup>23</sup>. Prevaecem as sanções baseadas na responsabilidade aquiliana, ou seja, equivalentes ao valor do dano causado.

A ideia de pena privada, portanto, estava em contraste com a clara separação das esferas do direito civil e penal, uma conquista dos ordenamentos modernos como resultado de uma lenta evolução que atenuou o caráter sancionatório da reparação de atos ilícitos. Desta forma, nasce um modelo jurídico (presente em diversos ordenamentos) no qual a função primordial da indenização é a de reparação de um dano injusto atendendo a lógica liberal que demanda a ausência de entraves para o exercício de atividades econômicas, mantendo-se a mínima interferência estatal em matéria de autonomia privada<sup>24</sup>.

A descontextualização da pena privada surge, também, como uma necessidade de uniformização do ordenamento jurídico e do movimento de codificação que introduzira a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais.

O retrospecto sobre a eliminação da pena privada faz parecer que se assiste a um filme repaginado e cuja atualidade não é superficial como a volta de um vestuário que caiu de moda. Os tempos atuais ou as exigências sociais mais recentes integram o que poderia chamar de tendência da política criminal que auspicia uma drástica redução da área penalmente relevante e mira à busca de alternativas à tutela penal<sup>25</sup>. O sentido punitivo da responsabilidade civil está pegando carona nesse vácuo.

---

<sup>22</sup> COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 18.

<sup>23</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 40.

<sup>24</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 41.

<sup>25</sup> CARLUCCI, Aida Rosa Kemelmajer. *conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' em el derecho argentino?* In **Anales del'academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires**, n. 31, 1993, p. 83.

## 1.2. *Punitive e compensatory damages*: conceitos e distinções

Não é inútil analisar o significado da expressão "damages" como primeiro passo para compreender e refutar a crítica sobre o perigo de sua ambivalência a gerar possível confusão na designação de nocividade e remédios para sua recuperação. No entanto, trata-se de um vocábulo genérico que pode assumir diversas feições e funções, especialmente as noções de *compensatory* e os *punitive damages*, centro das atenções desta pesquisa.

Os primeiros são, de acordo com Eduardo Uilan<sup>26</sup>, aqueles concedidos para reparar um prejuízo real e visam colocar o autor da demanda na situação que estaria se não tivesse sido lesionado, ou seja, devem se consubstanciar em uma quantia suficiente a restituir o lesionado ao *status quo ante*, tendo em vista que o seu objetivo é o de ressarcir o prejuízo<sup>27</sup>. Portanto, trata-se de um conceito bastante similar ao de indenização compensatória previsto no art. 944 do Código Civil de 2002.

A indenização punitiva, apesar de se assemelhar à compensatória no sentido de representar uma sanção pecuniária decorrente do cometimento de um ato ilícito, distingue-se desta última por não exercer uma função compensatória. Os *punitive damages* são impostos em adição aos *compensatory damages* com a função dúplice de punir o ofensor e evitar o cometimento de condutas semelhantes<sup>28</sup>.

Na Inglaterra, os *punitive damages* se limitam a três categorias (i) quando há disposição legal que os autorize, como na proteção de direitos do autor, (ii) quando se trata de sancionar uma conduta vexatória e (iii) quando o autor do ilícito assume o risco da prática sob a perspectiva de que a utilidade da conduta será superior à indenização a ser paga pela vítima<sup>29</sup>.

No âmbito da *law of torts* ou da responsabilidade civil americana, por outro lado, há um grupo de modelos jurídicos extracontratuais que interferem na pessoa, na propriedade, reputação ou vantagens comerciais ou sociais. Um ato ilícito pode ser tanto um crime como uma demanda de responsabilidade civil ajuizada pela vítima com vistas à reparação dos

---

<sup>26</sup> *Responsabilidade civil punitiva*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003, p. 28.

<sup>27</sup> COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 16.

<sup>28</sup> SERPA, Pedro Ricardo e, *Indenização punitiva*, Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, p. 25.

<sup>29</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 192.

prejuízos. Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária com a finalidade de deter o ofensor e evitar a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajarem desta maneira.

Enquanto as cortes estadunidenses e canadenses utilizam a expressão *punitive damages*, outras jurisdições como a britânica, optam por *exemplary damages*. Não podemos afirmar que são termos idênticos, mas, ambos são contrapostos aos *compensatory damages*.

São três critérios fundamentais para a distinção entre os danos punitivos e compensatórios: (i) finalidade, (ii) individualização do sujeito a que se aplica o remédio e (iii) a diferença de perspectivas.

Quanto à finalidade, a indenização punitiva visa a inibição de condutas reiteradas, enquanto que a compensatória se inspira na necessidade de recompor o patrimônio do ofendido. Além disso, enquanto os danos compensatórios têm como foco a figura da vítima, os punitivos são voltados ao ofensor. Por fim, os *compensatory damages* são retrospectivos, pois focam em danos já suportados pela vítima, enquanto que os *punitive damages* são prospectivos, visando desestimular o ofensor<sup>30</sup>.

### 1.3. Antecedentes históricos dos *punitive damages*

O exame da problemática relacionada à fixação de uma indenização punitiva pode ser significativamente enriquecido mediante a investigação de suas origens e de seu desenvolvimento na *common law*.

A compreensão da atual estrutura dos *punitive damages* envolve o estudo do caminho traçado pela pena civil nos terrenos do direito anglo-saxão. Isso porque as sanções previstas pelos romanos quanto ao pagamento de múltiplos do valor do prejuízo sofrido teriam servido de modelo aos legisladores da época do rei Eduardo I para atribuir ao ofensor o pagamento ao ofendido do dobro ou triplo dos prejuízos sofridos<sup>31</sup>.

O sistema saxão não distinguia os ilícitos de natureza civil (os quais posteriormente dariam origem aos *torts*) e criminal (que consistiriam em crimes) prevendo sempre o pagamento de uma quantia em pecúnia como resposta a má conduta e justamente em razão da

---

<sup>30</sup> ROSENVALD Nelson, *A função punitiva da responsabilidade civil* (op. cit.), p. 195.

<sup>31</sup> COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 18.

confusão entre direito civil e direito penal, tais sanções pecuniárias exerciam ao mesmo tempo as funções compensatória e punitiva<sup>32</sup>.

Com a formação dos primeiros Estados e separação das esferas civil e penal as figuras híbridas caíram em desuso, de forma que, no âmbito civil, foram substituídas pela imposição de indenização compensatória ou *compensatory damages*, e apenas ao final do século XVIII surgem os primeiros precedentes judiciais que preveem expressamente a imposição de uma indenização na forma de sanção punitiva, destinada à punição do ofensor em razão da flagrante gravidade da conduta cometida.

Enquanto no direito inglês os *punitive damages* surgiram como estandartes do respeito pelo direito à reserva da vida privada e pela liberdade do indivíduo contra os abusos de poder<sup>33</sup>, nos primeiros casos norte-americanos a sanção punitiva serviu de repreensão a condutas injustificadas que causaram prejuízos que extrapolavam o âmbito material, podendo ser definidas como indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos ou significativamente negligentes<sup>34</sup>. Portanto, a indenização punitiva não ocorre em casos de simples culpa, mas apenas quando o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo.

Os *punitive damages* se desenvolveram de maneira avassaladora e, conforme afirma David G. Owen<sup>35</sup>, em meados do século XIX já haviam se transformado em uma constante no direito-norte americano e foram reconhecidos por toda a federação, exceto nos Estados de Louisiana, Massachusetts, Nebraska e Whashington, que ainda hoje não as admitem.

Ao procurar extrair as razões históricas para o surgimento dos *punitive damages* a doutrina aponta duas motivações principais. A primeira, de ordem processual, relacionada ao fato de nos países da tradição continental os processos serem julgados em primeira instância por um corpo de jurados, que tradicionalmente impõem penas mais rígidas; e a segunda, de ordem material, tendo em vista a impossibilidade de compensação de prejuízos que extrapolam o âmbito patrimonial.

Neste raciocínio, os *punitive damages* teriam surgido, em um primeiro momento, para justificar a disparidade entre a condenação pecuniária e os prejuízos suportados pela

---

<sup>32</sup> ZITZER, Kurt M., *Punitive damages: a cat's clavicle in Modern Civil Law* in **The John Marshall Law Review**, v. 22, 1988, p. 660.

<sup>33</sup> LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade...* op. cit., p. 166

<sup>34</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas*, op. cit., p. 56.

<sup>35</sup> *A punitive damages overview: functions, problems and reform* in **Villanova Law Review**, v. 39, 1994, pp. 369-370.

vítima<sup>36</sup>. Entretanto, esta teoria não se sustentaria a partir do surgimento de mecanismos que permitem ao juiz da causa revisar as condenações impostas pelo corpo de jurados. Assim, é da segunda teoria que se extraem as considerações mais interessantes no tocante ao surgimento da indenização punitiva. É a partir daí que podemos traçar um paralelo entre o surgimento dos *punitive damages* nos países da *common law* e o desenvolvimento da teoria da indenização pelos danos morais nos países de raízes romano-germânicas.

Inicialmente, os Tribunais rejeitavam a indenização pelos prejuízos não materiais, por acreditar que se tratavam de meros dissabores ou desventuras da vida e que todo homem deveria suportar. Assim, os *punitive damages* eram utilizados como forma de impedir que não fossem tutelados os prejuízos suportados e por esta razão é que se afirma que originalmente esta sanção também exercia função compensatória. Apenas em meados do século XIX é que a jurisprudência inglesa e norte-americana passou a consolidar o entendimento de que os prejuízos não materiais também deveriam ser ressarcidos<sup>37</sup>.

Originalmente, portanto, os *punitive damages* exerciam a função mista de punir o ofensor pela conduta altamente reprovável e compensar o ofendido pelos prejuízos não materiais que ele houvesse suportado em razão da ofensa. Esta função mista é bastante similar à que os Tribunais atribuem, até hoje, aos danos morais e é uma das razões que nos motiva ao aprofundamento do estudo.

#### **1.4. As funções desempenhadas pelos *punitive damages*: *punishment* e *deterrence***

A permanência da aplicação dos *punitive damages*, mesmo após o desenvolvimento do *tort law*, justifica-se pelo fato de esta sanção ainda conseguir atingir, de maneira adequada, todas as funções para as quais foi originalmente criada, principalmente a retributiva (*punishment*) e de desestímulo (*deterrence*)<sup>38</sup>.

A retribuição requer que a conduta revele extrema reprovação social (uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente) cumulada ao desestímulo no sentido de coibir a prática reiterada de condutas ilícitas.

---

<sup>36</sup> ZITZER, Kurt M., *Punitive damages: a cat's clavicle...* op. cit., p. 662

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza., *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 19

<sup>38</sup> DE CARLUCCI, A. R. K., *Conviene la introducción...* op. cit., p. 88.

David G. Owen<sup>39</sup> leciona que a prevenção pode atuar *ex ante*, na medida em que o indivíduo sopesará as consequências de sua conduta ilícita antes de praticá-la, ou *ex post*, no sentido de punir aqueles que não preveniram as consequências de seus atos. Portanto, ao desestimular o cometimento de novos ilícitos, os *punitive damages* agem de modo a estimular o respeito à Lei e a promover o bem-estar social<sup>40</sup>, e serão sempre adequados quando a responsabilização do lesante ao pagamento de indenização compensatória for insuficiente para inibir a conduta reiterada, o que ocorrerá sempre que os custos para evitar os prejuízos sejam maiores do que aqueles necessários para recompor o patrimônio do ofendido<sup>41</sup>.

O momento é oportuno para lembrar da queixa do adquirente de carro novo e que fez surgir o célebre precedente *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). O comprador descobriu que ocorreu repintura de parte do carro antes da chegada dele aos Estados Unidos em virtude de estragos advindos de uma chuva ácida no trajeto da Alemanha, onde foi fabricado, sendo que nada disso foi revelado. Instaurado o processo, alegou a revendedora que se dedicava ao comércio de carros novos com danos do transporte, desde que o conserto não superasse o montante de 3% do valor do carro, o que, de certa forma, revelava a não alteração significativa do conceito de veículo novo. O Júri, contudo, não aceitou essa linha de argumentação e conferiu ao autor *compensatory damages* no valor de 4 mil dólares pela depreciação do objeto e *punitive damages* no valor de 4 milhões, sendo que a Suprema Corte do Alabama acatou recurso para reduzir o quantum para 2 milhões.

Paradigmático também o veredicto proferido pela morte da Sra. Lily Gray, em virtude de incêndio do veículo que dirigia, pela ruptura do tanque de combustível, por uma colisão sofrida na parte traseira no ano de 1972 (conhecido "Ford Pinto case"). Além da vítima fatal, o passageiro Richard Grimshaw sofreu lesões corporais gravíssimas, e no processo aberto por esse acidente foi confirmado que os engenheiros da montadora possuíam ciência dos riscos de incêndio pelos choques de trânsito, porque descobriram a falha na fase final da linha de produção; preferiram, segundo as provas, o risco das previsíveis indenizações diante dos altos custos da remontagem para recuperação do defeito. O julgamento condenou a empresa ao pagamento de *compensatory damages* de 560 mil dólares aos herdeiros da finada

---

<sup>39</sup> *A punitive damages overview...* op. cit., p. 380.

<sup>40</sup> SERPA, Pedro Ricardo., *Indenização punitiva*, op. cit., p. 42.

<sup>41</sup> SCHWARTZ, Gary T. *Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: A comment in Southern California Law Review*, v.56, 1982, p. 135

e 2,5 milhões de dólares ao lesionado passageiro, mais *punitive damages* de 125 milhões. A Corte Superior reduziu o quantum para 3,5 milhões.<sup>42</sup>

A análise dos precedentes evidencia o protagonismo dos *punitive damages* na responsabilidade dos fornecedores pela oferta de produtos (*product liability*). A jurisprudência exalta cinco categorias em que os danos punitivos são tradicionalmente concedidos: (i) condutas fraudulentas – caso em que há um comportamento ativo do fornecedor em enganar o público, mesmo conhecendo os riscos do produtos; (ii) violação de disposições em matéria de segurança; (iii) inadequação de controles – comportamento omissivo do produtor, de total desinteresse pela segurança dos consumidores; (iv) ausência de advertência sobre os riscos do produto e, por fim; (v) incapacidade de remediar os defeitos do produto após o seu ingresso no mercado<sup>43</sup>.

Como regra geral, as indenizações de caráter punitivo são concedidas nas relações extracontratuais e quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham ao dolo. A mera negligência, não é razão para condenação em *punitive damages*<sup>44</sup>.

Com efeito, as recentes preocupações com a justiça distributiva, notadamente no campo do Direito Ambiental e das relações de consumo, renovam o debate acerca do possível caráter sancionador e dissuasório da responsabilidade civil. A retomada da pena privada é fruto dos fenômenos sociais próprios das sociedades industrializadas e afirma-se como instrumento apto a coibir ou desestimular danos de dimensão transindividual<sup>45</sup>.

### **1.5. Os *punitive damages* sob o prisma da análise econômica do Direito**

A tutela preventiva-repressiva da indenização punitiva dá margem a medo e perplexidades questionando desvio a princípios constitucionais com a imposição de *punitive damages*. É claro que, por se tratar de figura híbrida, mesclando entre o âmbito civil e penal, o

---

<sup>42</sup> Grimshaw v. Ford Motor Co 119 Cal. App. 3d 757 174 Cal. Rptr 348 1981

<sup>43</sup> ROSENVALD, *As funções da responsabilidade civil...*, op. cit., p. 194.

<sup>44</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva...*op. cit., p. 19.

<sup>45</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva...*op. cit., p. 16.

caráter aflitivo não pode ser aplicado de maneira indiscriminada sob o risco de colocar em xeque princípios fundamentais da responsabilidade civil<sup>46</sup>.

O grande desafio nessa matéria e que motiva, há décadas, variados questionamentos, reside na definição de parâmetros que façam compreensíveis, inclusive aos leigos, o emprego dos danos punitivos em escala mais abrangente, e quase todas as críticas apontam para a ausência de critérios claros sobre o modo de arbitrar o quantum que servirá de punição ao ofensor. São sempre as interrogações que alimentam o amadurecimento dos princípios que, em data futura, serão aceitos e incorporados ao sistema jurídico. Isso ocorreu, inclusive, com o dano moral puro.

A aplicação maciça e sem regramentos específicos da indenização que busca convencer o infrator de não mais reincidir nas práticas nocivas, poderá produzir um efeito colateral de intensidade econômica e social, na medida em que acaba intervindo no balanço das empresas destinatárias das sentenças condenatórias, o que poderá justificar abandono das atividades para fuga das sanções. Aliás, a razão pela qual as características funcionais dos *punitive damages* têm atraído a atenção de estudiosos repousa no fato de muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva ampararem a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos lesados.

Neste contexto, a problemática da responsabilidade civil é tradicionalmente assumida no viés compensatório, com o objetivo de restabelecer a distribuição do bem-estar previamente existente ao dano, ou seja, remetendo-se a vítima à mesma situação em que se encontrava antes do ilícito. No entanto, a doutrina da Análise Econômica do Direito enfrenta a questão da responsabilidade introduzindo o critério da eficiência como finalidade no sistema e o faz utilizando noções, teorias e critérios de valoração econômica para tratar temas tradicionalmente percebidos como jurídicos buscando examinar criticamente as consequências econômicas das regras concretamente assumidas.

Aplicada para a responsabilidade civil extracontratual, a análise econômica do direito prevê as indenizações como mecanismo de internalização das externalidades negativas, ou seja, os danos devem ser ressarcidos para que o lesante suporte os custos sociais da própria atividade, evitando que a conta seja repassada a terceiros ou, na maior parte das vezes, aos

---

<sup>46</sup> MORAES, Maria Cecilia Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 73.

consumidores. Assim, ao invés de se pensar em regras de compensar danos (com a remoção das consequências negativas dos acidentes), deve-se criar instrumentos que decidam em quem recairão os custos das ações danosas<sup>47</sup>.

O sistema de responsabilidade civil baseada no critério da culpa não alcança os objetivos de justiça e eficiência econômica. Ao pensarmos na responsabilidade do produtor, se condicionarmos eventual indenização ao consumidor à prova de culpa do produtor criaremos uma ineficiência, pois em uma sociedade industrializada o acerto da culpa conduz a custos excessivos ao mesmo tempo em que cria situação de injustiça, porque é praticamente impossível que a vítima comprove a presença de culpa do causador do dano e se identifique o autor material da conduta<sup>48</sup>. Toda essa tensão resultou em uma posição de centralidade do critério da responsabilidade objetiva.

Neste raciocínio, Guido Calabresi<sup>49</sup> considera que a “culpa” não é o melhor elemento numa análise custo-benefício, pois ela não é capaz de individualizar o melhor critério para evitar o nascimento de um fato ilícito danoso. Na realidade, a função da responsabilidade civil é organizativa, já que visa produzir uma coordenação satisfatória de ações sociais através de decisões adotadas por vários agentes, tendo em vista que cada sujeito escolherá que custos quer suportar pelo exercício de sua atividade.

No sistema da *civil law* a proteção da vítima é a maior preocupação da responsabilidade civil, embora esse objetivo caminhe lado a lado com a necessidade de manter a harmonização jurídica baseada na tutela do direito subjetivo de todos os sujeitos contra lesões patrimoniais e morais. O movimento crítico e de fundo filosófico que atende pela sugestiva nomenclatura de Análise Econômica do Direito propõe secundarizar a concepção da culpa ou o lado humano prioritário para abrir espaço a um plano de proveito econômico máximo, surgindo a *law and economics* com a bandeira da primazia da estabilidade do mercado e não propriamente da condição do lesado. Sob essa ótica assumiria a responsabilidade civil o papel central de reduzir custos de acidentes para garantir maior benefício financeiro dos investimentos em serviços e na indústria.

---

<sup>47</sup> ROSENVALD, Nelson, *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 205.

<sup>48</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 207.

<sup>49</sup> *The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs* in **Harvard Law Review**, v. 78, 1965, p. 744-745

A teoria de cunho capitalista não é adequada ao nosso ordenamento jurídico e somente é colocada como tópico deste capítulo para ressaltar que a evolução dos *punitive damages* encontra resistência nos fundamentos da *law and economics*, o que obriga reflexão, tal como ocorreu com Pietro Perlingieri<sup>50</sup>, ressaltou o jurista italiano que embora no estudo da ciência jurídica tenha sempre prevalecido o perfil antropológico a partir do homem, da pessoa e de sua culpa, a Análise Econômica do Direito é merecedora da dedicação do operador do direito, pela promessa de, no futuro, ganhar foro de interdisciplinaridade. A aproximação da *civil law* e *common law* é fortalecida dia a dia pelos interesses comuns e não há como a ordem jurídica ignorar as transformações sociais e econômicas.

---

<sup>50</sup> *L'ordinamento vigenti e i suoi valori: Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 245.

## 2. NOVOS PARADIGMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DO DESPERTAR DAS NOVAS ESPÉCIES DE DANOS

Tradicionalmente, contempla-se a responsabilidade civil como o dever de reparar ou compensar um dano material ou imaterial decorrente de conduta comissiva ou omissiva ou do risco de determinada atividade que viole direitos de outrem, objetivando a restauração do estado anterior do lesado de forma a reestabelecer o equilíbrio social<sup>51</sup>.

Justamente por ser um instituo criado para reger as relações humanas, a responsabilidade civil se amolda ao contexto social em que vivemos. Assim, pode ter a finalidade de reparação, punição ou precaução, conforme a dimensão temporal e espacial em que se aloque.

Em um primeiro momento, em virtude da incisiva influência da ética cristã, a responsabilidade civil estava diretamente associada à culpa. Consequentemente, não se poderia falar em responsabilidade de alguém sem que se provasse a vontade desse sujeito em produzir o dano. O fundamento do dever de reparar é a vontade expressa no ato de causar o dano<sup>52</sup>.

A partir da revolução industrial e intensificação das atividades perigosas, a exigência da demonstração da culpa do agente torna-se um filtro ao êxito das demandas indenizatórias e, em consequência, a responsabilidade civil se mostra incapaz de propiciar soluções efetivas em termos de cidadania. Ao final do século XIX e com o surgimento da teoria do risco é possível afirmarmos uma reação jurídica aos riscos concretos da sociedade industrial. Mais tarde, no século XX, sucessivos arranjos institucionais ampliam garantias sociais e conferem ao cidadão maior acesso ao sistema judiciário para a proteção diante dos efeitos danosos derivados de condutas humanas<sup>53</sup>.

Este contexto imprime o que se pode chamar de crise e renovação da responsabilidade civil com o surgimento de diversas ideias, tais como: a relativização da culpa como critério de imputação da responsabilidade civil: a crise do nexo de causalidade;

---

<sup>51</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

<sup>52</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*. In **Revista da Faculdade de Direito da UFG** disponível em <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029> acesso em 16.04.2018

<sup>53</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil....* op. cit., p. 25.

extensão da responsabilidade para além dos causadores do dano; reconhecimento de novos danos e novas funções da indenização<sup>54</sup>.

O desafio no plano jurídico consiste em elaborar uma teoria de responsabilidade que se adeque às novas exigências econômicas e sociais. Em uma sociedade plural e democrática, o direito civil clássico não pode servir de modelo à responsabilidade civil. Neste contexto, há uma expansão dos danos protegidos pelo ordenamento jurídico, uma ampliação a dicotomia patrimonial/moral representada pela tutela do dano estético, perda de uma chance, dano existencial, dano social (entre outros) e, como consequência, a responsabilidade civil propende a uma cultura preventivo-punitiva<sup>55</sup>.

Foram abordados no capítulo anterior os principais aspectos do instituto jurídico dos *punitive damages* e como ele é utilizado para punir condutas altamente reprováveis e desestimular o cometimento de atos ilícitos, o que se enquadra no contexto atual dos novos rumos buscados pela responsabilidade civil. Entretanto, não podemos simplesmente transpor aquele modelo jurídico para o ordenamento pátrio, pois tal procedimento deve ser efetuado com a maior cautela. Antes de verificarmos a eventual compatibilidade entre tal instituto e os contornos legais do ordenamento brasileiro, precisamos constatar a real necessidade desta importação<sup>56</sup>.

Elabora-se, para tanto, um panorama de como se fixaram e desenvolveram as características tradicionais da responsabilidade civil. Um breve resumo do processo evolutivo da responsabilidade civil permite o mapeamento do percurso deste ramo do direito, bem como o prognóstico de alguns caminhos alternativos a serem seguidos. Dessa análise, procuraremos extrair uma conclusão precisa acerca das reais possibilidades de esse instituto vir a desempenhar, em nosso ordenamento, as funções punitiva e preventiva.

## **2.1. Paradigmas tradicionais da responsabilidade civil**

No contexto do surgimento dos primeiros códigos de direito privado o conceito de responsabilidade civil estava relacionado ao de liberdade, pois a primeira era concebida como um sistema de regras de imputação que impunha ao indivíduo a obrigação legal de indenizar

---

<sup>54</sup> MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: Responsabilidade civil*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

<sup>55</sup> ROSENVALD, Nelson, *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 28.

<sup>56</sup> COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 19.

os prejuízos por ele causados a terceiros em decorrência do cometimento de condutas que extrapolassem a sua liberdade individual<sup>57</sup>.

Em razão dos anseios da sociedade francesa que clamava para o desenvolvimento de um sistema que estipulasse regras de responsabilidade individual fundada no exercício abusivo dessa liberdade, procurou-se disciplinar o instituto da responsabilidade civil, substituindo os sistemas da vingança coletiva e familiar (típicos do direito germânico), até então existentes<sup>58</sup>.

Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>59</sup> ensina que esse sistema veio fundado em três princípios basilares: (i) universalismo, do qual deriva a tentativa de construção de uma cláusula geral para a imposição da obrigação de indenizar; (ii) moralismo, de onde se extrai a ideia de que o abuso da liberdade individual decorre de um desvio de conduta, caracterizado pela noção de culpa; (iii) individualismo, segundo o qual a obrigação de indenizar deve recair, com exclusividade, sobre o indivíduo responsável diretamente pelo prejuízo.

Em razão da separação da responsabilidade civil e criminal, a responsabilidade civil nasce com a função exclusivamente reparatória. Este instituto tinha a finalidade de indenizar o indivíduo pelos danos nos limites do prejuízo sofrido (nem mais, nem menos)<sup>60</sup>.

O sistema da responsabilidade civil sempre foi conhecido por três pilares que o sustentam: culpa, dano e nexos causal, o que na prática significa que a vítima, além de evidenciar o prejuízo sofrido, deveria superar duas barreiras para obter a indenização, quais sejam: a demonstração da culpa e o nexos causal entre a conduta do agente e o prejuízo suportado<sup>61</sup>.

Com a influência da ideologia cristã, a culpa ganha contornos éticos ligados à ideia do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis. Assim, a culpa nasce relacionada com a moral, ou seja, a imposição de uma indenização àquele que atua com culpa decorre da infração ao dever moral.

Durante toda a Idade Média e até o início da modernidade imperou a responsabilidade civil pautada na culpa do infrator, o que atendia aos anseios liberais que

---

<sup>57</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

<sup>58</sup> SERPA, Pedro Ricardo., *Indenização punitiva*, op. cit., p. 137.

<sup>59</sup> *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

<sup>60</sup> HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 94.

<sup>61</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 11.

rejeitavam a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual<sup>62</sup>. Ocorre que, com a industrialização, este modelo se demonstra insuficiente para atender aos anseios sociais. E não devemos perder de vista que o Direito deve, como sistema social, ter institutos maleáveis e capazes de se adequar à nova realidade imposta. Portanto, em razão das mudanças ocorridas com o advento da Revolução Industrial tornou-se necessário repensar os paradigmas tradicionais de responsabilidade civil.

Se, de um lado, a automatização revolucionou o setor industrial, de outro, a substituição do homem pelas máquinas provocou o aumento dos acidentes de trabalho, derivados tanto do despreparo dos operários quanto das máquinas utilizadas. O operário ficava desamparado diante da impossibilidade ou dificuldade de provar a culpa do patrão. Da mesma forma ocorreu com o sistema de transportes diante da dificuldade em provar a culpa do transportador. Neste contexto também se intensifica o processo de urbanização, que aumenta as possíveis relações entre homens. Situações como essa geraram a necessidade de repensar o fundamento da responsabilidade civil<sup>63</sup>, buscando superar as injustiças impostas pela dificuldade de demonstrar a culpa, o que fez surgirem diversos mecanismos que visam facilitar o acesso concreto da vítima à reparação.

Certo, neste cenário, é que a passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva não foi um processo célere ou fácil, percorrendo diversas etapas. Primeiro, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Daí evoluiu-se para a admissão da culpa presumida, em que há uma inversão do ônus da prova (o causador do dano é presumido culpado, até que consiga provar o contrário). Ainda, passou-se pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual até chegarmos à admissão da responsabilidade sem culpa<sup>64</sup>.

Em face de situações nas quais se proporcionava nada mais que a impunidade do lesante (tendo em vista a dificuldade de o lesado demonstrar a ocorrência de todos os elementos exigidos para a imputação da responsabilidade), a teoria clássica da culpa torna-se insuficiente para dar respostas adequadas ao número de conflitos que começam a surgir. Nesse contexto, clama-se por mecanismos legislativos mais aptos a assegurar o ressarcimento

---

<sup>62</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit. P. 17.

<sup>63</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade....* op. cit., p. 127.

<sup>64</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade...* op. cit., p. 128.

de danos, sobretudo em situações em que não se podia cogitar se uma conduta individualizada e imputável a um único responsável<sup>65</sup>.

Esta conjunção de fatores resultou na adoção da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco. Como consequência, deixa-se de se preocupar com a pessoa do responsável para voltar atenção à vítima, substitui-se a ideia de indenização como sanção voltada a remediar uma conduta ilícita e culposa pela de reparação do dano injusto. Entretanto, a evolução da responsabilidade civil não significou a substituição do sistema de responsabilidade subjetiva pela objetiva.

O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo o seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159<sup>66</sup>. Contudo, durante a sua vigência foram editados diversos Decretos e normas específicas prevendo a responsabilidade objetiva como regra. Tal evolução culminou na adoção, pelo Código de Defesa do Consumidor, de um sistema de responsabilização objetiva do fornecedor de produtos ou serviços e, finalmente, na previsão de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no art. 927 do Código Civil de 2002<sup>67</sup>.

O art. 927, CC estabelece expressamente:

*“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”.*

O escopo do parágrafo único do art. 927 é o de impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade<sup>68</sup>.

Todavia, é questionável a adoção do risco como fundamento exclusivo da responsabilidade objetiva. Ainda que o legislador tenha lhe atribuído um papel fundamental para se auferir a responsabilidade, não podemos afirmar que consista em sua única fonte, tendo em vista que há determinadas hipóteses em que a criação de um risco pelo sujeito responsável mostra-se de difícil ou artificial identificação. Situações como essas são

---

<sup>65</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 19.

<sup>66</sup> Constava a seguinte disposição: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*

<sup>67</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade....* op. cit., p. 141.

<sup>68</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil....* op. cit., p. 25.

vislumbradas ao pensarmos na responsabilidade objetiva do tutor pelos atos do tutelado, do curador pelo curatelado e assim por diante. São casos em que não se pode falar em criação de risco, mas que ainda assim a lei impõe a responsabilidade objetiva.

Anderson Schreiber<sup>69</sup> sintetiza a situação atual da responsabilidade objetiva ressaltando que a criação ou majoração de um risco continua sendo fator importante em sua aplicação, mas perde seu papel de fundamento exclusivo do instituto na medida em que são vislumbradas espécies de responsabilidade nas quais não se pode ou não se deve invocar o risco como fator de vinculação entre o dever de indenizar e o agente. E nesta última situação revela-se a verdadeira essência da responsabilidade objetiva na contemporaneidade, que é a de garantir a responsabilização independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada na solidariedade social e na garantia de ressarcimento de danos.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil passou por três principais mudanças na sua evolução: a primeira consiste na expansão dos danos ressarcíveis, a segunda é o surgimento da responsabilidade objetiva e a terceira diz respeito à sua funcionalidade, de forma que a imposição de indenização com a função reparatória mostra-se insuficiente. Interessa ao nosso estudo a análise das mudanças no tocante a expansão de danos e reconhecimento de novas funções.

## **2.2. A expansão dos danos ressarcíveis**

Com a relativa perda de importância da culpa e do nexo causal como óbices ao ressarcimento de danos sofridos, um maior número de demandas indenizatórias passou a ser acolhido pelo Poder Judiciário. Tribunais que sempre barraram as ações judiciais fundadas na desnecessidade da confirmação de culpa ou nexo causal, pouco ou nada importando com a não indenização da vítima, modificaram radicalmente o posicionamento, concedendo as reparações proporcionais diante dos critérios vencedores da responsabilidade civil que coloca o lesado em primeiro plano.

Essa flexibilização reflete uma nova realidade social marcada pela necessidade de suprir a carência de políticas públicas para a reparação de danos. As demandas judiciais aumentam em virtude do reconhecimento de novos danos indenizáveis, que são decorrência

---

<sup>69</sup> *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 30.

do processo de industrialização, da produção de novas tecnologias e também da crescente valorização da pessoa humana, que traz como consequência maior tutela a interesses existenciais.

A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir a ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais<sup>70</sup>. Este contexto está relacionado com a constitucionalização do direito civil, que Rodolfo Pamplona Filho<sup>71</sup> descreve como *o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional*.

A Constituição passa, portanto, a emanar seus princípios, valores e regras nas relações privadas, deslocando o centro do direito privado do Código Civil e seus ideais liberais para os ideais sociais da Constituição Federal.

No âmbito da responsabilidade civil esse fenômeno de constitucionalização e de valorização da pessoa humana faz com que o dever de indenizar, antes pautado na proteção de bens patrimoniais, agora se depare com novos bens jurídicos merecedores de proteção, pois a pessoa deve ser protegida a fim de se garantir a sua dignidade. Neste contexto, começam a aparecer o que Rodolfo Pamplona Filho<sup>72</sup> denominou de “novos danos”.

O movimento de constitucionalização do Direito Civil ocasionou uma mudança de paradigma da responsabilidade civil. A personalização e a promoção da dignidade da pessoa humana como valor principal promove uma mudança de foco na responsabilidade civil, que passa a enaltecer os interesses existenciais e busca proteger o ofendido aumentando assim as hipóteses de danos ressarcíveis para evitar que a dignidade se quede desamparada de tutela.

Neste processo e proteção da dignidade da pessoa humana em todos os aspectos, a jurisprudência passa por um processo de adjetivação de danos. Em razão das multifacetadas da personalidade a doutrina e a jurisprudência criam novos tipos de danos para cada ofensa a um dos aspectos da personalidade.

---

<sup>70</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 91.

<sup>71</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novos danos na responsabilidade civil. Danos morais coletivos, danos sociais ou difusos e danos por perda de uma chance* in SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio, *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2018, p. 418.

<sup>72</sup> *Novos danos na responsabilidade civil...* op. cit., p. 421.

A realidade dos dias contemporâneos nos demonstra a preocupação do direito de alguém não ser mais vítima de danos. Desta forma, esse caráter de prevenção da ocorrência de danos ganha seu espaço no sistema de responsabilidade civil em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação dos danos já ocorridos<sup>73</sup>.

Nesta conjuntura, se mostra necessário repensar os clássicos paradigmas de responsabilidade civil que, muitas vezes, não atendem aos anseios dos indivíduos quanto à ressarcibilidade dos variados tipos de danos. Daí que a função punitiva merece destaque, pois trata-se de medida capaz de prevenir potenciais comportamentos ofensivos que ensejem responsabilidade civil.

### **2.3. A insuficiência do paradigma reparatório e as novas funções atribuídas à responsabilidade civil**

Sempre foi tradição jurídica atribuir à responsabilidade civil uma função reparatória, ou seja, a imposição de uma ordem condenatória capaz de recuperar o patrimônio lesado ou amenizar o sofrimento infringido, tal como resulta do art. 944, CC. Para consagrar, na prática, esse princípio, é necessário definir o *quantum* indenizatório correto e nessa dimensão não é levada em conta a reprovabilidade da conduta do ofensor, nem o seu maior ou menor índice de riqueza ou a condição social ou econômica do lesado<sup>74</sup>.

Diante de situações fáticas em que o ressarcimento do dano mostra-se ínfimo em relação à vantagem obtida pelo próprio agente da lesão, a imposição de uma pena exemplar pode ser reconhecida como importante e admissível. Se de um lado, o reconhecimento de prejuízos decorrentes de lesões a interesses existenciais e metaindividuais representa uma grande evolução no direito privado, de outro as dificuldades na quantificação e reparação do dano demonstram uma certa ineficiência do paradigma ressarcitório da responsabilidade civil.

---

<sup>73</sup> HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade pressuposta...* op. cit., p. 35.

<sup>74</sup> NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil* in **Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 19, n. 37, 1998, disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533> [acesso em 29.03.2018]

Com todas as mudanças decorrentes de diversos momentos históricos anteriormente descritos é possível estabelecer três funções para a responsabilidade civil: (i) reparatória; (ii) punitiva; (iii) precaucional<sup>75</sup>.

A dificuldade na quantificação da indenização decorre da ausência de critérios jurisprudenciais ou doutrinários que pudessem pacificar o debate<sup>76</sup>. A apuração de um dano causado a interesses difusos, como, por exemplo, um desastre ambiental que derrama óleo em uma bacia marítima e extingue algumas espécies animais torna-se quase impossível, tendo em vista que seus efeitos se perenizam no tempo.

Em razão das ineficiências apresentadas pela atribuição da responsabilidade civil ao escopo unicamente ressarcitório, a melhor maneira de tutelar os prejuízos causados pelas condutas ilícitas é assegurar que tais direitos não venham a ser lesados, prevenindo a ocorrência de prejuízos<sup>77</sup>.

Para que a responsabilidade civil possa adequadamente exercer o escopo preventivo, é imprescindível que se reconheça a insuficiência de seu paradigma ressarcitório de forma a permitir que a indenização seja quantificada em atenção a outros critérios que não apenas em atenção ao prejuízo suportado. É nesse sentido que Paula Meira Lourenço sustenta que um reforço da tutela dos valores relativos à pessoa humana pode ser alcançado pela responsabilidade civil, desde que essa assumam a dupla função punitiva (retribuindo o mal) e preventiva (prevenindo ofensas)<sup>78</sup>.

Toda e qualquer conclusão sobre possível utilização da função punitiva pelo sistema jurídico brasileiro passa, necessariamente, pela revisitação dos objetivos tradicionais da responsabilidade civil, sem o que não se compreende sua insuficiência e, conseqüentemente, a atualização obrigatória dos propósitos indenizatórios.

---

<sup>75</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 97.

<sup>76</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social in Novos Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

<sup>77</sup> GEISTFELD, Mark. *Punitive damages, retribution and due process in South California Law Review*, v. 81, 2007/2008, p. 270. Disponível em [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=nyu\\_lewp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=nyu_lewp) [acesso em 25.04.2018/].

<sup>78</sup> *A função punitiva da responsabilidade civil...* op. cit., p. 384.

### 2.3.1. A responsabilidade civil como sistema reparatório de danos

Inicialmente a responsabilidade civil visava realocar as perdas derivadas de atividades econômicas, com a proteção do *status quo* atingido por ilícitos por elas desencadeados. Da lição de Sérgio Cavalieri Filho<sup>79</sup> se extrai que a imposição do ordenamento para que o agente repare o dano é inspirada no sentimento de justiça. Quando ocorre a violação de um direito ou interesse legítimo de um indivíduo, provoca-se uma ruptura com a ordem social e pela responsabilidade civil busca-se a restauração da ordem corrompida pelo dano, o que evidencia a função reparatória-compensatória prevista na regra geral do instituto.

Em um contexto liberal, a tentativa de imputar uma função preventiva à responsabilidade civil era rechaçada sob o argumento de que o desestímulo à prática de ilícitos seria consequência direta da obrigação de indenizar.

Ocorre que nenhuma compensação poderá eliminar a perda produzida pelo ilícito. A sociedade contemporânea é caracterizada pela ubiquidade do medo e dos riscos e isso se reflete na responsabilidade civil.

Com o escopo de se assegurar a pronta e integral reparação dos prejuízos suportados pelas vítimas criou-se um sistema indenizatório marcado pelos contratos de seguro de responsabilidade civil e desenvolvimento da seguridade social, com a instituição de fundos públicos destinados a ressarcir o lesado. Como em um sistema de freios e contrapesos se, de um lado, as vítimas tiveram fácil acesso à reparação, de outro os agentes causadores de prejuízos transferiam os riscos de sua atividade às empresas seguradoras por eles custeadas.

Apesar das consequências positivas (no que concerne ao ressarcimento do ofendido), a transferência da obrigação de indenizar a terceiros (empresas seguradoras) serve de desestímulo para que o ofensor deixe de praticar novos ilícitos no futuro ou exponha as pessoas a riscos desnecessários<sup>80</sup>. Nelson Rosenvald<sup>81</sup> pondera que a absorção da função reparatória por mecanismos de garantia contratual resulta em uma espécie de “terceirização da responsabilidade” por grandes corporações, o que acentua a tendência de desculpabilização do ofensor quando da reparação de danos.

---

<sup>79</sup> *Programa de responsabilidade....* op. cit., p. 14.

<sup>80</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 155.

<sup>81</sup> *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 105.

Conclui-se que a responsabilidade civil perde a aptidão ao atuar de modo a prevenir a prática de condutas socialmente indesejáveis. Por um lado, a evolução do instituto no sentido de se desprezar a culpa do ofensor no cometimento do ilícito e caminhar para a sua objetivação muniu a vítima do aparato necessário a socorrer a sua indenização, mas, por outro, impactou de maneira negativa as possibilidades de que pudesse ser assegurada a prevenção de novos danos.

### 2.3.2. A função preventiva da responsabilidade civil

Insero nas institutas de Justiniano o princípio *alterum non laedere* corresponde à base da responsabilidade civil, pois enuncia o dever de não lesar a outrem. No século XXI, este princípio se desdobra na obrigação de evitar a mitigar um dano, que é a questão central e um dos maiores desafios do nosso tempo.

Para Teresa Ancona Lopez<sup>82</sup>, as funções da responsabilidade civil seriam as seguintes: (i) reparar o dano; (ii) dissuadir os agentes da prática de novos danos, através do receio da aplicação da sanção-indenização (*deterrence*); (iii) prevenir a ocorrência dos danos, atuando de forma inibitória.

Ao invés de agir para remediar um dano consumado, devemos conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais. Na sociedade de riscos, como a que vivemos, o ordenamento jurídico assume o papel de prevenir novos danos orientando potenciais ofensores a adotar medidas de segurança e evitar condutas danosas, até mesmo porque existem danos que, de tão graves, não admitem reparação adequada. A prevenção de novos danos poderia ser obtida (i) pelo efeito dissuasivo da sanção após a ocorrência de danos, ao que nos países de *common law* é denominado *deterrence* ou (ii) por atividades inibitórias realizadas antes da ocorrência dos danos<sup>83</sup>.

Com o advento de novas espécies de danos, que afetam toda a coletividade, o sistema de responsabilidade civil não pode manter a sua neutralidade e deve atuar de modo a realizar um balanceamento de interesses, através da combinação das funções de punição, precaução e

---

<sup>82</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil* – Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 125.

<sup>83</sup> DAL PIZZOL, Ricardo. *As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil* – Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 309.

compensação. O que reforça a tese de que somada à finalidade compensatória devemos atribuir à responsabilidade civil o escopo de atuar na prevenção de ilícitos.

A adoção da função compensatória com a consequente imposição de uma indenização ou reparação após a consumação do dano é compatível com a lógica de um Estado liberal, pois reforça a imunidade do mercado ao ordenamento jurídico, uma vez que não são impostas normas de conduta para evitar o ato ilícito, mas tão somente o dever de indenizar para restaurar o equilíbrio econômico rompido pela lesão. Por outro lado, o Estado comprometido com as transformações sociais percebe que devem ser tutelados não apenas os interesses dos empreendedores, mas também dos trabalhadores, consumidores e da coletividade em geral. Assim, a atuação preventiva da responsabilidade civil objetiva conciliar a liberdade de competição com a tutela da saúde e segurança dos indivíduos<sup>84</sup>.

Soma-se a estes fatores de ineficácia da função compensatória da responsabilidade civil para evitar futuros ilícitos a adoção do sistema de seguros<sup>85</sup>. Se qualquer um pode ser assegurado por danos que eventualmente venha a causar e se o peso do ressarcimento não recairá sobre o seu patrimônio, a responsabilidade não atua como desestímulo.

A objetivação da responsabilidade civil também colabora para a perda da eficácia da função compensatória em evitar o cometimento de ilícitos. Ao abolirmos discussões sobre a ilicitude do ato ou valoração da culpa do ofensor na apuração do *quantum* indenizatório, assumimos que a diligência do agente causador é irrelevante na afirmação da obrigação de indenizar.

Ainda, no âmbito empresarial, a possibilidade de o agente responsável simplesmente repassar os custos econômicos da condenação aos consumidores, com a sua incorporação aos preços dos produtos e serviços que disponibiliza no mercado, atua como causa para o enfraquecimento da responsabilidade civil como instrumento dissuasivo.

O sistema de responsabilidade civil deve atender a todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos. A ênfase ao aspecto inibitório da sanção se justifica, uma vez que este é o seu escopo e não de punição, que atua apenas como um efeito necessário de seu uso. Nelson Rosenvald<sup>86</sup> compara a função exercida pela pena civil à desempenhada pela boa-fé objetiva no direito contratual, que atua monitorando o mercado.

---

<sup>84</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 107.

<sup>85</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 228.

<sup>86</sup> *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 118.

As funções da responsabilidade civil são repensadas no contexto da sociedade de risco. É uma fase de incerteza e o prognóstico não é esperançoso. Acidentes nucleares, químicos e ecológicos acontecem e são uma ameaça, exatamente pela quase impossibilidade de remediar os danos que deles decorrem, sendo importante lembrar da perspectiva de contaminação humana pelo consumo de produtos alimentares com organismos geneticamente modificados, cujos efeitos danosos não são, ainda, previstos pelos tecnólogos desse setor. A conclusão pessimista por todos esses dados é a de que os mecanismos de defesa do direito da concorrência no abastecimento são inadequados para assegurar uma efetiva proteção aos consumidores. Para essa espécie de dano e outros contemporâneos não existem ferramentas para remediar os prejuízos, pelo que se reclama cada vez mais a descoberta de meios preventivos e nunca foi tão correto afirmar: antes prevenir do que tentar reparar o que é irreparável. O momento é de antecipar ou agir antes da concretização do dano.

Assim, o paradigma reparatório tem se mostrado ineficaz em diversas situações nas quais ou a reparação do dano é impossível ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como ocorre, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ilícito que pratica, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes ou ainda quando se mostra indiferente à sanção reparatória e se propõe a pagar para cometer o ilícito<sup>87</sup>.

A função preventiva, ao que Carlos Alberto Bittar<sup>88</sup> denominou de função de desestímulo, é tida como uma das mais relevantes funções a serem exercidas pela responsabilidade civil, mesmo pela parte da doutrina que não admite que esse escopo do instituto se opere por meio da majoração do *quantum* indenizatório<sup>89</sup>.

Tal a relevância de atribuição desta nova função a este ramo do direito civil, que o escopo preventivo encontra respaldo constitucional especificamente nos princípios da segurança (art. 5º, *caput*, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF)<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*, disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a) [acesso em 03.05.2018], p. 01.

<sup>88</sup> O autor se refere a esta expressão quando trata da necessidade da indenização por danos morais ser quantificada em atenção a critérios particulares do ofensor (tal como a capacidade econômica ou o proveito obtido pela prática do ilícito), com o objetivo de dissuadir o autor do dano e a sociedade à reiteração de ilícitos in *Reparação civil por danos morais*, São Paulo: RT, 1993, pp. 221-226.

<sup>89</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figuerêdo (Coord). *Questões controvertidas*, São Paulo: Método, 2003, v. 1, p. 261; STOCCHI, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 7ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2007, p. 1707.

<sup>90</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 75-76.

Portanto, em atenção à sua função preventiva, a indenização deve atuar de modo a estimular o respeito à Lei e a promover o bem-estar social, na medida em que demonstra tanto ao agente causador quanto à sociedade, que determinados ilícitos são severamente sancionados pelo ordenamento<sup>91</sup>.

Desta forma, o escopo preventivo da indenização somente será alcançado por meio da utilização de medidas economicamente mais pesadas (indenizações mais severas), para que seja gerado um temor efetivo em todos os cidadãos que se sentirão desestimulados à prática de novos ilícitos. O *quantum* indenizatório é elevado, tornando-se a indenização mais severa e reforçando a imperatividade da norma<sup>92</sup>.

Enquanto pelo paradigma tradicional do art. 944 do Código Civil que prevê que “A indenização mede-se pela extensão do dano” a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, ao admitirmos a possibilidade de uma função preventiva a atenção é voltada à conduta do ofensor. A sanção punitiva será quantificada de acordo com critérios pessoais, característicos do ofensor, tais como sua capacidade econômico financeira ou, ainda, o montante dos benefícios de ordem econômica que ele vier a extrair do ilícito perpetrado<sup>93</sup>.

Suscitam os doutrinadores diversas questões a respeito dos potenciais impactos que a função preventiva poderia trazer ao exercício da livre iniciativa ao sustentar que se o montante indenizatório superar o prejuízo sofrido, este fato consistirá em grave impedimento à livre atividade dos indivíduos em sociedade<sup>94</sup>.

Apesar da relevância do argumento, a preocupação não se concretizará em um sistema em que a indenização punitiva incida de maneira eficiente e adequada. A simples existência do instituto não acarreta prevenção excessiva. O que se deve fazer, como se sustentará adiante, é conjugar a indenização punitiva à compensatória apenas nas hipóteses em que se fizer necessária para atingir os fins a que se destina. O simples fato de exercer uma atividade de risco não impõe ao agente a probabilidade de ser condenado ao pagamento de indenização punitiva, pois serão analisadas as particularidades de cada caso concreto, sobretudo o comportamento do ofensor e a sua capacidade econômica<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> OWEN, David G., *A punitive damages overview: functions, problems and reform ...* op. cit., p. 380.

<sup>92</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil...* op. cit., p. 80; ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 135.

<sup>93</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 182.

<sup>94</sup> COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado* in **Revista dos Tribunais**, v. 60, mai/1991, p. 11.

<sup>95</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil...* op. cit., p. 91-92.

Portanto, o objetivo seria obter o maior grau possível de prevenção de danos sem comprometer ou comprometendo minimamente outros valores igualmente relevantes, como a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico.

Em resumo, dois fatores principais apontam para a necessidade do desenvolvimento de uma responsabilidade civil preventiva: (i) enfraquecimento função compensatória; (ii) proliferação de riscos de danos graves e irreversíveis. Este escopo se materializa através de tutelas cominatórias ou inibitórias que se concretizam em obrigações de fazer ou não fazer impostas ao ofensor, como: parar de jogar resíduos no rio, sob pena de multa diária; determinação judicial de realização de *recall*; proibição de comercializar determinado produto, pois ainda nebulosos os riscos envolvidos, etc.

Assim, o destinatário da obrigação de fazer ou não fazer nas ações de responsabilidade civil preventiva não é necessariamente aquele que violou o direito ou produziu o risco, mas sim aquele que atualmente tem condições de fazer cessar o ilícito. É o que ocorre nas ações referentes a conteúdos de internet, nas quais a ordem de retirar o conteúdo ou cessar o ilícito é dirigida não aos agentes que criaram o problema, mas aos provedores ou buscadores, que são os únicos que podem eliminá-lo<sup>96</sup>.

Contudo, a simples imposição de obrigação de fazer ou não fazer pode não ser satisfatória a evitar a ocorrência de novos danos, o que impõe o dever de considerarmos a função punitiva da responsabilidade civil.

### **2.3.3. A função punitiva da responsabilidade civil**

O que se procurou argumentar até o momento diz respeito à fundamental importância de se agregar à composição de danos elementos dissuasivos seguros, tendo em vista que a técnica tradicional se tornou um estímulo à prática de lesões. Nelson Rosenvald<sup>97</sup> pondera que o ofensor conta com uma garantia do ordenamento, pois já sabe previamente que em caso de condenação não sofrerá sacrifício maior do que aquele causado ao lesado.

A imposição do *plus* a título de pena elimina a possibilidade de prévia escolha pelo lesante da prática do ilícito, pois retira a previsibilidade da indenização.

---

<sup>96</sup> DAL PIZZOL, Ricardo. *As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil...* op. cit., p. 322.

<sup>97</sup> *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 134.

É justamente nesse cenário de imprevisibilidade que se lança a pena civil nos confins da responsabilidade civil. A sanção civil punitiva se revela como instrumento eficaz quando o autor do dano não encontra no ressarcimento uma razão para se abster de seu comportamento, pois o montante indenizatório será inferior ao lucro obtido. Através da pena o autor do dano será constrangido a repor o inteiro ganho que o ilícito lhe proporcionou<sup>98</sup>.

Eloquente exemplo da imposição de uma indenização punitiva a fim de evitar condutas ilícitas dolosamente praticadas pelo agente com base no cálculo do valor da indenização é extraído do caso norte-americano “Ford Pinto case” exposto no subitem 1.4 do nosso primeiro capítulo.

Contudo, a imposição da indenização de caráter punitivo depende da verificação do grau de culpabilidade da conduta do ofensor. Neste ponto devemos observar que não se trata de reviver a ideologia oitocentista, em que a culpa atuava como um filtro para as demandas reparatórias. Aqui, a demonstração da reprovabilidade da conduta do ofensor e seu desprezo pela proteção de terceiros serão aferidos como critérios para a fixação de um *quantum* adicional ao valor da reparação<sup>99</sup>.

Não se trata de um retrocesso, mas de um passo evolutivo, como foi o surgimento da responsabilidade objetiva, com o intuito de conferir maior proteção para direitos individuais e coletivos em um momento em que a dignidade da pessoa humana é posta como princípio fundamental.

Se, por um lado, o princípio de proteção ao direito de propriedade e de liberdade econômica pedem uma regra que limite a reparação aos prejuízos sofridos, por outro, os princípios que protegem interesses metaindividuais devem ser balanceados. São estes princípios que justificam a validade das regras que determinam as penas civis<sup>100</sup>.

O histórico dos danos morais no direito brasileiro possui uma relação próxima com a função punitiva da responsabilidade civil. Era contra a ideologia cristã indenizar um indivíduo com a finalidade de reparar um dano moral, de modo que, para afastar essa crítica, desenvolveu-se a tese de que a reparação não visava reparar uma dor, mas sim punir o ofensor<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil... op. cit.*, p. 422.

<sup>99</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil... op. cit.*, p. 133.

<sup>100</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade... op. cit.*, p. 139.

<sup>101</sup> LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 46.

Apesar dos pontos que aproximam as indenizações por dano moral e as punitivas, trata-se, inegavelmente, de institutos diferentes. O dano moral somente incide quando a ilicitude provoca lesão a algum direito de personalidade da vítima, sendo que a sua função não é propriamente de reparar, mas, sim, de compensar. A condenação busca permitir que o lesado obtenha alguma vantagem ao realizar atos que o dinheiro proporciona no mundo real e essa expectativa prazerosa serviria para minimizar os males suportados. Essa é a intenção, enquanto que na indenização punitiva o foco está centrado na figura do ofensor, com a finalidade de penalizar a conduta por ele praticada sem que isso represente vínculo entre a importância do ressarcimento e o dano suportado.

Importante frisar, desde já, que a indenização punitiva deve ser aplicada apenas em casos de danos graves, como os ilícitos lucrativos, danos morais na *internet* e danos coletivos (por exemplo, os dessas três ambientais).

No mesmo sentido, Judith Martins Costa e Mariana Pargendler<sup>102</sup>, citando Paolo Gallo, elencam quatro hipóteses aptas a serem sancionadas com a pena privada: (i) casos de responsabilidade civil sem danos de natureza econômica, como ocorrem nas lesões aos direitos da personalidade; (ii) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano; (iii) hipóteses em que a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é relativamente inferior à probabilidade de causá-los e (iv) os chamados “crimes de bagatela”.

Nestas situações, a responsabilidade civil sem a função punitiva seria insuficiente e a responsabilidade penal seria um instrumento desproporcional e inviável. Quando se fala em punição vem à tona a ideia de Direito Penal ou Direito Administrativo sancionador, sendo este um dos fundamentos da polêmica acerca da defesa da função punitiva da responsabilidade civil. Contudo, os sistemas de Direito Público e Privado são permeáveis e comunicáveis entre si e parte desta comunicação é que há um novo panorama para a responsabilidade civil. Ademais, há a tendência de despenalização das condutas pelo Direito Penal em razão da ineficácia de sua aplicabilidade em relação a determinadas condutas e o resultado é o crescimento da responsabilidade civil em relação à tutela penal<sup>103</sup>. O Direito Penal deve ser limitado às ofensas mais graves à ordem social, abrindo espaço para a retomada do caráter sancionador da responsabilidade civil<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, citado por MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. *Usos e abusos da função punitiva....* op. cit., p. 21

<sup>103</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 781.

<sup>104</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 21.

A influência do Direito Penal no âmbito civil é visualizada em alguns dispositivos do Código Civil que preveem hipóteses de punição, como: arras, cláusula penal, restituição em dobro e juros de mora. Contudo, são três os principais instrumentos de Direito Civil propostos com uma função preventiva: as medidas coercitivas que asseguram a tutela inibitória, a pena civil e as ações coletivas.

A técnica inibitória encontra seus fundamentos no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, art. 12 do Código Civil e 497 do Código de Processo Civil<sup>105</sup>:

*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*

*Art. 12: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.*

*Art. 497: Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.*

Importante observar a posição de Nelson Rosenvald sobre a inserção da tutela inibitória como providência preventiva, o que parece irrefutável. Esse propósito de tentar evitar a concretização do dano com ameaças atua, realmente, como medida coercitiva para o futuro e não para remediar os efeitos dos atos já praticados. A tutela inibitória não é uma sanção para proibir um comportamento, funcionando como uma advertência de cunho sociológico com possibilidade coercitiva, como a multa de trânsito. O sujeito poderá imprimir velocidade excessiva ou não permitida em seu veículo, mas, se o fizer, sujeita-se a uma multa. Funciona? Não é uma técnica com perspectiva garantida, mas é melhor do que nada ser disciplinado.

É unânime o conceito de que a pena civil atua em fase posterior ao dano concretizado, e, ao contrário da tutela inibitória, não esconde sua vocação punitiva. Não é concebida para impedir ou cessar um comportamento ilícito, mas sim para reagir ao que foi

---

<sup>105</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 141.

consumado. Essa diferença genética inconfundível é que permite um agir discricionário do juiz ao analisar o cabimento da tutela de urgência, que poderá ser indeferida diante de requisitos subjetivos ou da não plausibilidade da concretização do dano cuja concretização se quer evitar. Para aplicar a pena, a interpretação focaliza o elemento subjetivo da conduta ou o comportamento culposos ou doloso do agente <sup>106</sup>.

Também é possível a imposição de uma pena civil nas ações coletivas sem que haja dupla condenação. A indenização fixada nas ações coletivas leva em conta a extensão do dano e a sua gravidade em termos de perda econômica e existencial para a coletividade, enquanto que a pena civil volta a atenção a conduta do ofensor e a sua capacidade econômica. A possibilidade de fixação da indenização punitiva nas ações coletivas é positiva se levarmos em consideração que, nos desastres em massa, apenas metade das vítimas ingressa com ações indenizatórias individuais e grande parte delas negocia a extinção do processo com o ofensor que lhe paga uma quantia bem inferior ao valor dos danos. Com a fixação de uma indenização punitiva nas demandas coletivas eliminam-se as oscilações de valores condenatórios e até mesmo evita-se a insolvência do devedor (ou sua situação falimentar) em razão de milhares de condenações em ações individuais<sup>107</sup>.

Apesar de algumas distinções, podemos observar influência norte-americana no que tange a tutela de direitos difusos no Brasil. No direito alienígena as *class actions* ou “ações de grupo” foram uma das soluções propostas na procura de um justo equilíbrio econômico. Por meio de um mesmo procedimento podem ser resolvidos todos os litígios em que se confrontam uma multiplicidade de demandantes e um mesmo demandado<sup>108</sup>.

Em síntese, no que concerne à incidência de indenização punitiva, é válido relembrar que tal sanção se destina exclusivamente a remediar condutas particularmente reprováveis, caracterizada pela intencionalidade do ofensor ou, no mínimo, de uma desconsideração em relação aos direitos alheios. Justamente por ser voltada a punição do ofensor é que se entende que a função punitiva atua de modo a acalantar o desejo de vingança do ofendido assegurando um convívio social pacífico<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade...* op. cit., p. 142.

<sup>107</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade...* op. 146.

<sup>108</sup> OWEN, David G. *Punitive damages in products liability litigation*, **Michigan Law Review**, v, 74, n.1257 1976, p. 1331.

<sup>109</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*, Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 141.

Importante a lição de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>110</sup> ao sinalizar que o caráter aflitivo das indenizações punitivas aplicadas indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos extrapatrimoniais coloca em risco princípios fundamentais de sistemas jurídicos, cuja fonte normativa é a lei. Portanto, importante considerarmos a gradação da culpa e o nível econômico do ofensor para evitar que o caráter punitivo seja deixado exclusivamente ao arbítrio do juiz, violando o princípio da legalidade. Circunstância que também deve ser ponderada é a inexistência das garantias processuais previstas ao réu em âmbito penal, no âmbito civil, evidenciando a necessidade de cautela na aplicação de indenizações punitivas.

Em que pese não ser pacífico na doutrina o reconhecimento de uma função punitiva à responsabilidade civil<sup>111</sup>, não se pode negar que o instituto tem passado por diversas mudanças. O que se pode afirmar é que se busca tutelar, cada vez mais, interesses diversos, e para cada um deles uma *ratio* diferente sustentará a imposição de indenização.

A responsabilidade civil tem atingido este objetivo de oferecer remédios a conflitos que outrora não se imaginavam indenizáveis. E justamente para se amoldar às novas demandas é que se faz necessário o reconhecimento de uma função sancionatória, além daquela reparatória tradicionalmente prevista.

#### **2.4. O Código Civil e as sanções punitivas**

Por uma análise pormenorizada de nosso Código Civil é possível encontrar diversos exemplos de sanções que exercem função punitiva, rebatendo o argumento de parcela da doutrina no sentido de que o Direito Civil não pune<sup>112</sup>.

Sem a pretensão de esgotar o tema procuraremos abordar as prescrições normativas contidas em nosso Código de direito privado que preveem a incidência de sanções punitivas.

Iniciando pela Parte Geral, argumenta-se pelo caráter punitivo da norma prevista no parágrafo único do artigo 33 ao dispor que, se comprovado que o ausente desapareceu de forma voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do seu sucessor, sua parte nos frutos e

---

<sup>110</sup> *Punitive damages em sistemas civilistas....* op. cit., p. 73.

<sup>111</sup> As críticas doutrinárias acerca do instituto são objeto de estudo do próximo capítulo.

<sup>112</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 379.

rendimentos dos bens. De igual modo, é reconhecida a função punitiva na norma do artigo 150 que coíbe a anulação de negócio jurídico quando há dolo de ambas as partes<sup>113</sup>.

Contudo, é na Parte Especial que se reconhece a maior incidência do caráter sancionatório. Já no Direito das Obrigações, Antonio Junqueira de Azevedo<sup>114</sup> afirma ser sanção punitiva a norma prevista no artigo 399 quanto à inversão do risco de deterioração da coisa na hipótese de mora do devedor. Atribui-se igual caráter à norma do artigo 407 que obriga o devedor ao pagamento pelos juros moratórios, *ainda que não se alegue prejuízo*<sup>115</sup> e, por fim, é reconhecido o caráter sancionatório às arras, previstas nos artigos 417 a 419 do Código Civil<sup>116</sup>.

No âmbito do Direito Contratual também é atribuído caráter sancionatório às regras previstas (i) nos artigos 555 e 557 quanto à possibilidade da revogação da doação por ingratidão, bem como (ii) no artigo 583 quanto à inversão do risco de deterioração da coisa emprestada se o comodatário abandonar os bens do comodante antepondo-se à salvação dos seus, (iii) no parágrafo 1º do artigo 667 do Código Civil, que amplia a responsabilidade do mandatário que substabelece os poderes que lhe foram conferidos em razão do contrato de mandato, mesmo diante da proibição do mandante e, por fim, (iv) quanto ao contrato de seguro, a disposição do artigo 766, que sanciona com a perda do direito ao prêmio pelo segurado que, atentando contra o princípio da boa-fé, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio<sup>117</sup>.

Quanto ao Direito das Coisas, é também reputado o caráter sancionatório às disposições previstas no artigo 1.220 que impõe a perda do direito à indenização pelas benfeitorias úteis ou voluptuárias erigidas pelo possuidor de má-fé, assim como as multas previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1.336.

Por fim, quanto ao Direito das Sucessões, consideram-se sanções com função punitiva a previsão de perda do direito de herança pelo herdeiro que sonega bens, disposta no

---

<sup>113</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 192.

<sup>114</sup> *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 379; LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil...* op. cit., pp. 303-304.

<sup>115</sup> Acredita-se de que os juros moratórios assumem a dupla função de indenização compulsória, pois passam a incidir a partir da constituição do devedor em mora e indenização compensatório-punitiva pois pretende-se compensar o credor pelo atraso na prestação. LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil...* op. cit., p. 303.

<sup>116</sup> Trata-se de obrigação exigível, independente da comprovação de prejuízo, uma prestação que o devedor deve pagar ao credor como consequência de uma inexecução culposa da obrigação contratual.

<sup>117</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 379.

artigo 1.992, que é textualmente denominada como pena pelo artigo 1.993 do Código Civil de 2002<sup>118</sup>.

O legislador é obrigado a estabelecer sanções para repreender, porque as consequências do ilícito são irremediáveis e somente a pena satisfaz. Esse caráter penal tende a ser ignorado pela ideologia do direito civil genuíno. Contra exemplos extraídos da própria legislação não há como negar que existe pena civil e foi inscrita no ordenamento sem a rigidez da tipicidade peculiar do Direito Penal, o que anima concluir que a teoria sobre a inexistência de caráter punitivo do Direito Civil é puro preconceito insustentável pela afinidade das funções dessas duas vertentes da organização jurídica.

Isso não exclui ou minimiza os problemas que surgem com a tese de que a pena civil agrava o fator indenizatório, sacrificando o infrator. O próximo capítulo é reservado para expor com detalhes essas críticas e, no mesmo nível, as refutações pertinentes.

---

<sup>118</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova espécie de dano....* op. cit., p. 379.

### 3. PROBLEMAS E PERSPECTIVAS ACERCA DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Os sistemas jurídicos são recicláveis por dever de sobrevivência e nunca recusam a entrada de novas técnicas que oxigenam as estruturas fundamentais, e isso permite afirmar que sempre haverá espaço em nossa ordem jurídica para recepcionar um modelo análogo aos *punitive damages*, o que, sem sombra de dúvida, engrandeceria o fenômeno da responsabilidade civil como meio punitivo e preventivo.

O passo seguinte a esse ponto incontroverso decorre das reações a uma singela indagação: é oportuna a introdução da figura da indenização punitiva em nosso atual ordenamento jurídico?

Essa resposta depende de uma honesta reflexão sobre as críticas lançadas contra o instituto e da eficiência ou não da aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos, porque o estudo comparativo desses valores permitirá refutar as censuras suscitadas com eloquência por juristas de tradição romano-germânica.

#### 3.1. Delineamentos dos *punitive damages* no sistema norte americano

Reafirma-se o que constou do introito da presente exposição: os *punitive damages* são concedidos para sancionar o ofensor por haver cometido um dano particularmente grave e reprovável, com o fim de dissuadir ou desanimar ações do mesmo tipo e por isso perseguem uma dupla finalidade: punir (*punishment*) e prevenir (*deterrence*).

O papel do judiciário será decisivo para a receptividade do instituto, sendo imperioso que o juiz analise os requisitos exigidos para motivar corretamente a sentença condenatória, sempre racionando que a indenização é uma resposta para o infrator penalizado e para todos, indistintamente, como advertência para que não pratiquem atividades similares. Não poderá escapar do senso crítico do julgador as circunstâncias do caso concreto e que estão relacionadas com a conduta humana, aferindo, com isso, a presença ou não de circunstâncias agravantes, como uma acentuada negligência, uma malícia exacerbada, um intuito fraudulento grave e inescrupuloso, etc.

Enquanto no direito inglês a indenização punitiva foi limitada a três categorias, no direito norte americano admite a operatividade desta pena em alguns grupos de casos: (i) quando o ressarcimento devido à vítima, no cálculo do autor, for menor que o lucro pretendido, (ii) quando há poucos riscos de a conduta danosa ser sancionada juridicamente e, por fim, em situações nas quais, independentemente de suas consequências, o sujeito atua com o fim específico de produzir um dano<sup>119</sup>. Importante salientar que a indenização punitiva não é aceita em matéria contratual.

A jurisprudência impõe o pagamento de *punitive damages* visando, por um lado, tutelar os direitos do cidadão comum enquanto consumidor de produtos que lhe provocam danos e, por outro, incentivar o aumento do nível de segurança dos produtos colocados no mercado, imputando à empresa todos os custos da atividade produtora de um bem defeituoso. A partir do mencionado caso *Ford Pinto* os consumidores passaram a confiar a tutela do direito à vida e a integridade física nas mãos da indenização punitiva, tendo em vista ineficácia da função reparatória da responsabilidade civil.

Com a expansão dos *punitive damages*, as cortes americanas e a doutrina começaram a expressar preocupação com os excessos no campo das indenizações punitivas. Sobretudo a partir da década de 80 o debate sobre o instituto tornou-se politizado e polarizado, dividindo-se as opiniões entre os que defendem arduamente o instituto, considerando-o a principal arma contra o abuso de poder econômico, e aqueles que defendem a sua extinção em razão da imprevisibilidade<sup>120</sup>.

De um lado, associações de defesas dos consumidores argumentam que justamente em razão de sua imprevisibilidade, os *punitive damages* são o único instrumento hábil a dissuadir os ofensores a cometer o ilícito baseado em uma análise custo-benefício tal como verificada no caso *Ford Pinto*. Ademais, argumentam que o *plus* indenizatória atua em favor da concorrência, ao impedir que agentes econômicos obtenham vantagem competitivas no mercado através, por exemplo, da redução de custo com segurança, negligência com obrigações ambientais, etc<sup>121</sup>.

Em sentido oposto estão os setores empresariais atingidos pelo instituto. A crítica mais recorrente diz respeito à imprevisibilidade da indenização, que pode ser explicada pelo

---

<sup>119</sup> CARLUCCI, Aina Rosa Kemelmajer. *Conviene la introducción...* op. cit, p. 93.

<sup>120</sup> OWEN, David G., *A punitive damages overview....* op. cit., p. 371.

<sup>121</sup> DAL PIZZOL Ricardo. *As funções punitiva e preventiva...* op. cit., p. 47.

tipo de orientação que é dada aos jurados no momento de fixar os danos punitivos<sup>122</sup>. O júri popular é instruído genericamente no sentido de que a indenização deve ser fixada em montante suficiente a punir e prevenir, de modo que, em regra, não sabem o montante indenizatório conferido em situações semelhantes e ignoram dados relevantes para calcular o montante efetivamente necessário para dissuadir o réu de repetir o ilícito.

Ademais, há o temor de os júris populares aproveitarem-se da elevada discricionabilidade que lhes é conferida no arbitramento das indenizações para expressar preconceitos ou sentimentos de vingança em relação a grandes corporações como bancos, empresas estrangeiras, seguradoras, etc...

Ramón Pizarro rebate o argumento e afirma que o problema pode ser sanado se a liquidação do montante indenizatório for reservada ao juiz, que deve se apoiar em parâmetros objetivos, como os precedentes, a gravidade da conduta, o benefício obtido e o interesse social comprometido<sup>123</sup>.

Ainda neste sentido, os opositores do instituto argumentam que os danos punitivos inibem inovações, pois induzem as companhias a utilizar tecnologias já estabelecidas ao invés de introduzir novas. Ademais, leva-se a gastos excessivos com a prevenção de danos, gerando ineficiência econômica. Portanto, estes dois fatores representam desvantagens competitivas para as empresas norte-americanas no mercado internacional, em relação a países em que os danos punitivos não são aceitos<sup>124</sup>.

No contexto desse debate, os *punitive damages* se tornam um dos principais temas de um movimento conhecido como *tort reform*, que buscava promover mudanças no campo dos *torts* de forma a combater abusos. A partir desta reforma os opositores ao instituto conseguiram estabelecer uma série de restrições consistentes em: (i) fixação de valores máximos para as indenizações; (ii) proibição dos danos punitivos excederem os danos compensatórios no mesmo caso; (iii) elevação do *standard* probatório para o reconhecimento dos danos punitivos; (iv) atribuição de maior poder de revisão aos juízes e tribunais sobre o

---

<sup>122</sup> Nos Estados Unidos o Júri é um Direito Fundamental estampado na Sexta Emenda à Constituição. Portanto as ações cíveis serão julgadas por um corpo de jurados leigos, sendo uma faculdade ao ofendido optar pelo juiz togado, desde que o autor da demanda anua. Cfr. DAL PIZZOL, Ricardo. *As funções punitiva e preventiva...* op. cit., p. 57 e ss.

<sup>123</sup> *Daños punitivos...* op. cit., p. 308.

<sup>124</sup> DAL PIZZOL, Ricardo. *As funções punitiva e preventiva...* op. cit., p. 56.

valor da indenizações; e (v) destinação de uma porcentagem das indenizações punitivas a um fundo público<sup>125</sup>.

Portanto, no início, o escopo dos *punitive damages* se tornou tão expansivo, que beneficiava as vítimas e ao final foram impostas tantas restrições que acabaram por favorecer os réus. Contudo, esta dinâmica não descreve adequadamente o processo de reforma dos *torts*. Nos últimos anos, a Suprema Corte americana sustentou que os casos de *punitive damages* devem satisfazer os requisitos subjetivos e procedimentais da *due process clause* da Constituição americana, o que culminou em significativa reforma na prática dos *punitive damages*<sup>126</sup>.

Esta imposição deriva da preocupação jurisprudencial em relação à alta gama de indenizações conferidas, o que gerava certa insegurança jurídica (devido à arbitrariedade com que as indenizações eram fixadas). Neste contexto, atendendo ao devido processo legal, a Corte criou três critérios que devem ser observados para liquidação do *quantum* indenizatório: (i) o grau de reprovabilidade da conduta; (ii) a disparidade entre o dano suportado e o lucro obtido pelo ofensor e, por fim. (iii) a diferença entre os *punitive damages* fixados pelo júri e os fixados em casos semelhantes<sup>127</sup>.

Desta forma, são criados requisitos objetivos que orientam o cálculo do montante indenizatório e asseguram que não se perca de vista o escopo dos *punitive damages*, de prevenir e punir.

Sob o prisma da Análise Econômica do Direito, as indenizações que excedem os danos compensatórios são perfeitamente justificáveis, pois induzem os agentes a adotarem soluções mais eficientes, ou seja, de menor custo social. Assim, sua aplicação é necessária em pelo menos quatro situações: (i) quando se constata que o agente é capaz de se furtar ao efetivo pagamento de danos compensatórios em uma fração considerável das condutas análogas àquela pela qual está sendo processado; (ii) ao se constatar que, para o agente, pode ser mais vantajoso violar um direito, sujeitando-se às regras da responsabilidade civil do que preveni-lo; (iii) em face de atos dolosos de agressão que não possuem nenhum valor social e

---

<sup>125</sup> OWEN, David G. *A punitive damages overview...* op. cit., p. 371.

<sup>126</sup> GEISTFELD, Mark. *Constitutional tort reform*, *Loyola of Los Angeles law review*, v. 38, n. 1903, 2005, pp. 1093-1120 disponível em <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2468&context=llr> [ acesso em 10.05.2018].

<sup>127</sup> GEISTFELD, Mark. *Constitutional tor reform...* op. cit., p. 1113.

(iv) em situações de ilícitos lucrativos, nas quais os benefícios que o ofensor obtém com a conduta ilícita superam o valor da reparação dos danos<sup>128</sup>.

Em todas essas situações a indenização de caráter meramente compensatório não irá atingir as principais finalidades da responsabilidade que expusemos no capítulo anterior. Esta parece ser uma prova irrefutável de que o Brasil deveria repensar a proibição das indenizações punitivas.

### **3.2. Críticas doutrinárias à adoção da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro**

Opinar sobre a viabilidade da indenização punitiva em nosso meio jurídico depende de uma revista aos textos tecnocratas que listam efeitos colaterais adversos, como se o instituto não carregasse ótimos fluídos. O fato é que toda e qualquer sugestão inovadora sempre é um desafio quanto a sua projetada eficiência e uma grande parte da sua errônea aplicação ou da sua precoce rejeição resulta da enxurrada de impugnações desarrazoadas, sendo imperioso resumir as principais oposições.

Uma das posições radicais suscita o risco de que a indenização punitiva junto com a prevista pela responsabilidade civil acarreta dupla punição pelo mesmo ato, contrariando o princípio da legalidade previsto constitucionalmente. Outra e mais contundente com a vítima, abraça a teoria do enriquecimento sem causa pelo fato de a indenização sofrer majoração econômica e isso animaria o crescimento da “indústria do dano moral”. Doutrinadores enxergam incompatibilidade objetiva e até a influência com os seguros de responsabilidade civil é mencionado<sup>129</sup>.

Reserva-se o introito da réplica das oposições para enfatizar que as penalidades possíveis ou permitidas de serem aplicadas não são sanções manipuláveis exclusivamente pela ciência criminal, como se o direito civil estivesse impedido de manejá-las. E a ênfase é obrigatória para contrapor de imediato a um dos principais argumentos contrários às indenizações punitivas ou de que esse uso misto representaria violação da dicotomia entre Direito Civil e Direito Penal.

---

<sup>128</sup> DAL PIZZOL, Ricardo. *As funções preventiva e punitiva...* op. cit., p. 305.

<sup>129</sup> PUSCHEL, Flávia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica* in **Revista Direto GV**, v. 3, n. 2, jul/dez., 2007, pp. 21-22.

Importante lembrar que a sanção é a consequência jurídica desfavorável decorrente do descumprimento de uma norma jurídica, por meio da qual se reforça a imperatividade da norma violada. Portanto, seu conceito é amplo e abarca as mais diversas formas de consequências jurídicas desfavoráveis<sup>130</sup>. Assim, podemos denominar sanção a obrigação de indenizar decorrente de um ato ilícito, a nulidade ou anulabilidade dos atos reputados como inválidos e até mesmo a produção de efeitos de determinado ato jurídico<sup>131</sup>.

Sob essa ótica, vê-se que as sanções punitivas se encontram presentes nos mais diversos ramos do Direito, sobretudo, no Direito Civil, em que, conforme visto no capítulo anterior, em várias situações o Código Civil emprega a palavra “pena” e em outras, ainda que o termo não seja utilizado, a punição é evidente<sup>132</sup>.

Admitindo a ideia de punição no Direito Civil e quebrando o preconceito sobre a radical separação das áreas jurídicas devemos voltar aos problemas enfrentados para a admissão da indenização punitiva. Apresentaremos cada uma das questões nos tópicos abaixo:

a) Princípio da legalidade

Uma das principais críticas à ideia de que a indenização deve fazer o papel de punir e dissuadir o responsável refere-se à violação ao princípio da legalidade, eternizado pela expressão *nullo crimen nulla poena sine lege*<sup>133</sup>. O mesmo posicionamento é adotado pelo doutrinador argentino Jorge Bustamante Alsina<sup>134</sup> que afirma ser incompatível o instituto dos *punitive damages* com todos os países que tenham origem na tradição escrita do direito romano, uma vez que não são toleráveis estes tipos de sanções ao direito privado, pois a punição é reservada ao direito penal, justamente pela falta de cominação legal.

No caso brasileiro, parte-se da premissa de que, no atual estágio que se encontra nosso ordenamento, não há nenhuma previsão normativa que poderia ser utilizada como fundamento legal para a indenização punitiva.

---

<sup>130</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 188.

<sup>131</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da validade)*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52/53.

<sup>132</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 379.

<sup>133</sup> Conjugam dessa opinião: COSTA, Judith-Martin; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 24; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 47; PÜSCHEL, Flavia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro...* op. cit., p. 21.

<sup>134</sup> *Daños punitivos* in **Responsabilidad civil y otros estudios**, v. III, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 47.

A despeito da previsão do parágrafo único do art. 944 do Código Civil<sup>135</sup> representar uma exceção ao princípio da reparação integral, ela jamais poderia ser utilizada para justificar uma exclusão à indenização compensatória, uma vez que a verificação do grau da culpa do ofensor só é admitida para redução equitativa do *quantum* indenizatório e não para sua majoração. Se assim não fosse, não haveria mais motivos para se argumentar a violação ao princípio da legalidade.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>136</sup> compartilha desse pensamento argumentando que o Direito brasileiro recusou a aplicação dos *punitive damages* em vários momentos, como na vedação da aplicação da indenização punitiva no Código de Defesa do Consumidor e no Projeto de Lei n. 6.960/02 que tipificava a indenização punitiva na responsabilidade civil, mas não foi aprovado, pois não havia critérios orientativos da atividade do juiz.

Anderson Schreiber<sup>137</sup> rejeita o instituto sob o argumento de que o apenamento sem previsão em lei e balizamento normativo contraria toda a tradição dos ordenamentos de *civil law* e configura verdadeiro arbítrio do juiz.

Respeitados os argumentos, é preciso dizer que admitir os *punitive damage* mediante previsão legal mostra-se paradoxal. A vantagem e as causas de sucesso do instituto devem-se justamente ao fato de ser adotado sem previsão legal anterior, de modo que o Poder Judiciário, diante de flagrantes injustiças, não se sente obrigado a manter-se à espera do Poder Legislativo. Advogar pela aplicabilidade dos *punitive damages* mediante previsão legal é retirar seu principal atrativo e torná-lo dispensável diante de outras alternativas, como o sistema de sanções administrativas ou a simples expansão dos valores compensatórios<sup>138</sup>.

Parte da doutrina argumenta também acerca de uma distinção ontológica entre as sanções penais e civis. Há uma diferença de graus entre a gravidade das sanções penais e civis que justificaria as regras de competência e de procedimentos que opõem os dois ramos, até mesmo porque a aplicação do Direito Penal pode ter como consequência a restrição da liberdade ou de direitos do ofensor, o que não ocorre no Direito Civil (ainda que se admitam as sanções de caráter punitivo)<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> 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.*

<sup>136</sup> *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 48.

<sup>137</sup> *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 215.

<sup>138</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas na responsabilidade civil...* op. cit, p. 216

<sup>139</sup> UILAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva...* op. cit., p. 55.

Em arremate, afirma-se, ainda, que a pena criminal traz consigo um caráter infamante capaz de marcar a reputação do condenado em seu meio social, o que não ocorre com as sanções civis, e por todas essas razões é que a indenização punitiva não se submeteria ao modelo regulativo em que se insere o princípio da legalidade das penas<sup>140</sup>.

Em que pesem os argumentos expostos, não nos parece que a defesa pela inaplicabilidade do princípio da reserva legal em razão da distinção ontológica entre as sanções e de seu caráter estigmatizante seja a melhor solução. Isso porque estas considerações podem ser facilmente rebatidas se levarmos em conta que há em outros ramos do Direito sanções que podem envolver a restrição ou supressão de direitos, tal como ocorre no âmbito do Direito de Família quando é imposta a perda dos direitos hereditários daquele que sonega bens no curso do inventário, ou ainda, quando é possível a prisão civil do devedor de alimentos.

Portanto, para que se possa admitir a pronta utilização da indenização punitiva a doutrina procura levantar ainda um outro argumento. Sustenta-se que quando estamos diante de meios destinados à proteção de direitos da personalidade (em razão das indenizações por danos morais) não se pode admitir um sistema jurídico ineficiente. E, para tanto, é preciso que a responsabilidade civil passe a exercer as funções punitivas e dissuasórias<sup>141</sup>.

Nesse sentido, afirma-se que se a Constituição Federal admite em seu artigo 5º, inciso XXXV, que *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos*, não podemos mais pensar apenas em sanções como resposta ao ilícito já perpetrado e ao prejuízo já imposto (como ocorre com as indenizações de função compensatória), e sim em mecanismos que exerçam, de forma eficaz, também uma função preventiva, tal como ocorre com as indenizações punitivas.

Por esta razão, ainda que em face da inexistência de previsão legal nesse sentido, é que se torna possível a utilização do critério hermenêutico para que o Judiciário lance mão da indenização punitiva para a eficaz e adequada proteção aos direitos fundamentais<sup>142</sup>.

Os discursos sobre a impropriedade da indenização punitiva sem prévia cominação legal são finalizados com advertências sobre o perigo da falta de limites ou controle do juiz para fixar os valores das indenizações, o que poderia gerar decisões absurdas pelas expressões

---

<sup>140</sup> UILAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva...* op. cit., p. 56

<sup>141</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – Da reparação à punição e dissuasão: Os ‘punitive damages’ no Direito Comparado e brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113.

<sup>142</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil...* op. cit., pp. 92-93.

milionárias. Pertinente contrapor, contudo, que semelhante teoria foi suscitada como óbice ao dano moral consagrado na Constituição Federal (art. 5º, V e X), sendo que, passados trinta anos de intensa aplicabilidade da norma, são desconhecidas decisões finais, com trânsito em julgado, traduzindo excessos ou exageros dos juízes no exercício jurisdicional.

Por fim, importante sopesar que, além da proteção aos direitos da personalidade, a nossa Constituição Federal prevê a reserva legal como princípio basilar do Estado Democrático de Direito que visa garantir a segurança da vida privada. Portanto, para evitarmos o sacrifício de outros direitos constitucionalmente protegidos deve haver mínimos critérios legais para a fixação do *quantum* indenizatório punitivo.

b) Proibição da “dupla condenação”: princípio do *ne bis in idem*

Outro problema atinente à aceitação da indenização punitiva é o provável desrespeito à garantia do *ne bis in idem*, que coloca em dúvida a conveniência da responsabilidade civil punitiva em caso de condutas já sancionadas pelo Direito Penal ou Direito Administrativo, o que impõe a necessidade de pensarmos a regulação de tais condutas de forma global<sup>143</sup>.

Decorrente do princípio da legalidade, esta garantia proíbe que o mesmo fato seja sancionado duas ou mais vezes. De acordo com a doutrina<sup>144</sup>, tal situação poderia ocorrer em duas oportunidades: (i) quando uma mesma conduta consubstanciasse atos ilícitos em mais de um ramo do ordenamento, dando ensejo à aplicação de sanções punitivas de ordem diferentes ou (ii) quando uma mesma conduta ilícita levada a efeito pelo mesmo ofensor atingisse a esfera jurídica de diversas pessoas, causando-lhes prejuízos distintos (por exemplo, o que ocorre em acidentes aéreos).

Quanto à primeira situação, Maria Celina Bodin de Moraes pondera que grande parte dos danos aos quais se pretende impor a indenização punitiva configura-se também como crime, e nesse caso o ofensor seria punido nas duas esferas (cível e penal). Questiona-se, então, se o cometimento de um ato punível nas três esferas pode ser sancionado em todas as órbitas.

Encontramos três posições doutrinárias como resposta ao questionamento. De um lado, Paula Meira Lourenço<sup>145</sup>, para quem a função punitiva assume autonomia em relação à reparação quando a punição civil pecuniária excede a indenização e nesse caso pode

---

<sup>143</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella, *A função punitiva preventiva...* op. cit., p. 22.

<sup>144</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 74.

<sup>145</sup> *A função punitiva da responsabilidade civil...* op. cit., p. 421.

interceptar a função punitiva da responsabilidade penal. Nesta situação a punição civil não poderá ser aplicada ao mesmo tempo em que a punição penal sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Em sentido oposto estão os autores que advogam pela admissibilidade de imposição concomitante de distintas sanções punitivas a uma mesma conduta ilícita em razão da incidência do princípio da independência das instâncias (consubstanciado no art. 935, CC)<sup>146</sup>.

Posição intermediária é a defendida por Pedro Ricardo e Serpa<sup>147</sup> no sentido de ser admissível a cumulação de duas sanções punitivas, exceto no caso de o ordenamento prever a imposição de uma sanção punitiva de estrutura pecuniária, caso em que a quantificação de eventual indenização punitiva decorrente do cometimento de conduta apta a configurar a *fattispecie* do mesmo ato ilícito deve levar em consideração também a possibilidade de o ofensor vir a ser condenado ao pagamento daquela outra sanção punitiva.

Já na segunda situação, a crítica que se põe é no sentido de que a imposição do pagamento de diversas indenizações por um mesmo ofensor em razão de uma mesma atividade que tenha gerado prejuízo a inúmeras pessoas impõe-lhe um ônus financeiro muito severo e risco de falência.

Não se pode fechar os olhos ao fato de que há uma real possibilidade da múltipla condenação ao pagamento de indenização punitiva ocasionar sérios prejuízos ao ofensor, levando-o a uma situação de insolvência, o que se mostra extremamente prejudicial tanto a ele quanto aos ofendidos, que poderiam deixar de ter seus prejuízos compensados. Por esta razão é que nos posicionamos no sentido de que deve haver uma única indenização, ainda que para a sua quantificação o magistrado possa ter em conta a real quantidade de vítimas atingidas pelo ilícito, pois assim será aplicada a indenização punitiva de forma adequada coibindo a imposição de condenações desproporcionais e evitando o enriquecimento indevido das vítimas.

A aferição dos pontos de vista do proveitoso debate desenvolvido sobre essa matéria anima aderir à corrente que considera possível a cumulação da sanção punitiva nas esferas civil e penal, desde que concorra ponderação adequada do *quantum* em todos os níveis, tendo em vista que uma influencia a outra.

---

<sup>146</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil...* op. cit., pp. 86/87.

<sup>147</sup> *Indenização punitiva...* op. cit., p. 212.

c) Vedação ao enriquecimento sem causa

A questão da atribuição da função punitiva não esbarra apenas nos óbices apontados. Frequentemente a doutrina afirma que o *plus* indenizatório atenta ao princípio geral que veda o enriquecimento sem causa, esposado no art. 884 do Código Civil e de acordo com o qual não é dado a ninguém enriquecer-se indevidamente à custa de outrem.

Flávia P. Püschell<sup>148</sup> bem delimita o problema ao afirmar que doutrina e jurisprudência encontram-se diante de uma tarefa complicada ao aplicar critérios punitivos para calcular o valor da indenização, pois é difícil imaginar como evitar o enriquecimento sem causa quando se atribui à vítima um valor que não guarda relação com o dano sofrido.

A crítica é importante e constitui, sem dúvidas, a impugnação mais séria que se formula. A partir de uma perspectiva ressarcitória é de se admitir que, em princípio, não é razoável que a soma de dinheiro que se manda pagar pelo dano punitivo seja entregue à vítima. Quem sofre um dano tem o direito a ser ressarcido de maneira integral, de forma que os requisitos quantitativos e qualitativos marcam o limite do direito à reparação<sup>149</sup>. Assim, todo montante superior ao dano real que componha a indenização importa em enriquecimento injusto para o ofendido e um motivo para exploração do responsável<sup>150</sup>.

Para tanto, parte-se da premissa de que há enriquecimento sem causa quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior. Uma vez que a vantagem patrimonial a ser entregue à vítima se funda, justamente, no prejuízo causado pelo ofensor, e que a mensuração dessa indenização, por força de lei, deve ser realizada dentro de estritos limites, afirma-se que a quantificação da indenização além dos limites do prejuízo efetivamente sofrido representa, para a vítima, um enriquecimento sem causa e, para o ofensor, não a atribuição de uma indenização, mas sim a imposição de uma pena<sup>151</sup>.

Uma primeira solução nos é apresentada se levarmos em conta que a sanção punitiva encontra a sua legalidade na decisão judicial condenatória, desde que devidamente fundamentada. Assim, o eventual enriquecimento do ofendido encontra sua causa na aludida decisão e, remotamente, na lesão causada pelo ofensor que tem como remédio previsto, justamente, a incidência da sanção punitiva.

---

<sup>148</sup> *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro*, op. cit., p. 22.

<sup>149</sup> PIZARRO, Ramon Daniel. *Daños punitivos...* op. cit., p. 306

<sup>150</sup> PIZARRO, Ramon Daniel. *Daños punitivos...* op. cit., p. 306.

<sup>151</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 231.

Destarte, essa solução não é satisfatória, sobretudo se pensarmos na incidência do princípio da reserva legal, pois a indenização punitiva não poderia extrair a sua legalidade da mera imposição judicial.

Uma segunda solução é apresentada por Eduardo Uilan<sup>152</sup> para quem a prévia cominação legal é o elemento indispensável para afastar a incidência do óbice apresentado pelo princípio da vedação ao enriquecimento indevido. Se houver lei que dê causa à indenização punitiva não há enriquecimento injusto.

Nesta perspectiva, parte da doutrina afirma que o enriquecimento indevido poderia ser evitado se o montante indenizatório excedente ao real prejuízo suportado pela vítima fosse destinado a um fundo público, entidade beneficente ou pessoa jurídica oficial, ou não, desde que passível de fiscalização pelo órgão cedente do valor<sup>153</sup>.

Ricardo dal Pizzol<sup>154</sup> sustenta que a indenização de caráter punitivo, quando efetivamente necessária, nada tem de enriquecimento sem causa. Seu fundamento está no evento danoso que a desencadeia e no interesse público de punir e dissuadir, sendo o enriquecimento do autor uma mera consequência.

No mesmo sentido entende Antonio Junqueira de Azevedo<sup>155</sup> ao defender a possibilidade de indenização punitiva como forma de prevenção e dissuasão do cometimento de danos sociais (aqueles que geram repercussão na vida da sociedade). A respeito da destinação da indenização, o autor alega que a quantia deve ser recebida pela vítima que teve um esforço despendido para ajuizar a ação, de modo que seria um retorno àquilo que ela fez. Não descarta, entretanto, a possibilidade de destiná-la a um fundo como ressarcimento à sociedade, mas neste caso a ação deveria ser por órgãos da sociedade, como o Ministério Público. Contudo, afirma que não devemos criar mais deveres ao Estado. O particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como um defensor da sociedade e exerce um *múnus* público, que alguns autores da *common law* denominam de *private attorney general* e deve ser recompensado por essa ação, portanto a indenização seria um incentivo para o aperfeiçoamento geral.

---

<sup>152</sup> *Responsabilidade civil punitiva...* op. cit., p. 68.

<sup>153</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 84.

<sup>154</sup> *As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil...* op. cit., p. 222.

<sup>155</sup> *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil...* op. cit., pp. 382-383.

Em sentido oposto, Anderson Schreiber<sup>156</sup> sustenta que não se pode incentivar uma conduta social para o bem da sociedade utilizando uma contrapartida pecuniária. Ademais, os comportamentos que suscitam a função punitiva advêm do próprio comportamento individual, e destinar o dinheiro oriundo da punição ao corpo coletivo, onde os danos surgem, contraria essa situação.

Ainda em defesa da indenização punitiva Ramon Daniel Pizarro<sup>157</sup> salienta que devemos ter em conta que não nos encontramos no âmbito da reparação do dano, mas no da punição de certos ilícitos e punição e reparação transitam por caminhos não necessariamente coincidentes, não havendo óbice legal para que uma lei possa autorizar punições pecuniárias no caso de graves condutas e nem para que a quantia se destine à vítima<sup>158</sup>.

A melhor diretriz a seguir é a que defende a fragmentação jurídica e financeira da indenização punitiva aplicada, de modo a separar os valores da reparação, destinando uma parcela do *quantum* para compensar as dores suportadas pelo ofendido, reservada a outra parte como forma punitiva. Assim, e para evitar hiperindenização e/ou intuito lucrativo desproporcional da vítima, uma porção do *quantum* não reverte em proveito próprio do ofendido, porque será destinada a um fundo social ou órgãos ou entidades que colaboram com a efetividade da Justiça, como aqueles seguimentos que coordenam perícias judiciais gratuitas. O propósito dessa divisão é o de deixar transparente que o benefício da punição e do sentido preventivo é a sociedade como um todo e não apenas a vítima.

#### d) Incentivo à indústria do dano moral

Uma outra crítica atinente às indenizações punitivas diz respeito a uma questão de ordem cultural. É o que a doutrina chama de “indústria do dano moral” e está relacionada aos eventuais impactos sociais que podem decorrer da adoção deste instituto.

Sustenta-se que a adoção de instituto assemelhado aos *punitive damages* poderia acarretar um incentivo à malícia ou o que em nosso país passou a se chamar de indústria do dano moral<sup>159</sup>. Trata-se da situação na qual o demandante ajuíza uma demanda ilegítima, sem ser titular do direito material alegado, e pretende a obtenção de uma tutela jurisdicional à qual sabe não fazer jus, com a finalidade de utilizar-se do processo para auferir benefício ilícito.

---

<sup>156</sup> *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 213.

<sup>157</sup> *Daños punitivos*, op. cit., p. 307.

<sup>158</sup> CARLUCCI, Aida Rosa Kemelmajer. *Conviene la introducción...* op. cit., p. 105.

<sup>159</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 76.

Com a possibilidade de majoração do *quantum* indenizatório em virtude da indenização punitiva haveria incentivo para aumento das demandas propostas.

Anderson Schreiber<sup>160</sup> aduz que o reconhecimento de um espaço de discricionariedade judicial na aferição do dano acaba por disparar os alertas acerca da superproliferação das demandas de ressarcimento, especialmente em razão dos contornos ainda imprecisos do dano moral. Contudo, esta não é a única preocupação ao mencionarmos o termo: a palavra “indústria” anuncia a rejeição à produção de sentenças de forma mecânica e artificial.

A resistência à incorporação dos *punitive damages* decorre do exemplo norte americano no qual pipocam indenizações milionárias, mas no Brasil a realidade é outra e na maior parte dos casos o resultado das ações por danos morais é antes frustrante que enriquecedor. Devemos agir com cautela para não barrar a expansão dos danos ressarcíveis que corresponde à ampliação da tutela dos interesses individuais e coletivos. Seria, portanto, mais lógico, no atual contexto, difundir a compreensão do dano como meio de seleção dos interesses merecedores de tutela<sup>161</sup>.

Em virtude de todo o exposto e pela confiança de que ao Judiciário compete filtrar as demandas frívolas que alimentam a “indústria do dano moral”, não é admissível que esse mero receio de uso abusivo possa fechar as portas de entrada da indenização punitiva em nosso sistema.

A explosão de demandas “ilegítimas” não decorre do uso do instituto da indenização punitiva, mas sim de seu abuso, tanto pelos supostos ofendidos que correm ao judiciário à busca de bens da vida aos quais não fazem jus, quanto pelos Tribunais que, ao cometerem erros judiciais, enviam à sociedade a mensagem de que a indenização punitiva pode servir ao locupletamento ilícito.

Quanto à primeira causa, a melhor solução parece ser coincidente com a abordada no tópico anterior, ou seja, destinação de parcela da indenização a um fundo público ou pessoa jurídica. De outro lado, o mecanismo apto a evitar o incentivo à propositura de demandas “ilegítimas” no que tange à atuação dos Tribunais é a possibilidade de revisão de mérito das decisões judiciais que ocorre tanto por meio do sistema recursal quanto pelas ações autônomas de impugnação.

---

<sup>160</sup> *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 193.

<sup>161</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil...* op. cit., p. 195.

Portanto, conforme argumenta Ramon Daniel Pizarro,<sup>162</sup> os possíveis abusos que a aplicação de uma instituição possa gerar não servem para desqualificá-la por completo. Assim, ao invés de se propagar a rejeição da indenização punitiva, o que se impõe é a tomada de medidas preventivas e corretivas a fim de evitar o possível abuso de tal instituto

e) Incompatibilidade com a responsabilidade objetiva

Mais uma crítica levantada contra a adoção da indenização punitiva diz respeito a sua incompatibilidade com as hipóteses de responsabilidade objetiva<sup>163</sup>. Isso porque, ao tratarmos desses casos, parte-se da premissa de que a culpa não é um dos pressupostos para se auferir a responsabilidade, o que significa dizer que para ajuizar uma demanda fundada na responsabilidade objetiva, o autor não precisa afirmar ou provar a existência de culpa.

Conforme visto anteriormente, nos países de *common law*, os *punitive damages* só são aplicados em casos de comportamento particularmente reprováveis (dolo, fraude, culpa grave, coação). Conclui-se, assim, erroneamente, que em uma demanda dessa natureza a existência da culpa não compõe o objeto da cognição do magistrado e torna impossível a condenação do ofensor ao pagamento de indenização punitiva<sup>164</sup>.

Equívocada essa conclusão. O desenvolvimento da doutrina e jurisprudência, sobretudo após a publicação de um estudo de David G. Owen<sup>165</sup> acerca dos *punitive damages* nos Estados Unidos, fez com que a indenização punitiva fosse aceita mesmo nos casos de *strict liability* (responsabilidade objetiva). O autor sugeriu que a análise das circunstâncias em que a responsabilidade pelos danos compensatórios dispensa a comprovação da culpa deve ser feita em dois níveis distintos. Em um primeiro momento são analisados os pressupostos básicos para a responsabilização do ofensor, tais quais o nexos causal. Contudo, se no curso do processo, para além dos pressupostos necessários para a responsabilização do ofensor ficarem comprovados também os requisitos atinentes ao cabimento de indenização punitiva, haverá a condenação adicional<sup>166</sup>.

Por mais que se trate de soluções adotadas por países estrangeiros, dotados de regime jurídico próprio, não há como se rejeitar as discussões lá travadas e as conclusões a que se

---

<sup>162</sup> *Daños punitivos...* op. cit., pp. 314-315.

<sup>163</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENFLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 247.

<sup>164</sup> SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 203.

<sup>165</sup> *Punitive damages in products liability litigation...* op. cit.

<sup>166</sup> DAL PIZZOL, Ricardo. *As funções punitiva e preventiva...* op. cit. Pp. 226-227.

chegou. Isso porque, no Brasil, há, a exemplo do AgInt no REsp 1459631-SC,<sup>167</sup> alguns julgados em que se invocam as funções dissuasiva e punitiva em hipóteses de responsabilidade objetiva, mesmo quando ausente qualquer prova de culpa grave ou dolo. Trata-se de ação indenizatória na qual o Estado de Santa Catarina foi condenado ao pagamento de indenização no importe de R\$ 50.000,00 pela divulgação de informações íntimas em processo penal que deveria correr sob sigilo de justiça. Em que pese tratar-se de caso de responsabilidade objetiva do Estado, o *quantum* fixado pelo Tribunal estatal foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu a quantia suficiente para ressarcir o prejuízo e punir o causador do dano, evitando novas ocorrências.

Neste contexto é que Judith Martins Consta e Mariana Pargendler propõem a aplicação, no Brasil, do raciocínio de 2 níveis empregado em relação aos *punitive damages* na *common law*. Assim, ainda que correta a premissa de que o autor de uma demanda indenizatória fundada na responsabilidade objetiva não ostenta o ônus de afirmar ou comprovar a existência de culpa ou dolo, nada lhe impede de, se for o caso, acrescer à causa de pedir a existência de tais elementos, o que lhe permitirá deduzir pedido indenizatório que extrapole os limites do prejuízo suportado, acrescentando-lhe elemento punitivo.

O raciocínio é adequado quando se leva em conta que não merece punição quem não age com culpa ou comete simples desvio de comportamento, pois em tais casos a obrigação de reparar o dano já proporciona um desestímulo. Diferente o caso de quem pratica a ação de forma intencionada. Portanto, a admissão da responsabilidade objetiva, na qual a imputação independe da prova de culpa, não exclui a possibilidade de que se possa afirmar e considerar a existência da culpa para outros fins que não a imputação da responsabilidade.

---

<sup>167</sup> O Acórdão foi assim ementado: *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COMBINADA COM INDENIZAÇÃO, POR DANOS MORAIS, DECORRENTE DA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES ÍNTIMAS CONSTANTES EM PROCESSO PENAL QUE DEVERIA CORRER EM SIGILO DE JUSTIÇA. DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO RARO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VALOR DOS DANOS MORAIS ARBITRADOS EM R\$ 50.000,00. INDENIZAÇÃO FIXADA COM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRADO INTERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Corte local entendeu presentes os requisitos da responsabilidade objetiva do Estado ocasionando danos ao ora Agravado decorrentes da divulgação de informações processuais de conteúdo íntimo contidas em processo penal. 2. Inviável se mostra, em sede extraordinária, a revisão de premissas fáticas firmadas nos autos, a fim de afastar o nexo causal e a responsabilidade civil do Estado. Súmula 7/STJ. 3. A indenização pelos danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00, fora estipulada em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, com base nas peculiaridades dispostas nos autos, objetivando o ressarcimento do prejuízo imposto ao ora Agravado e a punição do causador do dano, evitando-se novas ocorrências, impassível, portanto, de revisão. 4. Agrado Interno do ESTADO DE SANTA CATARINA a que se nega provimento (Rel. Min. NUNES MAIA FILHO, DJe: 27.03.2017 – grifamos).*

Antonio Junqueira de Azevedo<sup>168</sup> explica que é possível a cumulação dos pedidos de indenização compensatória decorrente de uma relação de responsabilidade objetiva e de indenização punitiva (cuja análise de mérito prescinde da comprovação da culpa), pois cada um dos pedidos se funda em uma causa de pedir distinta da outra.

Conclui-se, dessa forma, pela compatibilidade entre os institutos da indenização punitiva e da responsabilidade objetiva. Entretanto, para assegurar que a adoção do *plus* indenizatório seja bem sucedida, é necessário averiguar se todos os seus requisitos (culpa grave ou dolo) estão preenchidos e cabalmente comprovados.

f) Os seguros de responsabilidade civil

Por fim, a última objeção relacionada à aceitação da indenização punitiva diz respeito aos chamados seguros de responsabilidade civil.

Em seus primórdios, aliado ao modelo liberal-individualista da responsabilidade civil, a reparação do dano era fruto de uma relação pessoal estabelecida entre a vítima e o ofensor. A responsabilidade solidária era limitada aos casos de responsabilidade por fato alheio e de cumplicidade na produção do dano, sobretudo em respeito à máxima de acordo com a qual a responsabilidade não se presume, mas decorre de lei. Contudo, em razão do desenvolvimento da sociedade e da problemática em relação à identificação de um causador do dano foram ampliadas as hipóteses de responsabilidade solidária.

É possível tomar como exemplo a responsabilidade solidária com relação ao fornecimento de produtos e serviços prevista no artigo 3º do Código de Defesa do consumidor combinado com o artigo 12. Neste contexto, ainda que o próprio diploma consumerista preveja a possibilidade de ações de regresso contra os demais responsáveis *segundo a sua participação no evento danoso*, na prática, o custo de reparação recai sobre um único responsável, tendo em vista a dificuldade de se identificar o percentual de participação de cada agente na ocorrência do dano.

Diante deste cenário, seria possível argumentar que o ônus econômico recai sobre os consumidores. Todavia, as relações concorrenciais impedem um repasse simples por meio de um aumento direto no preço dos produtos ou serviços. Portanto, o ônus da reparação acaba espalhado por toda a coletividade e se soma a outras técnicas de responsabilização como

---

<sup>168</sup> Por uma nova categoria de dano na Responsabilidade Civil... op. cit., p. 380.

forma de administração de danos injustos, dentre as quais podemos citar os instrumentos de prevenção e precaução de danos, tais como as técnicas de prevenção e precaução de danos<sup>169</sup>.

Tratar de técnicas de prevenção e precaução<sup>170</sup> de danos significa abordar o reconhecimento pela ordem jurídica de outros instrumentos que podem ser opostos aos danos injustos e são diversos da responsabilidade civil. Neste contexto é que são analisados os seguros de responsabilidade civil, que podem ser apontados como mecanismo de diluição de danos.

Por muito tempo a responsabilidade civil e a securitização foram vistos como instrumentos incompatíveis, pois se a primeira estava fundada na culpa e na ideia de recriminação do ofensor, seria imoral a possibilidade de o lesante transferir para uma companhia seguradora a obrigação de indenizar. Ocorre que, ironicamente, o próprio desenvolvimento da responsabilidade civil acompanhado da ânsia por desestimular condutas culposas bem como assegurar a reparação integral à vítima exigiram indenizações mais elevadas com às quais os agentes lesivos não estavam preparados para arcar.

Como consequência destes fenômenos ocorre a difusão do chamado “seguro de responsabilidade civil”, por meio do qual o segurador assume as obrigações derivadas de eventual responsabilização do segurado. No Código Civil de 2002 o tema vem regulamentado no art. 787, que define o seguro de responsabilidade civil como o contrato por meio do qual *o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro*.

Tudo indica que a indenização punitiva perderia a sua utilidade em casos nos quais o infrator contrato seguro de responsabilidade civil, porque se a condenação é satisfeita pelo seguro e não sai do bolso do ofensor, o caráter punitivo não repercute em seu patrimônio material e moral.

É preciso refletir que a contratação do seguro de responsabilidade civil facultativa é incipiente no território nacional. Não é o contrato de seguro um negócio ao qual todos podem aderir, devido aos valores nada convidativos dos prêmios exigidos e da exasperação nas seguidas renovações. Alguns setores ou aqueles que mais provocam sinistros são praticamente barrados pelas seguradoras, de maneira que não é um programa natural ou generalizado.

---

<sup>169</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p, 227.

<sup>170</sup> Prevenção significa toda e qualquer medida destinada a evitar ou reduzir prejuízos causados por uma atividade conhecidamente perigosa, enquanto que a precaução está ligada à incerteza quanto a periculosidade da coisa e significa evitar ou controlar um risco potencial.

Assim, e se somente uma minoria figura como segurada, esse fator não pode ser invocado para barrar a evolução da indenização punitiva.

Aliado a estes fatores, a própria natureza do contrato de seguro pode ser tomada como argumento contrário à incompatibilidade dos institutos. Isso porque para a imposição de um *plus* indenizatório é necessário que a conduta tenha sido praticada com culpa. Sendo assim, as indenizações punitivas jamais poderão ser objeto da cobertura securitária justo por não trazerem em sua origem a involuntariedade que impera na raiz do contrato de seguro.

O principal elemento do contrato securitário é a álea, ou risco. Deste modo, se o ato é doloso, não provém da aleatoriedade dos acontecimentos, e, se for provocado pela vontade do causador sua conduta será reprovável e lesiva aos interesses do lesado: portanto, se não se fala em incerteza, não se fala em cobertura securitária.

A regra do artigo 782 do Código é clara e intransponível. Assim, se o segurado romper a barreira da involuntariedade não estará abarcado pelas garantias securitárias. Some-se a estes argumentos o fato de que a fixação da indenização punitiva se dá em valores estabelecidos pelo julgador sem que se prenda à compensação pelos danos suportados de modo que não é possível à técnica do seguro mensurar em bases estatísticas e probabilísticas os seus resultados.

Outro fator pode ser deduzido para rejeição da tese que somente seria admitida se houvesse socialização total dos riscos. Não há (e os seguros que são celebrados não são contratados com) padrões monetários suficientes para cobertura de todos os danos, valendo acrescentar que pode surgir discussão sobre a cobertura de danos “punitivos” quando a apólice refere somente a danos morais. Significa que, apesar do contrato de seguro, pode ocorrer que o infrator venha a ter que responder com recursos próprios, uma parte da condenação, e isso já seria suficiente para valorizar a função punitiva e preventiva dos *punitive damages*.



#### 4. A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA

A principal questão envolvendo a função punitiva da responsabilidade civil tanto na *common law*, quanto na *civil law*, reside na identificação de parâmetros para sua aplicação. Isso porque, conforme afirma Bruno Giancolli<sup>171</sup>, a sanção deve ter presente três ideias essenciais: previsibilidade, justiça e equilíbrio, de forma a evitar que a função punitiva sirva de estímulo ao desenvolvimento de uma indústria de punição. Para que estes três pilares coexistam eficientemente é necessário observar determinados pressupostos para incidência da sanção pecuniária.

O sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações e ancorado nos pilares da culpa, dano e nexos causal implicava, na prática judicial, que a vítima de um dano precisava superar duas sólidas barreiras para obter a indenização: (i) a demonstração do caráter culposo *latu sensu* da conduta do ofensor, e (ii) a demonstração do nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. É o que Anderson Schreiber<sup>172</sup> denomina de “filtros da responsabilidade civil”, pois funcionavam como meio de seleção de demandas que devem ou não ser acolhidas pelo judiciário.

Conforme abordado anteriormente, a evolução da sociedade com o surgimento e reconhecimento de novos danos teve como consequência a relativa perda de importância da culpa e do nexos causal na dinâmica das ações de responsabilização. O Código Civil de 2002 consagrou essas mudanças ao instituir em seu parágrafo único uma cláusula geral de responsabilidade para atividades de risco que exige a participação da discricionariedade jurisdicional na tarefa de definir as atividades sujeitas à sua incidência<sup>173</sup>.

As mudanças legislativas refletem na jurisprudência e os Tribunais deslocam o seu foco da culpa e do nexos causal para o dano, de forma que o objetivo das cortes na aplicação da responsabilidade civil tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule ao dano e mais o de assegurar a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.

Até relativamente pouco tempo atrás entendia-se como contrário à moral e ao Direito qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial. Para além

---

<sup>171</sup> *Função punitiva da responsabilidade civil*, op. cit., p. 169.

<sup>172</sup> *Direito civil e constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 153.

<sup>173</sup> *Direito civil e constituição*, op. cit., p. 156.

da imoralidade em se atribuir valor pecuniário a lesões que não são patrimoniais, as motivações para tal posicionamento esbarravam na dificuldade de mensurar o dano sofrido<sup>174</sup>. Se de um lado a legislação abriu os caminhos para o reconhecimento de novos danos, por outro os Tribunais encontram infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização.

Serviu a análise da adaptação das funções da responsabilidade civil para atender os danos contemporâneos como fonte inspiradora das novas e melhores formas de reparação dos prejuízos (indenização pecuniária), como e principalmente para fazer florescer o questionamento sobre se é mesmo esse resultado (satisfação dos danos) a solução efetiva, racional e ou produtiva para atender os anseios sociais. É nesse ponto enigmático do direito civil que a função punitiva desponta como método a ser utilizado para evitar a ocorrência de novos danos.

O exame dos precedentes é sempre útil na preparação do pensamento sobre um fenômeno incipiente, porque o Judiciário é obrigado a responder as reivindicações populares insatisfeitas com o sistema que não funciona a contento ou pelo menos na percepção dos que clamam por justiça. Essa retrospectiva jurisprudencial deve concentrar a atenção nos julgados em que a função punitiva foi aplicada e a intuição dos julgadores quanto ao projeto preventivo dos casos que produzem danos morais indenizáveis.

O projeto de abordagem revelará que o nosso ordenamento jurídico está em nítida fase de mutação, com abandono das clássicas premissas do sistema de civil law, rendendo-se às influências da common law, e essa fonte do direito jamais poderia ser ignorada.

#### **4.1. A atuação do magistrado na prevenção dos danos**

No contexto de prevenção dos danos, o magistrado desenvolve um papel de suma importância. A eleição dos critérios para se fixar o valor da indenização reflete a sua concepção acerca das funções da indenização por danos extrapatrimoniais.

Não se pretende abordar a atuação judicial frente a cada espécie de danos, mas sim destacar, de forma generalizada, como o juiz pode contribuir para a efetivação da função punitiva da indenização.

---

<sup>174</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma Leitura Civil-constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 146.

Na definição do quantum aproveitará o juiz do livre arbítrio que lhe é concedido para decidir sobre o arbitramento do valor adequado, motivando essa tarifação monetária com os pressupostos que conduziram o raciocínio para a prudente fixação do valor adequado para o caso concreto. Essa engenharia mental é obrigatória porque assim exige o lacunoso Código Civil que, nessa parte, ao invés de colocar uma regra esclarecedora, criou um tipo residual confuso, pois não fixa critérios determinados para o arbitramento da indenização<sup>175</sup>. Isso porque o artigo 946 remete à lei processual civil, a qual também não traz qualquer norma relativa ao procedimento adequado à fixação da indenização por danos morais.

A indenização em si reflete a eficácia preventiva da responsabilidade civil, de modo que a simples possibilidade de condenação ao pagamento de indenização representa, para a maioria das pessoas, um freio em frente ao impulso de causar o dano. Portanto, o juiz tem em suas mãos este instrumento preventivo e deve agir com cautela para que não transforme a solução em um problema.

O magistrado vale-se de alguns critérios como pautas de valoração da indenização. Critérios estes que foram retirados de leis anteriores ou sugeridos pela doutrina e concretizados na jurisprudência, sem que haja um rol taxativo de que deva ser obrigatoriamente seguido. Ao contrário, o juiz analisará as circunstâncias do caso concreto e buscará fixar uma indenização que mais se aproxime de um valor ideal que compensará o dano.

Ramón Daniel Pizarro<sup>176</sup> traz, entre os possíveis aspectos a serem observados pelo juiz: (i) a gravidade da conduta; (ii) a personalidade do infrator (sobretudo sua condição econômica); (iii) os benefícios obtidos com o ilícito; (iv) a posição de mercado do infrator; (v) o caráter antissocial da conduta; (vi) a finalidade dissuasiva perseguida; (vii) o patrimônio e sentimentos feridos da vítima. Ressalta, entretanto, que os parâmetros de valoração quantitativa da indenização, apesar de discricionários, devem ser balizados com prudência.

Na tarefa de definir o valor da indenização, o juiz deve ater-se à análise de cada situação concreta *sub judice* e buscar verificar quais as características do dano que permitiram mensurar uma compensação pertinente. É a conclusão que se extrai da lição de Anderson Schreiber ao afirmar que com a busca por uma “compensação mais personificada” assegurar-

---

<sup>175</sup> Nos referimos ao art. 946, CC: *Se a obrigação for indeterminada e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.*

<sup>176</sup> *Daños punitivos...* op. cit., p. 302.

se-ia uma tutela mais efetiva à dignidade da pessoa humana que a aplicação generalizada de indenizações punitivas a qualquer hipótese de dano extrapatrimonial<sup>177</sup>.

Embora não haja uniformidade na doutrina acerca de quais critérios devem ser observados pelo juiz no arbitramento da indenização, há alguns requisitos que são frequentemente citados e reproduzidos na jurisprudência que será analisada a seguir. São eles: natureza e intensidade do dano: grau de culpa do ofensor; e situação econômica da vítima e do ofensor.

O primeiro deles é sempre lembrado como causa da valoração do *quantum* indenizatório pela perspectiva de variar a cifra pelo nível da culpabilidade do infrator, funcionando a maior gravidade como fator de exasperação. Esse aspecto é o mais nítido em termos de funcionar o dano moral como punição pelo volume da culpa reconhecida.

Os críticos da função punitiva explicam que o *quantum* indenizatório se mede sempre pelo dano em si mesmo, pois o dano moral sofrido pela vítima permanece inalterado, independentemente de ter sido causado com culpa leve, grave ou dolo. Sustentam seus argumentos pela previsão do parágrafo único do 944 do Código Civil que permite redução da indenização se houver desproporção entre o dano suportado e o *quantum*<sup>178</sup>.

Ocorre que admitir a função exclusivamente compensatória da indenização, medida pela extensão do dano, não é suficiente para inibir reiteração na conduta lesiva, esvaziando um dos principais objetivos da indenização, que é evitar condutas danosas.

As condições econômicas das partes também são analisadas pelos juízes no momento do cálculo da indenização. Isso porque a indenização fixada por um grande agente econômico não pode ser igual, em termos quantitativos, à imposta a um pequeno empresário, por exemplo. Se assim o fosse haveria enriquecimento indevido do infrator.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>179</sup> não concorda com esse ponto de vista e observa que esta postura é totalmente adversa à noção de compensação do dano moral, pois se a indenização for limitada ao dano sofrido não haverá enriquecimento sem causa, uma vez que a causa do enriquecimento é o próprio dano sofrido e sua consequente compensação.

Não cabe descartar a possibilidade de o evento danoso contribuir, de alguma maneira, para que o ofensor tenha vantagem econômica, e isso poderá ocorrer de forma

---

<sup>177</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* op. cit., p. 55.

<sup>178</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana...* op. cit., p. 297.

<sup>179</sup> *Danos à pessoa humana...* op. cit., p. 302.

deliberada ou não. É até provável que esse lucro ainda persista mesmo depois de satisfeita a indenização pecuniária, sendo que tais projeções não podem ou devem escapar da mente do julgador ao definir o justo valor da condenação, e isso recomenda que se agregue um adicional monetário que impeça essa lucratividade indesejada e verdadeiramente ilícita. Melhor que a vítima obtenha uma quantia mais volumosa do que permitir que o ilícito aumente o patrimônio do infrator.

Nesses casos, o princípio da reparação integral não é adequado, pois há o risco de se incentivar condutas danosas que pudessem trazer lucro ao ofensor. A indenização punitiva com base nesse critério visa reparar a injustiça retirando do patrimônio do agente o lucro obtido e outorgando esse valor à vítima, de forma a refrear a repetição de tais condutas.

Opositores à indenização punitiva argumentam que a entrega do lucro obtido à vítima é incentivo ao enriquecimento sem causa, já que o valor da indenização ultrapassará o necessário à reparação<sup>180</sup>.

É importante anotar que os doutrinadores e os julgados formam uma espécie de segmento informativo opositor ao sentido punitivo do dano moral, sendo que o discurso é baseado na necessidade de estabelecer o limite indenizatório ao prejuízo da vítima. Mas, mesmo com os argumentos coincidentes, essa parcela da literatura termina utilizando no cálculo do dano moral justamente os quatro critérios que foram elencados, o que, por vias oblíquas, configura uma punição ao agente com capacidade econômica superior ou diante do elevado grau de culpa do infrator. Na verdade, e embora não se admita expressamente, essa comunidade jurídica reconhece como corretos os mesmos meios empregados no direito da *common law*.

#### **4.2. A função punitiva na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

A polêmica acerca do *quantum* indenizatório surge, sobretudo, quando tratamos de indenizações decorrentes de danos extrapatrimoniais. A ausência de fórmulas determinadas e a dificuldade de aferição do dano moral mediante dados objetivos resultam em ampliação da discricionariedade do juiz no instante do arbitramento e isso abre a oportunidade para que se

---

<sup>180</sup> SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral no Código Civil*, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, ano 3, out./dez. 2003, p. 27.

faça bom uso do fator punitivo nesse critério de cálculo. A responsabilidade civil utiliza essa razão para introduzir a função punitiva no campo dos danos morais<sup>181</sup>.

Uma prévia pesquisa realizada mostrou que a jurisprudência em torno do dano moral, além de ampla, é extremamente variada e apresenta-se hoje como uma fonte de insegurança para o jurisdicionado. Isso porque, conforme se demonstrará, há uma profunda dissonância entre os juízes no que diz respeito à fundamentação das decisões quando da fixação do valor da indenização.

A falta da definição de critérios no arbitramento de danos morais tanto no Código Civil de 1916 quanto no atual, levou a doutrina e jurisprudência a empregar quatro critérios principais, quais sejam: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima e; (iv) a capacidade econômica do ofensor<sup>182</sup>.

Como exemplo caberia citar o julgamento AgRg no AREsp 563211-PE pelo Ministro Marco Aurélio Belizze mantendo a indenização estipulada pelo Tribunal, arbitrada mediante análise desses mesmo critérios orientadores:

*(...) “Relativamente ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, de igual modo, entendo que nada há a ser modificado. Observem que, para formar seu convencimento acerca do valor a ser estipulado, a instância de origem valeu-se do exame da “intensidade e da repercussão do dano, da condição sócio-econômica do ofendido, do grau de culpa do ofensor, das condições financeiras do ofensor, bem como do que a doutrina denomina de Teoria do Desestímulo, segundo a qual o valor não deve enriquecer ilicitamente o ofendido, mas há de ser suficientemente elevado para desencorajar novas agressões à honra alheia” (e-STJ, fl. 95). Ora, para se alterar tal entendimento, notadamente considerando que a quantia arbitrada – R\$ 8.000,00 (oito mil reais) – não me parece exorbitante, necessário o revolvimento do material probatório, o que encontra óbice no enunciado 7/STJ.”*  
(...)

Oportuna a lição de Antonio Junqueira de Azevedo<sup>183</sup> ao ressaltar que, apesar da intensa produção doutrinária e da vasta jurisprudência não se chegou a nenhum critério que pudesse pacificar o debate sobre a quantificação da indenização. Admite-se, para explicar a dificuldade de um consenso dos juristas brasileiros sobre esse desafio, que a falta de unanimidade sobre os exatos fundamentos da responsabilidade civil é a grande responsável

---

<sup>181</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro...* op. cit., p. 20.

<sup>182</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*, op. cit., p. 179.

<sup>183</sup> *Por uma nova categoria de dano na Responsabilidade Civil...* op. cit., p. 211.

pela continuidade do dilema. Enquanto se discute se a indenização deve constituir apenas uma compensação por lesões aos direitos da personalidade ou se deve ser incluído um *plus* para resolver situações anômalas (os chamados *punitive damages*), a ordem jurídica caminha na incerteza e com risco de perpetuar injustiças.

Dentre os problemas existentes no cenário jurisprudencial, é possível apontar a falta de uniformidade nas decisões, sobretudo no campo da responsabilidade civil. Isso porque a responsabilidade civil está, cada vez mais, abarcando a tutela de interesses muito diversos, e para cada um destes interesses que estão tutelados uma *ratio* diferente está a sustentar a responsabilidade civil. Da mesma forma, a depender do entendimento do órgão julgador a respeito das funções da indenização, percebe-se uma grande variação na argumentação apresentada pelo juiz e na valoração da indenização arbitrada.

Diante da grande variação na argumentação apresentada pelo juiz na valoração da indenização arbitrada, o Superior Tribunal de Justiça vem se permitindo adentrar no mérito das ações de indenização por dano moral e rever os valores fixados. Em que pese o teor da Súmula 07 do Tribunal, os ministros admitem discutir a questão da definição do valor indenizatório para frear certos abusos, sobretudo no tocante à questão do valor indenizatório.

Neste sentido a manifestação do Ministro Nilson Naves, no Recurso Especial 53.321-RJ<sup>184</sup>:

*(...) “Por maiores que sejam as dificuldades, e seja lá qual for o critério originalmente eleito, o certo é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foram constitucionalmente cometidas tão relevantes missões, forneça e exerça controle, de modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente ofendido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa” (...)*

A abordagem sobre os danos punitivos reclama exame de jurisprudência pertinente e concentrada aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, encarregado, pela Constituição Federal, de uniformizar a interpretação das leis federais pelos tribunais estaduais (art. 105, III, "c"). Seria como o definitivo pronunciamento judicial sobre o arbitramento do dano moral e daí a importância de seus julgados.

---

<sup>184</sup> STJ, 3ª Turma, REsp n. 53.321-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 16.09. 1997, DJe 24.11.1991.

A análise dos fundamentos jurídicos das decisões dos casos envolvendo a questão do dano moral importa, principalmente, em pinçar as funções carreadas à indenização e perceber como essas funções influenciam na fixação do *quantum* indenizatório. A finalidade dos *punitive damages*, conforme exposto, não é apenas punir o ofensor, mas pode se expressar também na forma de prevenção geral (evitar que a coletividade reitere o ilícito) ou especial (evitar que o próprio indivíduo reitere a conduta)<sup>185</sup>.

A possibilidade de se atribuir função punitiva à responsabilidade civil ficou evidenciada na IV *Jornada de Direito Civil* com a aprovação do Enunciado nº 379, que assim dispõe: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”, entendimento reproduzido também na jurisprudência.

O primeiro acórdão escolhido é da lavra da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 1.171.826 – RS<sup>186</sup>, que trata de indenização concedida ao irmão e esposo em razão da morte de mãe e filha por choque em razão de descarga provocada por fio elétrico de alta tensão de rede sob responsabilidade de concessionária enquanto transitavam em via pública na qual os cabos energizados estavam caídos em solo e submersos em poça d’água. A Corte de origem arbitrou o valor de R\$ 57.000,00 para cada familiar, mas o Superior Tribunal de Justiça majorou o *quantum* para R\$ 279.000,00 por entender que a quantia anterior era desproporcional ao sofrimento dos familiares e insuficiente para evitar novas ocorrências.

A Ministra relatora sustentou que:

*(...) “Em casos dessa natureza, esta Corte Superior tem como regra evitar a rediscussão de questões de fato e de prova em respeito à Súmula 7/STJ. Não obstante isso, muito excepcionalmente o quantum arbitrado tem sido modificado se a Corte identifica ausente qualquer das seguintes funções: (i) a proporcionalidade da compensação em relação ao sofrimento; (ii) a exemplaridade da punição do ofensor para evitar novo ato danoso”. (...)*

Outro julgado paradigmático foi também relatado pela Ministra Nancy Andrighi e envolvia questionamento recursal das duas partes do processo, ambas insatisfeitas com o quantum fixado para indenização pela morte de familiares em acidente de veículo com defeito de fabricação. A relatora utilizou dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para cravar uma excepcionalidade indenizatória, advertindo que o valor a ser fixado não poderia

---

<sup>185</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro...* op. cit., p. 25.

<sup>186</sup> STJ, REsp 1.171.826-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2011, DJe: 27.05.2011.

ser igual ao que comumente a Corte aplica, para não prejudicar a função social da condenação ou, em palavras certeiras, o desestímulo da reincidência<sup>187</sup>.

Embora esses julgados evitem a linguagem direta de que estão mandando recado sobre a pertinência da função punitiva, são considerados sucessores da abertura que timidamente se faz para o efeito preventivo das indenizações exemplares.

No julgamento do AgRg no REsp 1373969-RS<sup>188</sup>, o Ministro Sidnei Benetti, em decisão que versa sobre a recusa da operadora de plano de saúde em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, entendeu serem devidos os danos morais, observando o caráter de desestímulo e o combate ao enriquecimento ilícito:

*(...) “Desse modo, caracterizada a recusa indevida, na esteira dos precedentes colacionados, foi deferida a indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que cumprem, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido” (...)*

As funções da responsabilidade civil também são utilizadas como critério para cálculo da indenização no julgamento do REsp 1.440.721-GO e 1.695-725-ES.

No primeiro acórdão<sup>189</sup>, a relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti, atribui expressamente a função punitiva aos danos morais. Trata-se de ação indenizatória movida em face de editora que publicou livro imputando falsamente a pessoa pública afirmações de cunho racista e eugênico. Os danos morais fixados em R\$ 100.000,00 para cada autor foram majorados para R\$ 250.000,00, levando em conta a tríplice função da indenização, bem como a condição da vítima (pessoa pública) e capacidade econômica do ofensor. Confira-se a fundamentação:

*“Assim delineada a controvérsia, ressalto que a indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para reparar os danos sofridos pela vítima, a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos.*

---

<sup>187</sup> STJ, REsp 1.036.485-SC, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 18.12.2008, DJe: 05.03.2009.

<sup>188</sup> STJ, AgRg no REsp 1.373.969-RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.05.2013, DJe: 19.06.2013.

<sup>189</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 1.440.721-GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11.10.2016, DJe: 11.11.2016.

*Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito, cumprindo de forma adequada e satisfatória as funções acima mencionadas. (...)*

*Dessa forma, atentando-se às peculiaridades da causa e levando-se em consideração que o autor é figura pública e a gravidade da falsa acusação que lhe foi graciosa e dolosamente imputada, bem como a capacidade econômica dos ofensores, entendo que a majoração da condenação de cada recorrido para o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) mostra-se adequada para reparar os danos morais sofridos e resguardar os direitos da personalidade atingidos, de modo a cumprir também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito”.*

Em igual sentido, o Ministro Herman Benjamin ressaltou a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais no julgamento do REsp 1.695.725-ES<sup>190</sup>, que manteve a condenação de R\$ 80.000,00 imposta ao estado do Espírito Santo, o qual demorou 635 dias para cumprir mandado de soltura do recorrido que cumpria prisão preventiva pelo crime de tentativa de homicídio.

*(...) “Conforme escólio da melhor doutrina, a indenização do dano extrapatrimonial visa compensar a vítima pela dor sofrida e, de forma indireta, punir o transgressor. Ao contrário, a reparação pelo dano material propõe restituição à situação anterior (restitutio in integrum). Dessarte, o magistrado deve estar consciente de sua função de, ao examinar o caso concreto, buscar de maneira razoável e proporcional encontrar o valor da compensação pelos danos sofridos sem gerar enriquecimento ilícito à vítima”. (...)*

Na tentativa de impedir excessos nos arbitramentos de valores, o que poderá ocorrer quando são utilizados fatores subjetivos na valoração do quantum, o Superior Tribunal de Justiça criou a fórmula bifásica e que basicamente consiste em definir o montante a partir de duas fases distintas. A primeira etapa é reservada para que se estabeleça um valor básico para a indenização e na qual são considerados os interesses jurídicos lesados comparados a um bloco de precedentes similares. No passo seguinte são observadas as circunstâncias do caso concreto para que se apure, em definitivo, o valor da indenização.

---

<sup>190</sup> STJ, 2ª Turma, REsp 1.695.725-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.11.2017, DJe: 19.12.2017.

Este foi, inclusive, o critério utilizado pelo ministro Luis Felipe Salomão quando do julgamento de uma ação de indenização devida à pessoa que teve momento íntimo registrado por câmera fotográfica, sem seu consentimento, em local reservado de uma festa, com ampla e posterior divulgação das fotografias. A indenização foi fixada no total de R\$ 114.400,00

Vejamos trechos da ementa:

*“RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. NÃO VIOLAÇÃO. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. INTERVENÇÃO DO STJ. DIREITO À INTIMIDADE, PRIVACIDADE, HONRA E IMAGEM. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO. VALOR BÁSICO E CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO. CONDUTA QUE CONFIGURA SEXTING E CIBERBULLYING.*

(...)

*6. Na primeira etapa do método bifásico de arbitramento de indenização por dano moral deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 7. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 8. Para o caso dos autos, na primeira etapa, consideram-se, para fixação do quantum indenizatório, os interesses jurídicos lesados (direito à intimidade, privacidade, ofensa à honra e à imagem das pessoas, direitos da personalidade de cunho constitucional), assim como o valor estipulado em acordo firmado com um dos réus. 9. Para a segunda fase, de fixação definitiva, consideram-se: a) a ação voluntariamente dirigida a difamar, sem conteúdo informativo ou interesse público; b) o meio utilizado para divulgação das fotografias, a rede mundial de computadores; c) o dano sofrido pela recorrente, de proporções catastróficas na psique de uma adolescente; d) a gravidade do fato; e) a circunstância da vítima ser menor de idade à época dos acontecimentos. (...)”<sup>191</sup>*

Em alguns julgados o Tribunal adotou os critérios da *common law* para aplicação dos *punitives damages*, ou seja, julgados nos quais a liquidação da indenização foi auferida observando o grau de culpa do ofensor ou sua capacidade econômica.

Quanto ao primeiro critério, o Ministro Marco Aurélio Bellizze manteve a indenização fixada pelo Tribunal estadual em ação de indenização por recusa de cobertura de operadora de plano de saúde para tratamento do segurado tendo em conta o grau de culpa do ofensor<sup>192</sup>.

(...) *“A fixação do quantum indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta as*

<sup>191</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 1.445.240-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, k. 10.10.2017, DJe: 22.11.2017.

<sup>192</sup> STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp 767.731-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.11.2015, DJe: 09.12.2015.

*condições socioeconômicas das partes, o bem jurídico lesado, a gravidade da lesão e o grau de culpa do ofensor. Além disso, tal quantia é proporcional ao caso vertente, situada dentro do que comumente, em casos análogos, vem fixando este Tribunal Superior” (...).*

Tendo em conta a capacidade econômica do ofensor o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva manteve a condenação imposta à Rádio e TV Bandeirantes de forma solidária aos apresentadores Patrícia Maldonado e Luciano Faccioli no valor de R\$ 50.000,00 para cada vítima em razão da veiculação de matéria jornalística de conteúdo falacioso. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve o *quantum* arbitrado nas instâncias ordinárias tendo em conta a extensão do dano, bem como a capacidade econômica dos ofensores<sup>193</sup>.

O relator fundamentou sua decisão ressaltando que:

*(...) “A compreensão do estágio histórico e sociocultural atual, em que a internet ultrapassou, em muito, os horizontes que já eram significativos da radiodifusão, no tocante ao potencial de difusão de informações e à dificuldade de contradizê-las, mesmo quando inverídicas, apenas corrobora a inexistência de irrazoabilidade no valor arbitrado. Por fim, a doutrina e a jurisprudência majoritárias se consolidaram no sentido de que a reparação do dano moral deve se pautar por parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização. A reavaliação desses critérios, salvo patente desconformidade, demandaria o exame atento do conjunto fático-probatório, inviável nesta instância, consoante reiteradamente decidido nesta Corte” (...)*

A aceitação da função punitiva pela Corte Superior é relativamente recente, pois há uma tendência a rechaçar a majoração do *quantum* fixado.

Oportuna a reprodução da fundamentação do REsp 719.354-RS<sup>194</sup>, no qual o Ministro Barros Monteiro reproduziu o entendimento do STJ acerca da punição por meio da indenização por danos morais:

*(...) No caso, a importância fixada, – R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigida desde o ajuizamento da ação – para as jóias leiloadas indevidamente afigura-se exagerada, de forma a desatender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É da jurisprudência desta Corte a orientação segundo a qual “o*

<sup>193</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.652.588-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 26.09.2017, DJe: 02.10.2017.

<sup>194</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 718.354-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 24/05.05, DJe: 29.08.2005.

*anormal constrangimento passível de indenização por dano moral não pode ensejar nem a punição excessiva à parte que indeniza, nem o enriquecimento à parte lesada” (REsp n. 285.245-PR, relator Ministro Francisco Peçanha Martins).*

*Há de levar-se em consideração no caso: a) a situação econômica do ofensor e do ofendido; b) a intensidade do dolo ou o grau da culpa; c) a gravidade e a natureza da ofensa”. (...)*

Assim, por diversas vezes, a Corte Superior fundamenta suas decisões na tese de que a indenização por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para compensar o mal causado, punir o ofensor e dissuadir a reiteração da conduta sem gerar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.

Sob estes fundamentos o Ministro Marco Buzzi manteve a indenização arbitrada pela Corte estadual em razão de erro médico que causou sérias lesões ao autor da ação. O relator ressaltou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a indenização deve compensar o mal-estar da vítima, desestimular a ocorrência de novas condutas sem, com isso, constituir enriquecimento sem causa ao ofendido<sup>195</sup>.

*(...) “Não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema, uma vez que não existem critérios predeterminados para a quantificação do dano moral, esta Corte Superior tem reiteradamente se pronunciado no sentido de a indenização deve ser suficiente a restaurar o bem estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, ainda, constituir enriquecimento sem causa ao ofendido.*

*Com a apreciação reiterada de casos semelhantes, concluiu-se que a intervenção desta Corte ficaria limitada aos casos em que o quantum fosse irrisório ou excessivo, diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição. Assim, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrido e, ainda, ao porte econômico do recorrente, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida (RESP 259.816/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 27/11/2000)”<sup>196</sup>.*

---

<sup>195</sup> STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 423.851-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.04.2018, DJe: 25.04.2018.

<sup>196</sup> No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 569.765, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10.02.2015, DJe: 19.02.2015; STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1.378.431, Rel. Min. Raul Araújo, j. 06.06.2013, DJe: 27.06.2013.

Da análise das decisões depreende-se que o instituto do enriquecimento sem causa opera como um fator limitador das indenizações e conflita com os objetivos de punição e dissuasão. Trata-se de um sistema dividido entre duas visões de mundo: de um lado os tribunais já perceberam a necessidade de utilizar a indenização como instrumento de punição e dissuasão, mas, por outro, valem-se do instituto do enriquecimento sem causa como fator limitador ao valor das indenizações.

Portanto, nota-se que por diversas vezes a função punitiva da indenização por danos morais perde a força que possui nos Tribunais de Justiça e nos juízos de primeiro grau ao chegar ao Superior Tribunal de Justiça. Quando muito, aparece ao lado da função compensatória, e com seus efeitos cerceados pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade e da vedação ao enriquecimento sem causa.

A ausência de critérios uniformes para utilização da função punitiva da responsabilidade civil faz com que ela seja aplicada pela jurisprudência ora para justificar a fixação de indenizações absurdamente altas e ora simplesmente citada ao lado da função compensatória, sem representar qualquer expressão de punição, na medida em que aparece aliada à ideia de vedação ao enriquecimento sem causa, por exemplo.

Ademais, em razão da ausência de uniformidade na jurisprudência que possa orientar a adoção da teoria da dupla função ou simplesmente da compensação, as atenções do Tribunal são voltadas a coibir excessos praticados pelos tribunais de justiça no que se refere à fixação do valor da indenização. Conclui-se que a falta de homogeneidade nas decisões, no que diz respeito às funções da indenização por danos extrapatrimoniais, reflete-se diretamente no nível de liberdade que tem o julgador ao fixar o valor da indenização. Quando o juiz pretende unicamente compensar o dano, sua fundamentação é guiada pelos parâmetros da doutrina e jurisprudência no intuito de garantir ao lesado uma situação mais confortável e que permita desvencilhar-se das consequências da ação danosa. Contudo, quando o julgador pretende avançar os limites da compensação, lança-se mão da função punitiva como forma de majorar o *quantum* indenizatório.

Em que pese o tratamento da função punitiva da responsabilidade civil não ser um tema muito desenvolvido na jurisprudência, ela já é utilizada como fator de modulação da quantificação de danos extrapatrimoniais. Diversos são os precedentes em que o Tribunal estabelece como critérios para auferir o montante indenizatório: i) a compensação do sofrimento suportado pela vítima e ii) a punição do causador do dano. No último caso, ao

atribuir caráter punitivo como elemento da quantificação dos danos extrapatrimoniais, o Superior Tribunal de Justiça ressalta o objetivo dissuasório da função punitiva.

Há quatro precedentes que possuem em sua ementa a expressão *punitive damages*. Em todos eles argumenta-se que a *aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002*<sup>197</sup>.

Em situações nas quais o *quantum* indenizatório é inferior ao lucro obtido é possível que o ofensor conclua que o “crime compensa”, de forma que a indenização não cumprirá com a sua principal função de disseminar a justiça. É o que se infere do julgamento do REsp 1.487.046-MT, no qual a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou indenização no valor de R\$ 20.000,00 para um revendedor de combustível automotivo que fora autuado pela Agência Nacional de Petróleo pela prática da conduta denominada “infidelidade de bandeira”, ou seja, o ato de ostentar marca comercial de uma distribuidora e, não obstante, adquirir e revender produtos de outras<sup>198</sup>.

Percebe-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça tende a afastar a técnica de arbitramento da punição pecuniária autônoma (diferente do que ocorre nos países da *common law*), o que se revela claramente como um modo incorreto de interpretar o instituto do enriquecimento sem causa e abre os nossos olhos para que sejam adotados determinados critérios a fim de que a indenização punitiva possa ser inserida em nosso ordenamento sem trazer inseguranças ao jurisdicionado.

---

<sup>197</sup> STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 850.273-BA, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, J. 03.08.2010, DJe 24.08.2010

<sup>198</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 1.487.046-MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.03.2017, DJe: 16.05.2017.



## 5. CRITÉRIOS PARA INTRODUÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Oportuno questionar, como parâmetro da conclusão que se avizinha: é transladável ao nosso ordenamento a experiência estadunidense em matéria de punição privada de ilícitos?

A resposta a essa pergunta simples exige severa e científica ponderação, com abandono da radicalização doutrinária e -porque não dizer- estigmas e preconceitos que em nada contribuem para o amadurecimento das novas teorias. Em que pesem as distinções do sistema jurídico norte americano em relação ao brasileiro, fato é que a indenização unicamente com objetivos compensatórios pode ser insuficiente para coibir os efeitos de certos ilícitos, sobretudo quando quem contraria o ordenamento jurídico causando um dano a outrem atua deliberadamente e com o propósito de obter lucro com esta atividade ou com menosprezo aos direitos de terceiros.

A jurisprudência é um retrato do cotidiano social e, para os danos punitivos, está indicando que inúmeras situações concretizadas reclamaram a imposição de indenização de maior valor para homenagear o sentimento de justiça baseado na segurança e equidade. Outro gigantesco número de casos está para aumentar essa estatística porque assim é a dinâmica da vida, de modo que existe, sim, espaço para que o instituto dos *punitive damages* cumpra as suas funções primordiais. Essa conclusão produz alguns fatores emblemáticos, como: a que destinar a pena pecuniária? Seria correto destinar à vítima? Ou ao Estado? Possível atribuir o valor para associação de consumidores?

Não se encaixa uma experiência externa em nosso ordenamento sem as adaptações, até porque há um choque cultural que obriga ajustes para a nossa realidade. Serão analisados, portanto, os aspectos pertinentes ao regramento de tal instituto para que ele possa ser moldado para melhor perseguir a punição de condutas reprováveis e prevenção de prejuízos.

Ultrapassadas as questões concernentes à viabilidade da adoção da indenização punitiva, o presente capítulo tratará dos aspectos pertinentes ao regramento de tal instituto para que ele possa ser moldado de modo a melhor perseguir os fins de punição de condutas reprováveis e prevenção de prejuízos.

Impossível ignorar a crescente expansão de danos indenizáveis na era daa globalização, notadamente pelo avançar das tecnologias e das formas de mercado. Entretanto, se de um lado há crescente expansão dos poderes econômicos, de outro percebe-se uma

progressiva redução dos limites ao seu exercício. Consequentemente, estamos diante de três perigos para a esfera pública: (i) uma tendência a concentração e confusão de poderes econômicos e políticos, de forma que os interesses econômicos estão subordinados ao poder político; (ii) dificuldade da esfera pública em garantir direitos coletivos e, por fim, (iii) mercantilização do direito em razão de uma nova relação entre autonomia privada e lei, culminando na construção de instrumentos legislativos mais vantajosos para empresas em detrimento dos usuários<sup>199</sup>.

Neste contexto, a responsabilidade civil é instrumento apto a exercer a importante função de garantia ao ordenamento interno tutelando, preferencialmente, direitos fundamentais em detrimento aos interesses privados. Isto será feito pela adoção da indenização punitiva capaz de garantir a liberdade dos cidadãos comuns em face dos abusos de poder econômico, em razão de função primordial de reprimir condutas lesivas.

Para tanto, esta sanção civil deverá estar em conformidade com os princípios de nosso ordenamento jurídico o que significa, em nível objetivo, que deve ser pautada pela tipicidade e, no plano subjetivo, pela pessoalidade e intransferibilidade como condicionantes a sua aplicação<sup>200</sup>.

Fundamentalmente, a indenização punitiva será aplicada em situações nas quais a tradicional tutela ressarcitória do direito privado for incapaz de assegurar satisfação de direitos subjetivos e quando for imperioso dar uma resposta à sociedade por se tratar de uma conduta particularmente ultrajante<sup>201</sup>. Nestes casos, a proibição da prática de atos lesivos a interesses sociais reforça o compromisso entre a proteção do mercado e a dignidade da pessoa humana.

### **5.1. A adequação da indenização punitiva com o princípio da reparação integral.**

Reconhecida a obrigatoriedade de alterações em nosso sistema jurídico para bem recepcionar a indenização punitiva, cabe refutar determinadas críticas formuladas sobre a incompatibilidade do *plus* indenizatório com o princípio da reparação integral.

---

<sup>199</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 217.

<sup>200</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 218.

<sup>201</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana...* op. cit., p. 263.

Com origem no brocardo francês: *tout le dommage, mais rien que le dommage* ("todo o dano, mas nada mais do que o dano"), o legislador brasileiro optou por quantificar a indenização pela extensão do dano, conforme se extrai da leitura do artigo 944 do Código Civil.

A doutrina interpreta este princípio com a dupla função de piso e teto indenizatório<sup>202</sup>. No primeiro caso busca-se assegurar a reparação da totalidade de prejuízos sofridos pelo lesado: quanto à segunda função, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

Portanto, se de um lado é uma garantia à vítima em face de uma desproporção do montante compensatório em relação à extensão da lesão experimentada em âmbito material e moral, também seria, por outro lado, uma garantia ao autor do ilícito no sentido de elidir a possibilidade de condenações em valores superiores aos danos por ele causados.

O próprio parágrafo único do art. 944 excepciona a regra possibilitando ao juiz a redução da indenização em situações nas quais se verifica que a ação se deu com culpa leve do agente ou que decorreu praticamente de uma fatalidade.

De forma análoga, este mesmo cuidado com a avaliação do comportamento do ofensor poderá resultar em uma verificação concreta quanto à intenção do agente ou o seu desprezo pelas regras jurídicas no exercício da atividade que desencadeou danos. E, do ponto de vista constitucional, é legítimo que a medida da condenação supere o dano concretamente sofrido pela vítima<sup>203</sup>.

Assim, diante da elevada eficiência da pena civil na experiência norte-americana, sobretudo em setores como a atividade empresarial, a tutela ambiental e as situações jurídicas existenciais, mais urgente se torna o recurso à ela, desde que respeitadas as cautelas materiais e processuais à sua regulamentação de que trataremos a seguir.

## **5.2. A necessidade de prévia cominação legal**

As formulações resistentes estão articuladas fortemente no princípio constitucional da reserva legal (princípio da legalidade), o que vedaria a utilização da indenização punitiva

---

<sup>202</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. *O princípio da reparação integral e os danos pessoais* in Carta Forense, disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>. [acesso em 27.06.2018].

<sup>203</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 222.

sem prévia cominação legal, sobretudo como forma de evitar abusos e favorecer o enriquecimento sem causa. As lógicas dos enunciados perdem para as vantagens e proveitos do instituto que se aplica independente de norma específica antecedente.

Deste modo, a partir do momento em que forem definidos parâmetros quanto ao máximo das penas civis, sua relação de proporcionalidade com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais e quem será o destinatário das condenações, estará reduzida a possibilidade de ineficácia social da sanção.

Em nosso ordenamento impera o vazio legislativo quanto à indenização punitiva. O projeto do Código de Defesa do Consumidor procurou inseri-la em seu artigo 16<sup>204</sup>, mas obteve veto presidencial. Reforçando a hostilidade do Código Civil à pena privada, o parágrafo único do artigo 944 permite expressamente a redução da indenização, mas silencia quanto à majoração. No mesmo sentido, o artigo 403 delimita a indenização à importância correspondente aos prejuízos efetivos e lucros cessantes.

A resposta à ausência de previsão legal não está no recurso à cláusula geral da obrigação de indenizar, mas, é possível se socorrer das normas dos artigos 186 e 927 do Código Civil para justificar a extensão da função reparatória em prol da compensação de novos danos.

Sendo assim, não é possível a aplicação da indenização punitiva sem que haja determinadas garantias (de forma semelhante ao que ocorre coma sanção penal) sob pena de atentar contra direitos fundamentais<sup>205</sup>. O recurso à pena civil deve respeitar todas as cautelas materiais e processuais à sua regulamentação. Isso porque, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, o nosso sistema jurídico não soluciona os casos com base em fatos e precedentes, mas se apoia em princípios e regras. Tanto é que a indenização extracontratual está condicionada à preexistência de leis que enfatizam os direitos protegidos, pois somente a

---

<sup>204</sup> Art. 16: *Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou trave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional.*

<sup>205</sup> O posicionamento não é unânime e parte da doutrina advoga pela introdução do instituto da indenização punitiva em nosso ordenamento sem a prévia cominação legal. Interessante o argumento de Fabio Ulhoa Coelho que afirma que em razão da autonomia das esferas de responsabilização jurídica (civil, penal e administrativa), cada qual segue seu regime próprio. O princípio da reserva legal aplica-se às sanções de natureza pecuniária cuja indenização é revertida para o Estado, tal como ocorre nas multas de direito penal e administrativa. Portanto, se o resultado é revertido para o próprio prejudicado a indenização punitiva não se submete àquele princípio constitucional. Concluindo, desta forma, pela possibilidade de aplicação do instituto sempre que a conduta do demandado for particularmente reprovável in *Curso de direito civil: obrigações – responsabilidade civil*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 447.

estas se reconhece a legitimação para mediar, de forma equilibrada, a liberdade privada e interesses metaindividuais.

Além disso, no que tange aos danos patrimoniais a ideia de equivalência entre dano e indenização é bem mais forte que nos danos extrapatrimoniais, pois é possível identificá-los com precisão.

Em que pese a sua natureza de sanção, a indenização punitiva deve obedecer à forma e aos efeitos do direito privado pois, por exemplo, é inimaginável que o descumprimento da pena civil pecuniária possa ser convertido em uma pena de detenção<sup>206</sup>. Não obstante estes argumentos, no direito civil o princípio da tipicidade não possui as mesmas exigências de rigor e precisão das normas penais. Portanto, é necessário entrar uma posição intermediária entre a insegurança de conferir ao magistrado um poder geral punitivo e a imposição de alguns limites que não afetem a maleabilidade das sanções punitivas para hipóteses mais amplas de comportamento dolosos ou gravemente culposos particularmente ofensivos às situações existenciais.

Assim, rebate-se o posicionamento doutrinário no sentido da atribuição de caráter punitivo apenas às hipóteses expressamente previstas em lei<sup>207</sup>. Até mesmo porque a ideia de engessamento da responsabilidade civil a hipóteses típicas, previstas expressa e taxativamente pelo ordenamento, é contrária aos princípios norteadores do instituto, que visam à proteção dos direitos da personalidade e, de forma mais ampla, à proteção da dignidade da pessoa humana.

Nelson Rosendal<sup>208</sup> propõe que a lei contenha uma definição razoável das condutas que permitam a atribuição do *plus* indenizatório que possa exercer função preventiva sobre potenciais ofensores, em relação a evitar a prática de tais atos danosos.

Portanto, em função da mitigação do princípio da legalidade, para que se torne lícita a atribuição de uma função punitiva à indenização basta que sejam previstos, em termos gerais, seus pressupostos de incidência, distintos daqueles usualmente exigidos para a incidência da responsabilidade civil com fins compensatórios. Com isso, haveria equilíbrio entre os objetivos de punir e dissuadir e os princípios da legalidade e segurança jurídica. Importante salientar que, respeitado posicionamento diverso, o regramento da indenização punitiva não deve conter previsões mínima ou máxima de indenização, sob pena de atentar

---

<sup>206</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa...* op. cit., p. 263.

<sup>207</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 76.

<sup>208</sup> *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 271.

contra a principal função do instituto, qual seja a de dissuasão. Caso contrário, permitiria ao ofensor realizar o cálculo do custo benefício da prática do ilícito.

### 5.3. Pressupostos de incidência da indenização punitiva

Por se tratar de uma espécie de sanção civil a indenização punitiva se dá de maneira excepcional e se justifica à tutela dos bens e interesses de alta relevância, tais como interesses existenciais e metaindividuais e à manutenção do equilíbrio social, atendendo aos preceitos constitucionais previsto no inciso I, do artigo 3º da CF.

A imposição da indenização punitiva se dará em conjunto com a compensatória quando a lesão for resultado de condutas altamente reprováveis, marcadas pela intencionalidade do agente ou pelo repúdio de direitos alheios. Isso porque, nestas situações, a ação praticada nestas condições e contra os interesses acima elencados acaba extrapolando os limites da órbita jurídica do lesado e passa a atingir toda a sociedade<sup>209</sup>. É o que Antonio Junqueira de Azevedo denominou de “dano social”<sup>210</sup>.

Nestas hipóteses a indenização punitiva visa proteger não somente a dignidade do indivíduo, mas as normas de conduta da sociedade<sup>211</sup>. Maria Celina Bodin de Moraes<sup>212</sup>, a despeito de se colocar como opositora à ideia de majoração da indenização para fins punitivos, admite uma figura semelhante aos *punitive damages*, em seu caráter exemplar, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade.

Resulta do exposto que a incidência da indenização punitiva ocorre para sancionar ilícitos civis dotados do mais alto grau de reprovabilidade (cujos agentes atuaram de maneira intencional ou culposa) e que tenham lesado direitos ou interesses de alta relevância ou servido de instrumento para a obtenção ilícita de vantagem econômica. É o que chamamos de requisitos de admissibilidade desta resposta indenizatória, os quais podem ser subdivididos em pressupostos objetivos e subjetivos.

---

<sup>209</sup> SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 240.

<sup>210</sup> *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 381.

<sup>211</sup> LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil...* op. cit., p. 190.

<sup>212</sup> *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 77.

### 5.3.1. Pressupostos objetivos

Será necessário preencher os requisitos objetivos de admissibilidade da indenização punitiva para justificar dois questionamentos: (i) se a indenização punitiva deve se restringir apenas ao âmbito da responsabilidade civil extracontratual, tal como ocorre no sistema norte-americano e; (ii) se a indenização punitiva pode incidir inclusive em hipóteses nas quais a prática do ato ilícito não resulta em efetivos prejuízos.

a) Aplicação da indenização punitiva em casos de inadimplemento contratual.

Via de regra, pelo sistema da *common law*, as hipóteses de incidência dos *punitive damages* estão restritas aos casos de ilícitos extracontratuais, salvo quando o inadimplemento contratual tenha origem em causa fraudulenta ou qualquer conduta intencional abusiva ou e gravemente culposa que, por si só, já teria força suficiente para impulsionar uma reprovabilidade extraordinária<sup>213</sup>.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, não se deve admitir uma distinção entre as duas modalidades de responsabilidade civil. Em razão do seu escopo comum, as modalidades de responsabilidade civil se aproximam e se interagem com muita intensidade, chegando ao máximo de adotarem idênticos princípios em pontos cruciais. Isso ocorre, por exemplo, quando em razão do descumprimento de um dever contratual há lesão a direitos da personalidade como nos casos de indenização por danos morais fixadas por atraso na entrega de construção.

No mesmo sentido, Antonio Junqueira de Azevedo<sup>214</sup> evidencia tal “interpenetração” nas hipóteses em que o descumprimento contratual vem acompanhado da violação à obrigação de segurança, a qual deve ser observada ainda que não se esteja diante de uma relação negocial previamente estabelecida. Assim, quando do descumprimento contratual decorrerem lesões a bens indisponíveis, como na hipótese de danos corpóreos, haverá incidência das regras de responsabilidade subjetiva.

Mesmo nas hipóteses nas quais as obrigações se constituem independente de uma negociação prévia, o não cumprimento poderá estar motivado por conduta ilícita inspirada na

---

<sup>213</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. *Daños punitivos...* op. cit., p. 301.

<sup>214</sup> *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 381.

vileza das intenções econômicas, quando, por exemplo, se renova o contrato anterior com valores infinitamente superior ao originário. Em tais situações, ainda que o devedor inadimplente viesse a ser condenado pelo pagamento de uma indenização compensatória (nela incluídos os danos emergentes e lucros cessantes), a inexecução da obrigação poderia se traduzir em benefício econômico superior ao prejuízo e o motivaria a reiterar a conduta.

Charles Calleros<sup>215</sup> afirma que nas situações em que se possa exigir o cumprimento específico da obrigação a imposição de indenização punitiva poderá ter escopo preventivo. Frente a essas corretas observações, é de se inferir a possibilidade da aplicação da indenização punitiva em razão de descumprimento contratual sempre que a conduta do devedor seja caracterizada por um alto grau de reprovabilidade e que tenha lesado direitos ou interesses de mais alta relevância (por exemplo interesses existenciais ou metaindividuais) ou, ainda, quando praticada com a finalidade de obtenção ilícita de vantagens econômicas<sup>216</sup>.

Se a ideia é a de permitir acesso da indenização punitiva para preencher vazios que incomodam a noção de efetiva reparação do dano injusto, sua entrada não poderia receber restrições, como a de não incidir na composição de perdas e danos contratuais, cujo instrumento foi redigido com cláusula penal compensatória com teto estabelecido, conforme autorizado pelo artigo 416, parágrafo único, do Código Civil. Isso porque, a regra que exclui a indenização suplementar apenas incide nas hipóteses de culpa leve e não podemos permitir que o devedor se escude atrás de uma cláusula penal mal fixada para se eximir da responsabilidade<sup>217</sup>.

- b) Possibilidade de fixação da indenização punitiva ainda que não tenha se verificado efetivo prejuízo

Reconhecida a viabilidade da indenização punitiva de maneira ampla (ilícitos extracontratuais e contratuais), o passo seguinte consiste na avaliação positiva de tal

---

<sup>215</sup> *Punitive damages, liquidated damages, and clauses penales in contract actions: A Comparative analysis of the American Common Law and the French Code Civil* in **Brooklyn Journal of International Law**, v. 32, 2006, p. 97. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=583078083024095007114127099104098124033019081079037056018099101075098023014087095087062026096028010010047023002109024110096068033073037085088102075016127123105033018062005000123116097125001091080066019089120026069072127004011080064075081104106087&EXT=pdf> [acesso em 29.06.2018]

<sup>216</sup> *Punitive damages, liquidated damages and clauses penales...* op. cit., p. 99.

<sup>217</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., pp. 140-141.

possibilidade, concedendo um *plus* indenizatório a sair do bolso do ofensor, ainda que o ofendido não tenha alegado ou não tenha confirmado a ocorrência do efetivo prejuízo.

No ordenamento jurídico da *common law* a resposta é positiva, em razão de algumas peculiaridades deste sistema de responsabilidade civil denominado “pluralista”, ou seja, nestes países a responsabilidade se funda na previsão de inúmeros remédios jurídicos distintos, cada um deles aplicável à lesão de um interesse juridicamente tutelado. Em contrapartida, nos países de tradição romano-germânico é vigente o “sistema monista”, o qual, em vez de se fundar em diversos remédios jurídicos distintos prevê uma regra geral de responsabilidade civil<sup>218</sup>.

Consequentemente, ressalta Eduardo Uilan<sup>219</sup>, se não há cláusula geral de responsabilidade civil não é preciso especificar a natureza do dano e conectá-la com o interesse do lesado, como ocorre nos sistemas da *civil law*. Sendo assim, o ordenamento prevê que a proteção a determinados interesses se dê de maneira ainda mais intensa, mesmo que da lesão não resulte prejuízo efetivamente quantificável.

Importante salientar, ainda, que o *exemplary damage* no sistema da *common law* tem o escopo primordial de inibir condutas análogas e não ressarcir o lesado. O foco não é o dano, mas o comportamento do agente e sua reprovabilidade pela sociedade<sup>220</sup>.

No sistema pátrio e como já observado anteriormente, a indenização punitiva chegaria como instrumento jurídico imposto pelas funções orgânicas da responsabilidade civil, cuja funcionalidade jamais poderia ignorar os seus pressupostos básicos ou: ato ilícito, culpabilidade (em se tratando de responsabilidade subjetiva), nexo de causalidade e dano.

A indenização punitiva, dentro desse raciocínio, somente será referendada como um valor agregado ao da medida pecuniária para fins compensatórios e isso faz com que haja prejuízo para ser concebida e aplicada. Assim, e se a existência de dano é imprescindível para a indenização compensatória, não há como excluir a presença de dano para a incidência da indenização punitiva.

Sendo indiscutível a imprescindibilidade da demonstração do prejuízo para que se cogite de indenização punitiva, a etapa subsequente destas ponderações necessita de resposta a uma indagação fruto dessa certeza: a natureza desse dano ou poderá ser patrimonial ou qualquer um derivado da responsabilidade aquiliana?

---

<sup>218</sup> UILAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva...* op. cit., p. 26.

<sup>219</sup> UILAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva...* op. cit., p. 27.

<sup>220</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 229.

A origem do dano pouco ou nenhuma influência provoca, apesar da relevância dos interesses tutelados para incidência da indenização punitiva, há, ao contrário, inúmeros casos nos quais ainda que os prejuízos decorrentes do ilícito sejam de cunho patrimonial, os reflexos negativos à sociedade são tão severos a ponto de baixar o nível de vida da população. É o que ocorre, por exemplo, em situações nas quais dos atos ilícitos resultam benefícios econômicos para o ofensor, que superam em importância o prejuízo causado ao ofendido<sup>221</sup>.

Nestas situações em que a imposição de uma indenização meramente compensatória não exerça eficientemente o escopo de prevenir a ocorrência de novos ilícitos, é de rigor a imposição de indenização punitiva como forma de retirar do ofensor os benefícios econômicos obtidos e ao mesmo tempo evitar a reiteração da conduta.

### 5.3.2. Pressupostos subjetivos

Requisitos subjetivos estão dirigidos para a conduta do autor do ilícito e a análise comportamental possui igual magnitude dos requisitos objetivos, sendo que a composição completa do quadro de exigências é *conditio sine qua non* para que indenização punitiva seja aplicada com o proveito que dela se espera.

A conduta do ofensor deve ser marcada pelo alto grau de reprovabilidade. Caso assim não fosse (se se admitisse a aplicação de indenização punitiva como resposta a condutas meramente negligentes) haveria o risco de causar prejuízos de supercompensação e enriquecimento indevido<sup>222</sup>.

Antonio Junqueira de Azevedo<sup>223</sup> reforça estes argumentos salientando que o dolo e o descumprimento da palavra são um dos piores ilícitos para a sociedade. Desta forma, é preciso repor por punição ou dissuasão o que foi retirado da sociedade. Isto porque o que o autor entende como “dano social” representa uma lesão não a um direito individual, mas a

<sup>221</sup> Interessante exemplo citado por Nelson Rosenthal acerca da cobrança de Tarifa de Cadastro (TC) e Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) pelos bancos. Tratam-se de tarifas cobradas para fazer um levantamento na vida de pessoa que está querendo obter crédito para financiamento. A cobrança de toda e qualquer tarifa exige a contraprestação de um serviço e, no caso, o serviço não é prestado ao usuário e sim à própria instituição de forma que caberia à ela arcar com um ônus que servirá para a sua própria proteção. Ao final ressalta que *este é um eloquente exemplo de um dano patrimonial ao consumidor, contudo, sem reflexos em sua dignidade. Apesar da inexistência do dano moral é evidente a necessidade de cumular ao prejuízo econômico das inúmeras vítimas uma condenação a uma pena civil em face dos fornecedores de serviços pelo seu comportamento desdenhável, com monoscabo a um grupo significativo de usuários dos serviços. As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 230.

<sup>222</sup> MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 23.

<sup>223</sup> *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil...* op. cit., p. 382.

toda a sociedade, no seu nível de vida (tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral, quanto por diminuição de sua qualidade de vida).

a) Dolo e culpa grave

Dos estados de espírito aptos a ensejar a incidência de uma indenização punitiva, o primeiro que vem à mente é o dolo, reputado por Nelson Rosenvald<sup>224</sup> como a conduta que abrange não apenas a intenção de praticar um comportamento antijurídico, mas também a vasta categoria de fraude civil, englobando uma multiplicidade de estados subjetivos diversos da culpa, como as hipóteses de dolo enquanto vício do consentimento.

Não existe uma balança que informe a quem investiga um ato impregnado de dolo, o peso da sua censura e repreensão, o que realça a pesquisa da vontade determinada pelo intelecto de quem o pratica, parâmetros fundamentais para uma correta conclusão. Ou seja, ao agir dolosamente o agente quis atingir ou determinado resultado ou, a despeito de saber as consequências de sua conduta as ignora<sup>225</sup>.

O artigo 18, I, CP prescreve como doloso o crime cometido tanto quando *o agente quis o resultado* como quando ele apenas *assumiu o risco de produzi-lo*. Portanto, a conduta dolosa é reprovável quer o ofensor tenha efetivamente desejado sua ocorrência, quer tenha apenas assumido o risco provável do resultado.

Neste sentido, a doutrina admite a incidência da sanção punitiva não apenas nas hipóteses de cometimento intencional do ilícito (dolo), mas também naquelas em que se verifica uma desconsideração para com os direitos alheios<sup>226</sup>.

Interessante o posicionamento da escola da análise econômica do direito estabelecer um limite teórico entre o dolo e a culpa. Há culpa quando os investimentos em segurança são insuficientes: por outro lado, há dolo quando além da escassa utilização de recursos para evitar o dano são utilizados recursos (tempo, dinheiro, atividade) para causar o dano. Sob esse prisma, ocorrerá culpa grave quando houver investimento mínimo em segurança, e dolo quando o investimento for próximo a zero em prevenção<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 223.

<sup>225</sup> SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 254; ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 226.

<sup>226</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 380.

<sup>227</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 227.

Necessário concluir, diante da distinção entre dolo e culpa, que a imposição da sanção punitiva poderá ocorrer quer tanto o ofensor tenha agido com dolo, quanto com culpa grave, não sendo passível de sofrer o agravamento da indenização o sujeito que tomou todas as medidas de segurança possíveis e ainda assim não evitou o dano.

A limitação da pena à esfera dos atos dolosos ou gravemente culposos, conforme ressalta Nelson Rosendal<sup>228</sup>, responde a uma exigência de não encorajar uma prudência excessiva dos agentes econômicos que acabaria por desencorajar o exercício de atividades que implicam grandes responsabilidades. Ao restringir a punição aos atos ilícitos intencionalmente cometidos, o sistema jurídico não cerceia a liberdade de iniciativa e ao mesmo tempo cria uma defesa contra atos que ameaçam particularmente interesses dignos de tutela.

Alguns aspectos de direito material devem ser abordados no estudo do sujeito passivo da indenização punitiva. Tratando-se de uma pena civil, o valor fixado pelo magistrado recairá unicamente sobre os ombros do ofensor, sem possibilidade de transferência para terceiros. Sobre isso, importante analisar três casos específicos:

i. Responsabilidade do incapaz

O incapaz não era sujeito passivo da indenização por danos que viesse a causar o devido ao predomínio da imputabilidade decorrente da falta de discernimento. O Código Civil de 2002 introduziu a responsabilidade do incapaz com particularidades (artigo 928). Além da subsidiariedade – primeiro responderiam os curadores, os pais ou quem fosse o encarregado de sua fiscalização e somente se esses não possuíssem riqueza material para satisfazer o dano, o incapaz com poderio econômico seria responsabilizado. Criou-se um *quantum* mitigado pela equidade, sendo que o juiz não deve lavrar uma condenação que satisfaça a vítima e deixe o incapaz sem condições de sobrevivência digna, pelo que, por maior que seja a extensão do prejuízo, haverá de preservar um patrimônio para que o incapaz continue com meios para cumprir suas necessidades.

Essas circunstâncias típicas da responsabilidade do incapaz contrastam com o escopo da indenização punitiva. Primeiro porque ocorre a impossibilidade de gravar a intensidade da conduta dolosa de quem não age com discernimento completo e, depois, pelo choque de se

---

<sup>228</sup> As funções da responsabilidade civil... op. cit., p. 227.

impor sanção pecuniária, que é um acréscimo pela reprovabilidade da conduta, a quem o sistema protege com a preservação do patrimônio mínimo<sup>229</sup>.

ii. Transmissibilidade *causa mortis* da responsabilidade civil

Embora seja natural que o ofensor indenize os prejuízos de suas condutas, pode ocorrer que a morte, um acontecimento certo, modifique os limites subjetivos da lide antes do final. No caso de morte da vítima, por exemplo, os seus herdeiros seriam habilitados para suceder o credor da indenização punitiva como se fosse crédito transmissível *causa mortis*? E considerando a morte do ofensor: os seus herdeiros receberiam a pena pecuniária como encargo da herança e responderiam até o limite do que foi transmitido?

Quanto ao primeiro questionamento a resposta é positiva, aplicando-se o mesmo entendimento quanto à indenização compensatória. O artigo 943 de nosso Código Civil dispõe, como regra geral, que *o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança*. A norma é clara e não faz distinção quanto a reparação por prejuízos materiais ou extrapatrimoniais. Uma vez admitido que a indenização punitiva é decorrência da compensatória, é possível estender a regra da transmissibilidade para a pena civil<sup>230</sup>.

Portanto, é de se admitir a transmissibilidade *causa mortis* do direito ao recebimento de indenização punitiva sempre que o mesmo se puder dizer a respeito do direito ao recebimento de indenização compensatória. Além disso, o que se propugna com a indenização é o reequilíbrio patrimonial da vítima que fora rompido pela lesão.

Em sentido oposto é o entendimento sobre a possibilidade da transmissão da obrigação de indenizar aos herdeiros. Isso porque, ao contrário da indenização compensatória, a indenização punitiva é uma verdadeira pena e por isso deve-se subordinar aos princípios

---

<sup>229</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. op. cit., p. 244.

<sup>230</sup> O STJ já se posicionou sobre a legitimidade dos herdeiros para figurar no polo ativo de ação indenizatória. Nesse sentido confira-se a ementa do AgRg no AREsp 195026-SP de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho publicado no DJe em 03.12.2012: *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AÇÃO PROPOSTA PELO OFENDIDO. FALECIMENTO DO TITULAR NO CURSO DA AÇÃO. LEGITIMIDADE DOS SUCESSORES. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Corte Especial deste Tribunal firmou o entendimento de que, embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus (AgRg no EREsp. 978.651/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 10.02.11). 2. Agravo regimental desprovido.*

constitucionais relacionados à aplicação das penas, dentre eles o da pessoalidade da pena previsto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal.

À luz deste princípio é inaceitável que a indenização punitiva ultrapasse a pessoa do ofensor e recaia sobre seus herdeiros. Caso assim fosse, pessoas inocentes e que nada concorreram para o cometimento do ilícito seriam punidas por ato que não praticaram<sup>231</sup>.

### iii. Contratação de seguros de responsabilidade civil

Dentre os problemas conexos ao fenômeno dos *punitive damages* na experiência norte-americana está a possibilidade de estipulação de contrato de seguro por parte de empresas que potencialmente seriam condenadas ao pagamento de danos exemplares. Argumenta-se, sobretudo, que a cobertura securitária esvazia a função de desestímulo da indenização punitiva.

Em resposta a este argumento, parte da doutrina responde que ainda assim a função dissuasória estaria preservada, principalmente no setor de fornecimentos de produtos em que a empresa de qualquer forma perderia a sua reputação e arcaria com os custos do processo, sendo que as penas civis recairiam sobre os acionistas<sup>232</sup>.

Contudo, o argumento que deve ser tido em conta para afastar a possibilidade de transferência do pagamento de indenização para as seguradoras diz respeito à própria natureza do contrato de seguro. Conforme já exposto no capítulo destinado à análise das críticas doutrinárias em relação à adoção da indenização punitiva, o próprio Código Civil, em suas regras gerais sobre o contrato de seguros, fixa balizas para se defender a inadmissibilidade de eventual contratação que possa transferir o risco de o ofensor vir a ser condenado ao pagamento de indenização punitiva<sup>233</sup>. Isso porque a incidência desta sanção, conforme já ressaltado, pressupõe a prática de ato doloso, que não está coberto pelo contrato de seguro.

Desta forma, à luz dos dispositivos legais e considerando o quanto exposto acerca dos pressupostos subjetivos para incidência de indenização punitiva, vê-se que um contrato de

---

<sup>231</sup> SCHWARTZ, Gary T. *Deterrence and punishment in the common law of punitive damages...* op. cit., pp. 143-144.

<sup>232</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 245.

<sup>233</sup> Notadamente o artigo 762, CC em que se prescreve que *será nulo o contrato para garantia proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário ou de representante de um ou de outro*. No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho afirma que um seguro que dê cobertura aos danos causados por dolo, além de conter causa ilícita, não contém o elemento aleatório, que é essencial do seguro in *Programa de responsabilidade civil...* op. cit., p. 448.

seguro que objetivasse a transferência do risco de submissão do segurado ao pagamento de indenização punitiva seria nulo (em razão da vedação à transferência do risco pela prática de ato doloso) ou teria sua cobertura negada pela própria seguradora com respaldo na previsão do art. 768 do Código Civil.

Portanto, tendo em conta a pessoalidade da pena civil conclui-se pela impossibilidade de se transferir a um segurador os custos pelo ato de negligência. Em razão do caráter penal desta sanção civil, o valor fixado pelo magistrado recairá unicamente sobre o ofensor, sem possibilidade de transferência a terceiros.

#### b) Responsabilidade objetiva

No mesmo sentido do quanto exposto quando se tratou das críticas em relação à adoção da indenização punitiva, não há incompatibilidade entre este instituto os casos em que a responsabilidade é imputada independente da alegação, prova ou ocorrência de culpa por parte do ofensor.

Os casos mais comuns acerca da responsabilidade objetiva tratam da responsabilidade do fabricante por produtos defeituosos, até mesmo porque o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 12 a 14 admite expressamente a responsabilidade do produtor, independentemente de culpa. A este respeito Gorette Vadillo Robredo<sup>234</sup> afirma que as sentenças norte-americanas apontam para a ideia de que se permite a condenação por danos punitivos desde que provada a existência de uma conduta indesejável. Assim, se o tribunal estiver convencido de que o fabricante necessita ser dissuadido de comportamentos irresponsáveis, imporá a indenização punitiva<sup>235</sup>.

A condenação ao pagamento de indenização punitiva para os casos de responsabilidade objetiva tem sido criticada tanto na teoria quanto na prática. No plano teórico a crítica reside no fato de que as hipóteses de responsabilidade objetiva retiram a carga da prova da culpa e protegem contra as defesas legais de certos fabricantes. Nestas ações, a responsabilidade do produtor nasce não de sua culpabilidade, mas da prova de que o produto era defeituoso ou perigoso. Neste contexto, se os danos punitivos estão baseados na prova de

---

<sup>234</sup> *Daños punitivos em el proceso civil norteamericano* in **Revista de la Universidad de Deusto**, v. 57, 1996, p. 189. Disponível em: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/600/762> [acesso em 30.03.2018].

<sup>235</sup> OWEN, David G., *Punitive damages in product liability...* op. cit., p. 1257.

uma culpa agravada, a conduta do fabricante é o único determinante da responsabilidade, o que levaria a conclusão pela incompatibilidade dos institutos<sup>236</sup>.

Para que se possa distinguir dentre as hipóteses ordinárias de responsabilidade objetiva aquelas em que se justifica a incidência da sanção civil, Vadillo Robredo<sup>237</sup> sintetizou alguns critérios pelos quais as atividades produtoras devem ser penalizadas: (i) conhecimento pelo ofensor acerca da existência do defeito; (ii) alta lucratividade obtida com a fabricação e venda do produto; (iii) o produtor não realizou investigações de forma eficiente ou não fez esforço algum para remediar o dano; (iv) o comportamento do demandado não se adequou aos *standards* de conduta exigidos pelo mercado, quer no que toca à realização de testes e investigações preliminares à introdução de tal produto (tais como o *recall*) ou, ainda (v) o produto não oferecia benefícios substanciais que a ponto de compensar o risco assumido pelo fabricante ao introduzi-lo no mercado<sup>238</sup>.

Se a indenização punitiva só pode ser imposta ao devedor da obrigação de indenizar quando exacerbada a reprovabilidade da conduta, em caso de responsabilidade objetiva é admissível a imposição desta sanção, recaindo sobre a vítima o ônus de provar que o autor do ilícito agiu com culpa e em desconsideração aos direitos alheios. Caso contrário, conforme ressalta Fabio Ulhoa Coelho<sup>239</sup>, se não forem exigidas essas provas do demandante, a natureza punitiva da sanção conduziria à situação errônea de imposição de sanção a condutas lícitas.

Ressalva-se, entretanto, a possibilidade de a vítima continuar titularizando o direito à indenização compensatória (danos patrimoniais e extrapatrimoniais), ainda que não prove de modo satisfatório a culpa do demandado e seu desprezo pelos direitos alheios, tendo em vista que se tratando de responsabilidade objetiva tais requisitos são apenas exigidos para fazer incidir a indenização punitiva.

---

<sup>236</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo., *Dãnos punitivos em el processo civil norteamericano...* op. cit., p. 190.

<sup>237</sup> *Daños punitivos em el proceso civil norteamericano...* op. cit., pp. 195-198.

<sup>238</sup> Quanto a esta última hipótese de incidência da indenização punitiva na qual a responsabilidade do produtor independe da prova da culpa, o autor explica que a análise do risco/benefício deve ser realizada, sobretudo, quando se tratar de produtos farmacêuticos. São casos em que os medicamentos produziram uma reação conhecida e adversa, mas extremamente rara. Devido a necessidade do desenvolvimento de novos medicamentos, os fabricantes destas drogas têm recebido proteção pelos tribunais. Sendo assim, diversas jurisdições adotaram o “Restatement (second) of Torts, secc. 402A (k) para proteger os fabricantes contra demandas indenizatórias. Este provimento reconhece que há diversos produtos extremamente benéficos, mas que carregam um risco inevitável. Desta forma, o fabricante apenas será condenado em uma demanda indenizatória caso fique comprovado que os avisos ou informação sobre o medicamento são inadequados ou se a droga foi fabricada inadequadamente.

<sup>239</sup> *Curso de direito civil...* op. cit., p. 448.

#### 5.4. Aspectos processuais em relação a indenização punitiva

As primeiras lições do Direito são inesquecíveis e uma delas consiste na advertência de Rudolf Von Jhering<sup>240</sup> sobre o dever de lutar pela justiça e principalmente pelo nível político social de um povo, que se avalia pela maneira como o indivíduo defende seu direito na vida privada. Para que o direito subjetivo de ser corretamente indenizado pelas lesões impostas pela ilicitude o sujeito deve recorrer ao Estado-juiz, por intermédio da ação respectiva, na qual formulará pedido.

Embora o processo civil constitua o instrumento pelo qual o direito material se realiza no caso concreto, não é tão simples a sua constituição e, principalmente, o seu desenvolvimento. Os princípios e regras que informam a relação processual não são puramente burocráticos e existem para que se conclua, com segurança, a resposta que será executada com força total (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal). O autor da ação deverá observar uma técnica adequada e seguir o modelo previsto, de maneira a não surpreender o réu, que possui direito absoluto de ser ouvido e de se defender produzindo provas adequadas, conforme prescreve o princípio do *due process of law*.

A *causa petendi* é a prova da iniciativa do autor e nela estão expostos os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. Aquele que sentir o desejo de obter indenização punitiva, além da compensatória, apresentará os fatos para que o Estado os analise, após chamado o réu para se defender e se o fizer estará cumprindo a missão proposta pelo jurista alemão.

Pela interpretação dos artigos 141, 490 e 492 do novo Código de Processo Civil extrai-se o princípio da congruência, que impõe ao órgão jurisdicional o dever de decidir a lide nos limites identificados a partir da pretensão do autor e da resistência do réu<sup>241</sup>. Dessa forma, considerando que o objeto litigioso é composto tanto pelo pedido quanto pela causa de pedir o juiz se encontra, por força da congruência, impedido de proferir julgamento fora dos limites fixados sob pena de emitir sentença *ultra* ou *extra* petita.

Assim, caso o ofendido pretenda a condenação do ofensor ao pagamento de indenização punitiva, deverá demandar em face dele e deduzir tanto o pedido principal, de condenação ao pagamento em indenização compensatória, quanto o acessório, de condenação ao pagamento de indenização punitiva. Ainda, em respeito aos princípios da adstrição e

---

<sup>240</sup> *A luta pelo direito* in **Questões e estudos de Direito**, trad. de Daniel Viera de Araújo, Bahia: Livraria Progresso, 1955, p. 77.

<sup>241</sup> ARAUJO, Thiago Cassio D'avila. *Princípio dispositivo no processo civil brasileiro* in <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258440,31047-Principio+dispositivo+no+Processo+Civil+brasileiro>

congruência, caberá ao demandante especificar na inicial a pretensão de direcionar parte da condenação a um terceiro beneficiário (fundo público), repudiando-se a destinação *ex officio* de um percentual da condenação a instituição ao processo<sup>242</sup>.

Essas regras processuais são necessárias para a estabilização jurídica, evitando o fator surpresa que tanto prejudica o sentido de defesa regular do réu. É esse propósito constitucional que impede o magistrado de fixar, de ofício (sem que tenha havido pedido expresso), a indenização punitiva e se o fizer estará maculando o veredicto pelo vício da sentença *extra petita*.

Diante de um processo bem formado e com provas que justifiquem a aplicação da indenização punitiva, o juiz deverá seguir um raciocínio diferenciado para alcançar o arbitramento adequado, sopesando não somente o objetivo de punição pelo mal praticado, como pela natureza preventiva do instituto que está aplicando. Essa motivação específica é indispensável para que a sentença possa ser bem assimilada pelos litigantes e pela própria sociedade, constituindo um trabalho didático apto a distinguir essa condenação peculiar da indenização compensatória ou meramente reparadora.

Sendo assim, em atenção às diferentes funções por ela exercidas, a quantificação da indenização deve levar em consideração critérios que não se relacionem com a composição do patrimônio do lesado (as atenções não são voltadas para a vítima, mas sim para o infrator) e sim com a retribuição do lesante pelo prejuízo causado e sua dissuasão no cometimento de novas condutas. Desta forma, até mesmo para que possa exercer adequadamente as funções a que se destina, a indenização punitiva deve extrapolar os limites impostos pela indenização compensatória, fugindo de seus paradigmas.

### **5.5. O destinatário da indenização punitiva**

Conforme já estabelecido anteriormente (capítulo 3) não são poucas as críticas contra a indenização punitiva e uma delas, talvez a mais contundente, envolve a figura do enriquecimento sem causa ao se deferir um valor extra para a vítima, a pretexto de punir o ofensor. Segundo essa corrente, se o ofendido já teve reparado o prejuízo efetivo, toda a

---

<sup>242</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 255.

quantia suplementar que vier a receber constituiria um presente ou prêmio sem uma causa adequada<sup>243</sup>.

A propósito desta temática são colocados três modelos regulatórios, sendo necessário identificar aquele que seria mais adequado para proporcionar à indenização punitiva o tratamento legal mais eficiente e justo possível, ou seja, se a indenização deve (i) ser destinada ao próprio demandante (vítima direta ou indireta do ato ilícito) ou, ainda se a quantia deve (ii) ser destinada a um fundo público ou privado, cuja finalidade seja a de financiar melhorias sociais, ou, por fim (iii) se deve ser adotada a solução intermediária com a partilha da indenização entre a vítima do ato ilícito e um fundo público ou privado.

Imperioso sublinhar que essas alternativas foram modeladas como subsídios para uma política legislativa e não há, em sendo adotada uma delas, como classificar a opção equivocada a tornar inaplicável a indenização punitiva previamente estabelecida em lei.

a) A destinação à própria vítima

No âmbito do direito comparado, o cerne da discussão acerca da destinação da pena civil reside em justificar até que ponto seria justo pagar uma pena de alguns milhões de dólares a alguém que sofreu prejuízos apenas na casa dos milhares de dólares. O aparelho da justiça seria utilizado para o propósito declarado de conceder ao ofendido um montante adicional. Os efeitos da responsabilidade civil seriam semelhantes à vitória em uma loteria<sup>244</sup>.

No Brasil, conforme demonstrado no capítulo destinado à análise jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça se pronuncia contra a aplicação da sanção punitiva ao entendimento que *a aplicação irrestrita dos punitive damages encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que veda expressamente o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito*<sup>245</sup>.

Nelson Rosendal<sup>246</sup> repudia a tese do locupletamento indevido por entender que não se pode cogitar deste instituto quando o montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial, sendo esta a justa causa de atribuição patrimonial.

---

<sup>243</sup> Daños punitivos em el proceso civil norteamericano... op. cit., p. 203.

<sup>244</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*... op. cit., p. 251.

<sup>245</sup> Vide nota 192.

<sup>246</sup> *As funções da responsabilidade civil*... op. cit., p. 251.

Assim, tendo como inspiração o regramento jurídico norte americano, parte da doutrina sustenta que o traço característico da indenização punitiva é o recolhimento do *quantum* aos cofres do lesado e não ao patrimônio do Estado, em semelhança ao sistema denominado pelos doutrinados da *common law* como *private attorney general*<sup>247</sup>.

Antonio Junqueira de Azevedo<sup>248</sup> entende ser justificável a atribuição ao ofendido de quantia que exceda os limites dos prejuízos efetivamente suportados por ele, na medida em que, ao ajuizar uma demanda particular, destinada não apenas a recompor o seu patrimônio, mas também a punir o lesante pelo ilícito praticado e desestimulá-lo (bem como a sociedade como um todo) na reiteração da conduta, o particular não age apenas em benefício próprio e com vistas a proteger os seus próprios interesses e direitos, mas sim em favor de toda a coletividade.

Desta forma, assim como um operário faz jus ao seu salário, a vítima tem direito a receber a indenização pelo ilícito que suportou, pois foi ela quem trabalhou para tanto. Seria possível cogitar de destinação do proveito econômico aos cofres do Estado caso a ação fosse ajuizada pelo Ministério Público, mas não vivemos em condições favoráveis de criar mais deveres para esta instituição. Portanto, o particular agiu também como defensor de toda a sociedade em sua ação de responsabilidade civil e exerceu um *múnus* público que a doutrina norte americana denomina de *private attorney general*. Dentro deste cenário é justificável a atribuição da indenização ao lesado como forma de recompensar e estimular aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade<sup>249</sup>.

Não obstante a pertinência dos argumentos expostos, a doutrina continua dividida sobre o acerto do endereçamento da indenização para aumento patrimonial da vítima.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>250</sup>, por exemplo, afirma que o *plus* indenizatório deve ser depositado em fundos pré-determinados como forma de beneficiar um número maior de pessoas. Acompanhando este posicionamento, Nelson Rosendal<sup>251</sup> argumenta que a destinação de todos os valores punitivos ao particular não condiz com a pena civil e nem encontra justificativa objetiva, uma vez que a sanção punitiva se justificou no fato de ter sido

---

<sup>247</sup> A doutrina do *private attorney general* confere às Cortes americanas a discricionariedade para conferir indenização ao particular que postulou em juízo um direito que (i) beneficie grande número de pessoas, (ii) requer execução privada, (iii) seja importante para a sociedade. CHENG, Carl. *Important rights and the private attorney general doctrine in California Law Review*, dez. 1985, v. 73, p. 1929.

<sup>248</sup> *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 382.

<sup>249</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano...* op. cit., p. 383.

<sup>250</sup> *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 77.

<sup>251</sup> *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 253.

perpetrado um ilícito de caráter difuso no qual o autor da demanda é apenas um dos destinatários da conduta dolosa do agente.

Os argumentos contrários à adoção da teoria norte-americana do *private attorney general* são pautados nas diferenças processuais dos países de origem romano-germânica e aqueles da *common law*. Isso porque nos Estados Unidos da América não se costuma carrear à parte sucumbente a obrigação de arcar com os custos de litigância originalmente suportados pela parte vencedora (inclusas não apenas despesas processuais, mas também honorários advocatícios) e o ajuizamento de uma demanda judicial envolve o desembolso de expressivas quantias, as quais não serão reembolsadas mesmo que o demandante venha a se sagrar vencedor do litígio<sup>252</sup>.

Para alguns estudiosos a incidência dessa regra produziria um efeito colateral perigoso, na medida em que o lesado não teria estímulo financeiro para demandar a indenização, até porque em determinadas hipóteses os prejuízos suportados ficariam aquém do valor das despesas processuais. Logo, a perspectiva de recompensa (representada pelos *punitive damages*) seria um incentivo para que demandas legítimas viessem a ser ajuizadas.

Em nosso ordenamento jurídico esse problema não ocorreria com essa força devido ao princípio da causalidade, que transfere para quem sucumbe os ônus da litigância, não se tratando, pois, de um desembolso a título perdido. Ademais, no Brasil, existem diversos mecanismos (ex.: assistência judiciária) que possibilitam o acesso à justiça, facultando-o até mesmo a pessoas menos favorecidas.

Portanto, o argumento norte-americano não pode ser aplicado ao caso brasileiro sob pena de a possibilidade de se obter uma indenização majorada representar um incentivo à litigância frívola. Sendo assim, a destinação integral dos *punitive damages* ao patrimônio do lesado pode servir de baliza à quantificação da indenização punitiva pelos julgadores, fazendo com que fixem montantes mais moderados e tendo como consequência a limitação da eficiência de tal medida na persecução de suas finalidades punitiva e preventiva.

#### b) Destinação a um fundo público

Em contrapartida a proposta de deferir a indenização punitiva para a vítima, há uma defesa da tese que sugere atribuir o *quantum* para benefício coletivo ou pela entrega do

---

<sup>252</sup> CHENG, Carl. *Important rights and the private attorney general doctrine...* op. cit., p. 1929.

montante a um estabelecimento, de preferência localizado na sede do juízo, vocacionando a benemerência, o que poderia ser realizado mediante aplicação, por analogia, do parágrafo único do artigo 883 do Código Civil<sup>253</sup> ou, ainda, destinando-os a fundo público que passaria a administrar o numerário e utilizá-lo para a reconstituição de bens lesados, nos moldes previstos no artigo 13 da Lei 7.347/85 que criou o *fundo de defesa dos direitos difusos*<sup>254</sup>.

Alguns estados norte-americanos destinam parte das quantias a fundos de garantia para assegurar as indenizações de devedores insolventes ou então as transferem a um fundo público, tal como ocorre no estado da Flórida, em que parte do valor é revertido ao “Florida Public Medical Assistance Trust Found”<sup>255</sup>.

Neste sentido é o posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>256</sup>, para quem, por se tratar de uma punição exemplar e de uma resposta à coletividade, o destinatário não poderia ser outro que não a sociedade. Forte nesses argumentos, os defensores da destinação da indenização a um fundo público afirmam que a medida seria um desestímulo à litigância de má-fé. Ademais, ao constituir um ganho inesperado na trama da responsabilidade civil, os *punitive damages* se tornariam, por um lado, desincentivo ao comportamento prudente dos consumidores em sua atividade de evitar danos e, por outro, incentivo à instauração crescente de litígios pela possibilidade de os advogados auferirem vultosos honorários por meio de um acordo *quota litis*.<sup>257</sup>

Portanto, a solução aventada serviria para “provar a sinceridade dos demandantes”, eliminando a possibilidade de demandas ilegítimas serem ajuizadas na ânsia da ocorrência de um “erro judicial” que resultasse em “sobrestimação de seus ganhos”<sup>258</sup>.

David G. Owen<sup>259</sup>, ao analisar a substituição da teoria do *private attorney general*, conclui que sua substituição poderia reduzir o incentivo dos lesados ao ajuizamento de demandas legítimas, pelo receio de ao deixarem de auferir benefícios econômicos, tornarem-se financiadores do Estado que será o beneficiado com a indenização.

Um segundo argumento favorável à destinação da indenização punitiva a um fundo público diz respeito ao temor de enriquecimento indevido pelo ofendido. Na medida em que a sanção pecuniária for destinada ao Estado poderiam ser arbitradas quantias maiores, pois se

---

<sup>253</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de danos...* op. cit., p. 383.

<sup>254</sup> SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 292.

<sup>255</sup> CARLUCCI, Aina Rosa Kemelmajer de. *Conviene la introducción...* op. cit., p. 100.

<sup>256</sup> *Punitive damages em sistemas civilistas...* op. cit., p. 77.

<sup>257</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 251.

<sup>258</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo. *Daños punitivos em el proceso civil norteamericano...* op. cit., p. 203.

<sup>259</sup> *A punitive damages overview: functions, problem and reform...* op. cit., p. 410.

eliminar o temor de locupletamento sem causa da vítima. Assim, ciente de que a quantia indenizatória será destinada a um fundo público e terá como afetação final a reconstituição de bens jurídicos lesados pela atuação ilícita, o juiz, na dosimetria da sanção, não cogitará se está enriquecendo a vítima<sup>260</sup>.

Em atenção a uma solução já adotada pelo nosso ordenamento jurídico, o fundo poderia ser aquele criado pelo artigo 13 da Lei 7.347/85, de forma que se assegure a utilização de todos os recursos auferidos para uma finalidade coletiva ou transindividual<sup>261</sup>.

Ao fechar esse capítulo com o resumo dos principais argumentos sobre destinar a um fundo público a indenização punitiva, cabe pontuar a sua grande desvantagem e que praticamente elimina a chance de ser acolhida. A vítima não se sentiria encorajada moral e economicamente, a enfrentar um desafio do processo litigioso, sabendo que o esperado proveito financeiro de parte da condenação seria de outrem, o que constituiria um verdadeiro desestímulo para ajuizamento de ações individuais em prol de interesses individuais, afetando, com carga restritiva forte, o esperado efeito preventivo e dissuasório da indenização punitiva.

Esse desincentivo não fica no campo individual, porque há risco de um efeito cascata ou a atingir a esfera de atuação de outros indivíduos que possam ter direitos iguais e que, mirando no exemplo de quem nada recebeu apesar de ter defendido e aplicado tempo e dinheiro na defesa da coletividade, sintam enfraquecidos para iniciar cruzada semelhante. E isso é particularmente grave quando se considera a modesta monta dos danos patrimoniais individuais que seriam a base do pedido da indenização punitiva suplementar. Ninguém demanda para benefício alheio, sendo prudente encerrar reforçando que a opção por qualquer das soluções aventadas é apenas questão de política legislativa e não torna a incidência da sanção punitiva ilícita.

#### c) Distribuição da indenização punitiva entre a vítima e um fundo público

Uma terceira via e certamente a mais coerente com todos os princípios e funções da indenização punitiva surgiu após exaustivos debates das propostas formuladas após o *tort reform movement* nos Estados Unidos da América: trata-se de um caminho intermediário ou a repartição do valor indenizatório entre a vítima e ao Estado ou fundos específicos.

---

<sup>260</sup> SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização punitiva...* op. cit., p. 294.

<sup>261</sup> COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva...* op. cit., p. 20.

Neste diapasão, a recente evolução do sistema legal americano dos *punitive damages* se deu não apenas em termos de adequação às emendas constitucionais, mas também na paulatina concretização de uma função social da pena civil por meio da distribuição dos valores de condenação (parcialmente ao autor da demanda e parcialmente ao Estado ou a fundos específicos)<sup>262</sup>.

Adiantando a conclusão, é possível afirmar que a adoção deste sistema intermediário é benéfica, pois, ao procurar conjugar as vantagens das duas soluções antagônicas supramencionadas atua como mecanismo apto a colocar autores de ilícito como financiadores de fundos públicos de recomposição de interesses lesados<sup>263</sup>.

Nelson Rosenvald<sup>264</sup> disserta que esta solução *permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima que provocou o judiciário e indiretamente beneficiou um número indeterminado de pessoas*. O autor propõe, ainda, uma medida quantitativa mediante a identificação do interesse lesado de forma que, se os danos forem difusos e os sujeitos lesados pela conduta forem numerosos uma parte maior da indenização deve ser destinada ao Estado. Caso contrário, ou seja, se o comportamento lesivo for destinado a atingir uma pessoa específica, como nos casos de lesões a interesses da personalidade, um montante maior deve ser destinado à vítima.

A decisão sobre o destino da proporção da indenização refletirá na função da pena no caso concreto. Se o objetivo é realçar a função punitiva, um percentual maior deve ser destinado à vítima. Se, ao contrário, pretende-se enfatizar a função dissuasória, inibindo a reiteração de ilícitos, o correto é que maior parte do montante seja destinado a um fundo público<sup>265</sup>.

Sem dúvida essa solução que propõe dividir o quantum é a melhor, por cumprir os mandamentos da indenização punitiva. Partilhando-se o valor final serão alcançados dois efeitos primordiais para vencer a estigma e a radicalização contra o instituto dos danos punitivos. Elimina-se o temor de que litigantes maliciosos poderiam ser incentivados a propor demandas frívolas para enriquecimento e, ao mesmo tempo, anima o ajuizamento de ações

---

<sup>262</sup> É o que a doutrina norte-americana denomina de *split recovery* que consiste na repartição (não necessariamente nas mesmas proporções) das quantias decorrentes da indenização punitiva entre a vítima e um fundo público de gestão estatal, com base em três fundamentos: (i) evitar ganhos excessivos por parte dos autores da demanda, (ii) reduzir o número de processos, limitando os danos ressarcíveis para resolver a crise do sistema de seguros, (iii) utilizar este sistema como uma *revenue raising measure* in ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 254.

<sup>263</sup> LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil...* op. cit., p. 406.

<sup>264</sup> *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 253.

<sup>265</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 255.

socialmente uteis. Por outro lado, e pela destinação de parte da quantia para um fundo público, está se confirmando que o discurso em prol da cidadania não é demagógico, porque parte do montante será utilizado em serviços que favorecem a coletividade.



## CONCLUSÃO

Não podemos concluir este trabalho sem traçar uma breve síntese das propostas a adoção da indenização punitiva em nosso ordenamento jurídico. Matilde Zavala de González e Rodolfo M. González Zavala<sup>266</sup> sintetizam a ideia da sanção pecuniária punitiva ao descrevê-la como uma reação do “Direito de danos” que priva o responsável do lucro injustamente obtido em razão da prática de um ato ilícito.

Trata-se de uma tendência na responsabilidade civil, sendo que alguns países estão incorporando a possibilidade de indenização punitiva em seu ordenamento jurídico, a exemplo do ocorrido com o Código Civil de Quebec, que em seu art. 1.621 determina que *quando a lei prevê a atribuição de danos e prejuízos punitivos, estes não podem exceder o valor do que seja suficiente para a sua função punitiva*. Em comentário a este artigo o Ministro da Justiça afirma que se trata de um preceito novo, destinado a cobrir a lacuna do Direito anterior em matéria de danos e prejuízos punitivos ou exemplares que a lei permite acompanhar os danos ou prejuízos compensatórios com a finalidade de reforçar o aspecto preventivo da responsabilidade civil<sup>267</sup>.

O ressarcimento do prejuízo não silencia as repercussões de injustiça e insegurança de determinados atos ilícitos e antissociais, cujos autores lucram às custas do mal alheio. Existem situações jurídicas intoleráveis, as quais o ordenamento jurídico deve sancionar com consequências econômicas gravosas ao responsável, que excedam a reparação do dano causado e que não sejam transferidas ao preço dos produtos e não admitam a cobertura securitária.

A indenização punitiva procura satisfazer a tripla função de sancionar o agressor, prevenir a reiteração da conduta e eliminar os benefícios injustamente obtidos pela conduta danosa. Admitidas essas premissas surgem as primeiras indagações: quais os critérios para quantificação da indenização? A quem destinar a pena?

Nos Estados Unidos da América, balanceando a teoria dos *punitive damages*, a Suprema Corte considera os seguintes critérios: (a) gravidade do comportamento do ofensor,

---

<sup>266</sup> *Las indemnizaciones punitivas por daños* In: *Actuaciones por daños*, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 329.

<sup>267</sup> YAGUEZ, Ricardo de Angel. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995, p. 71.

(b) se o dano causado foi físico ou moral, (c) se a vítima estava em situação de debilidade, (d) se o ofensor agiu com dolo, demonstrando indiferença pela segurança alheia<sup>268</sup>.

No âmbito brasileiro, é possível afirmar pela possibilidade da adoção da indenização punitiva em nosso ordenamento. Contudo, por se destinar a sancionar condutas marcadas pelo mais alto grau de reprovabilidade, a sua incidência deve ser excepcional e exige a presença concomitante de pressupostos de ordem objetiva e subjetiva.

Previamente, entretanto, é necessária previsão legal, sobretudo como forma de evitar abusos e favorecer o enriquecimento sem causa. A partir do momento em que forem definidos parâmetros quanto ao máximo das penas civis, sua relação de proporcionalidade com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais e quem será o destinatário da indenização estará reduzida a possibilidade de ineficácia social da sanção.

Por ser espécie de sanção civil, a indenização punitiva se dará de maneira excepcional e em conjunto com a compensatória quando a lesão for resultado de condutas altamente reprováveis marcadas pela intencionalidade do agente ou por repúdio a direitos alheios. Sendo assim, devem ser respeitados determinados critérios objetivos e subjetivos para sua imposição.

Quanto aos primeiros argumenta-se que a indenização punitiva deve incidir tanto em hipóteses de danos contratuais, quanto extracontratuais, pois não podemos permitir que o devedor se escude em uma cláusula penal mal fixada para se eximir da responsabilidade. Ademais, somente poderá ser fixada a indenização se houver efetivamente prejuízo material ou moral.

Quanto aos pressupostos subjetivos para a aplicação da indenização, a conduta do ofensor deve ser marcada por alto grau de reprovabilidade sendo admitida a sanção punitiva não apenas nas hipóteses de cometimento intencional do ilícito (dolo), mas também quando se verifica desconsideração com direitos alheios.

Por fim, para se evitar enriquecimento indevido da vítima, o *quantum* indenizatório arbitrado a título de punição do ofensor deve ser partilhado entre o lesionado e o Estado.

Se a individualização e a liberdade são realidades que enfrentamos, devemos compatibilizá-la com a responsabilidade pelo enfrentamento de suas consequências. O direito privado deve ser capaz de oferecer técnicas para modificar o comportamento dos atores

---

<sup>268</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...* op. cit., p. 279.

privados e assegurar os princípios constitucionais da dignidade humana e solidariedade. A fim de promover a justiça social deve-se verificar a transposição do ilícito para os ilícitos, com a exaltação de um perfil funcional da responsabilidade civil que supere o esquema bipolar da responsabilidade aquiliana (dano patrimonial/moral).

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Doutrina

ALSINA, Jorge Bustamante. *Daños punitivos* in **Responsabilidad civil y otros estúdios**, v. III, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 31-55.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*, disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a)

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*, 14<sup>a</sup> ed., Napoli: E. Jovene, 1960.

ARAUJO, Thiago Cassio D'avila. *Princípio dispositivo no processo civil brasileiro* in <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258440,31047-Principio+dispositivo+no+Processo+Civil+brasileiro>

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*, in **Novos estudos e Pareceres de Direito Privado**, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 377-384.

BASSAN, Marcela Alcazas. *As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

BELLI SR., Melvin M., *Punitive damages: their history, their use and their Worth in present-day society* in **UMKC Law Review**, v. 49, n. 1, 1980, pp. 1-23.

BRASIL, Código Civil. *Lei nº 10.406* de 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

CALABRESI, Guido. *The decision for accidents: an approach to nonfault allocation of costs* in **Harvard Law Review**, v. 78, 1965, pp. 713-746.

CALLEROS, Charles. *Punitive damages, liquidated damages and clauses pènales in contract actions: A comparative analysis of the American Common Law and the French Civil Code*, in **Brooklyn Journal of International Law**, v. 32, 2006, pp. 67-119.

CARLUCCI, Aida Rosa Kemelmajer. *conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' em el derecho argentino?* In **Anales del'academia nacional de derecho y ciências sociales de Buenos Aires**, n. 31, 1993, pp. 71-128.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 6ª ed. revista, atualizada e aumentada, São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_, *Responsabilidade objetiva na atualidade*, in: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, Sçao Paulo: Atlas, 2018, pp.

COUTO E SILVA, Clovis Verissimo do. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado* in *Revista dos Tribunais*, v. 60, mai/1991.

DAL PIZZOL, Ricardo. *As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil – Tese de Mestrado*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

DIAS, José Aguiar., *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 11ª ed., 2006

DUPREE JR., Thomas H., *Punitive damages and the constitution* in **Lousiana Law Review**, v. 70, 2010, pp. 421-434

GEISTFELD, Mark A. *Constitutional tort reform*, **Loyola of Los Angeles law review**, v. 38, n. 1903, 2005, pp. 1093-1120.

\_\_\_\_\_. *Punitive damages, retribution and due process* in **South Carolina Law Review**, v. 81, 2007/2008, pp. 263-309.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2009.

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

GONZÁLEZ, Matilde Zavala de; ZAVALA, Rodolfo M. González. *Las indemnizaciones punitivas por daños* In: *Actuaciones por daños*, Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 330-338.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás**, v. 1, n. 31, 2007, p. 33-58.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito* in **Questões e estudos de Direito**, trad. de Daniel Viera de Araújo, Bahia: Livraria Progresso, 1955.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil* – Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra: Coimbra editora, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva ('Punitive damages' e o Direito brasileiro)* in **REVISTA CEJ/Conselho da Justiça Federal**, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, jan./mar. 2005, pp. 15-32.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da validade)*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: Responsabilidade civil*, São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Punitive damages em Sistemas Civilistas: problemas e perspectivas* in **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, abril/junho 2004, pp. 45-78.

MOREIRA ALVES, Jose Carlos. *Direito Romano*, 6ª ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil* in **Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 19, n. 37, 1998.

OWEN, David G., *A punitive damages overview: functions, problems and reform* in **Villanova Law Review**, v. 39, 1994, pp. 364-413.

\_\_\_\_\_. *Punitive damages in products liability litigation*, **Michigan Law Review**, v. 74, n.1257, 1976, pp. 1258-1372.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novos danos na responsabilidade civil. Danos morais coletivos, danos sociais ou difusos e danos por perda de uma chance* in SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio, *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, São Paulo: Atlas, 2018, pp. 417-438.

PARGENDLER, Mariana Souza., *O caráter exemplar da indenização e o direito civil brasileiro: pena privada ou punitive damages* in **XV Salão de Iniciação Científica**. Porto Alegre : UFRGS, 2003

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Direito comparado e o seu estudo* in **Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto**, Recife: Ministério da educação e cultura, Universidade do Recife – Faculdade de Direito, v. 2, 1959, pp. 355-374.

PERLINGIERI, Pietro., *L'ordinamento vigenti e i suoi valori: Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006.

PIZARRO, Ramón Daniel, *Daños punitivos* in PARELLADA, Carlos A. (coord.), *Derecho de daños*, Buenos Aires: La Rocca, 1996, pp. 287-337.

PRIEST, George L. *Punitive damages reform: the case of Alabama* in **Louisiana Law Review**, v. 56, 1995, pp. 825-840.

PÜSCHEL, Flávia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica* in **Revista Direto GV**, v. 3, n. 2, jul/dez., 2007, pp. 17-36.

ROBREDO, Goretti Vadillo. *Daños punitivos en el proceso civil norteamericano*, in **Revista de la Universidad de Deusto**, v. 57, fasc. 97, jul-dic./1996, pp. 176-212.

RODRIGES JUNIOR, Otávio Luiz, *Responsabilidade civil no direito romano* in MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio, *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*, São Paulo: Atlas, 2011, pp. 05-16.

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

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. *O princípio da reparação integral e os danos pessoais* in Carta Forense, disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de*

*responsabilidade civil atualmente existentes* in **Direito em Ação**, Brasília, v. 10, n. 1, jan/jun, 2013, pp. 13-45.

SCHWARTZ, Gary T. *Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: A comment* in **Southern California Law Review**, v.56, 1982, pp. 133-155.

SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral no Código Civil*, **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, ano 3, out./dez. 2003

\_\_\_\_\_. *Direito civil e constituição.*, São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, São Paulo: Atlas, 2009.

SERPA, Pedro Ricardo e, *Indenização punitiva*, Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Critérios de fixação da indenização do dano moral, in: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figuerêdo (Coord). *Questões controvertidas*, São Paulo: Método, 2003, v. 1, p. 261; STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 7ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2007.

UILAN, Eduardo. *Responsabilidade civil punitiva*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – Da reparação à punição e dissuasão: Os ‘punitive damages’ no Direito Comparado e brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

YAGUEZ, Ricardo de Angel. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995.

ZITZER, Kurt M., *Punitive damages: A cat’s clavicle in modern civil law*, in **The John Marshall Law Review**, v. 22, 1988, pp. 657-684.

## 2. Jurisprudência

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo 1.378.431**, 4ª Turma Rel. Min. Raul Araújo, j. 06.06.2013, DJe: 27.06.2013

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo 850.273-BA**, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, J. 03.08.2010, DJe 24.08.2010

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 563211-PE**, 3ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 23.09.2014, DJe: 26.09.2014.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 423.851-SP**, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.04.2018, DJe: 25.04.2018.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 569.765**, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10.02.2015, DJe: 19.02.2015;

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 767.731-SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.11.2015, DJe: 09.12.2015.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.373.969-RS**, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.05.2013, DJe: 19.06.2013.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 53.321-RJ**, 3ª Turma, Rel. Ministro Nilson Naves, j. 16.09.1997, DJe: 24.11.1997.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.171.826-RS**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2011, DJe: 27.05.2011.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1.036.485-SC**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2008, DJe: 05.03.2009.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1.440.721-GO**, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11.10.2016, DJe: 11.11.2016.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1.695.725-ES**, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.11.2017, DJe: 19.12.2017.

\_\_\_\_\_., Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1.445.240-SP**, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, k. 10.10.2017, DJe: 22.11.2017.

\_\_\_\_\_., Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1.652.588-SP**, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 26.09.2017, DJe: 02.10.2017.

\_\_\_\_\_., Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 718.354-RS**, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 24;05.05, DJe: 29.08.2005.

\_\_\_\_\_., Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial 1.487.046-MT**, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.03.2017, DJe: 16.05.2017.